

ne di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU, in *Diritto UE*, 2010, 923, e *Armonia delle decisioni e ordine pubblico*, in *Studi integr. eur.*, 2013, 507.

4. IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA FAMILIARE. Tra i tanti v. PITEA, nel *Commentario breve alla Cedu*, a cura di BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKI, sub art. 8, Padova, 2012, 297.

5. IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA: LA CONTINUITÀ DEGLI STATUS LEGITTIMAMENTE ACQUISITI ALL'ESTERO. Cfr. ROSSOLILLO, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti*

dell'uomo, in *Riv. dir. int.*, 2007, 1028, e ID., *Identità personale e diritto internazionale privato*, Cedam, 2009. Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea v. L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2007. Sulla più recente giurisprudenza di Strasburgo, infine, v. FRANZINA, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2011, 609.

CRISTINA CAMPIGLIO

I

II

► CORTE COST., 11.6.2014, n. 170

MATRIMONIO - TRANSESSUALISMO - SENTENZA DI RETTIFICAZIONE ANAGRAFICA DI SESSO - DIVORZIO - NECESSITÀ - CONSENSO DELLA COPPIA - ALTRA ADEGUATA FORMA DI CONVIVENZA REGISTRATA - RICONOSCIMENTO - NECESSITÀ (Cost., artt. 2, 3, 10, comma 1°, 24, 29, 117, comma 1°; l. 14.4.1982, n. 164, artt. 2, 4; l. 6.3.1987, n. 74, art. 7; d. legis. 1°.9.2011, n. 150, art. 31, comma 6°)

Deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 14.4.1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

CORTE EUR. DIRITTI UOMO, grande camera, 16.7.2014, ric. 37359/09

PERSONALITÀ (DIRITTI DELLA) - IDENTITÀ DI GENERE - RIATTRIBUZIONE DEL GENERE ANAGRAFICO - DISCIPLINA FINLANDESE - CONVERSIONE DEL MATRIMONIO IN UNIONE REGISTRATA - NECESSARIO CONSENSO PREVIO - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 8, 12 E 14 CONV. EUR. DIR. UOMO - ESCLUSIONE (Conv. eur. dir. uomo, artt. 8, 12, 14)

Al fine di ottenere il riconoscimento giuridico del mutamento di sesso, non è sproporzionato porre quale condizione previa la cessazione del rapporto matrimoniale e offrire l'opzione di convertirlo in una unione registrata con il consenso dell'altro coniuge, quando questa soluzione offre una protezione giuridica praticamente identica a quella del matrimonio. Essa rappresenta un giusto equilibrio e non viola gli artt. 8 e 12 e 14, congiuntamente agli artt. 8 e 12, Conv. eur. dir. uomo.

dal testo:

I

Il fatto. 1. – Nel corso di un giudizio promosso da una coppia sposata per ottenere la cancellazione della annotazione di «cessazione degli effetti del vincolo civile del [loro] matrimonio», che l'ufficiale di stato civile aveva apposta in calce all'atto di matrimonio, contestualmente all'annotazione, su ordine del Tribunale, della rettifica (da "maschile" a "femminile") del sesso del marito, la Corte di cassazione – adita in sede di impugnazione avverso il decreto della Corte di Appello di Bologna che, in riforma della statuizione di primo grado, aveva respinto la domanda dei ricorrenti – ha sollevato con l'ordinanza in epigrafe, questione di legittimità costituzionale:

1) «dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982 [Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso], nella formulazione anteriore all'abrogazione intervenuta per effetto dell'art. 36 del d.lgs. n. 150 del 2011 [Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69], nella parte in cui dispone che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca l'automatica cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso senza la necessità di una domanda e di una pronuncia giudiziale, con riferimento ai parametri costituzionali degli artt. 2 e 29 Cost., e, in qualità di norme interposte, ai sensi degli artt. 10, primo comma, e 117 Cost., degli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con riguardo ad entrambi i coniugi»;

2) «degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 24 Cost., nella parte in cui prevedono la notificazione del ricorso per rettificazione di attribuzione di sesso all'altro coniuge, senza riconoscere a quest'ultimo il diritto di opporsi allo scioglimento del vincolo coniugale nel giudizio in questione, né di esercitare il medesimo potere in altro giudizio, essendo esclusa la necessità di una pronuncia giudiziale dalla produzione *ex lege* dell'effetto solutorio in virtù del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso»;

3) «degli artt. 2 e 4 della l. n. 164 del 1982 con riferimento all'art. 24 Cost., negli stessi termini di cui sub 2), con riguardo al coniuge che ha ottenuto la rettificazione di attribuzione di sesso»;
4) «dell'art. 4 della l. n. 164 del 1982 con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 3 Cost., per l'ingiustificata disparità di regime giuridico tra l'ipotesi di scioglimento automatico, operante *ex lege*, del vincolo coniugale previsto da tale norma in relazione all'art. 3, quarto comma, lettera g) della l. n. 898 del 1970 e successive modificazioni e le altre ipotesi indicate in detto art. 3, *sub* 1, lettera a, b, c) e sub 2 lettera d)».

1.1. – Nel motivare la rilevanza della questione, la Corte rimettente ha ritenuto, in premessa, che l'Ufficiale di stato civile abbia nella specie correttamente operato in presenza della suddetta sentenza di rettificazione di sesso ed in applicazione del citato art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, che testualmente, appunto, dispone che «la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso [...] provoca lo scioglimento del matrimonio celebrato con il rito religioso».

1.2. – Ha escluso poi quella Corte che la successiva legge 6 marzo 1987, n. 74 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio) – che, con l'aggiunta di una lettera g) nel corpo dell'art. 3 della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), ha inserito l'ipotesi del giudicato sulla rettificazione tra i casi in cui lo scioglimento del vincolo «può essere domandato da uno dei coniugi» – possa condurre ad una interpretazione adeguatrice della normativa impugnata, nel senso, auspicato dai ricorrenti, della esclusione dell'automatismo dello scioglimento del matrimonio in conseguenza del mutamento di sesso di uno dei coniugi.

La soluzione del divorzio "imposto" alla coppia che sia stata "interessata" dalla rettificazione di sesso di uno dei suoi componenti rifletterebbe, infatti, il limite, «privo di ambiguità», che il legislatore del 1982 ha inteso porre all'esercizio del «diritto all'identità di genere del soggetto che desidera rettificare il sesso che gli è stato attribuito dalla nascita», con la riconosciuta presenza de «l'interesse statale a non modificare i modelli familiari» (*id est*: il modello eterosessuale del matrimonio).

E, poiché rispetto al sistema di tali modelli la legge n. 74 del 1987 non ha operato alcuna mo-

dificazione, l'introduzione della lettera g) nel novellato art. 3 della legge n. 898 del 1970 non altra spiegazione può avere, secondo la Corte rimettente, che quella della estensione del rito camerale (da quella legge individuato come modello processuale più spedito ed efficiente in materia divorzile) anche alle «controversie consequenziali (relative a figli minori o patrimoniali) allo scioglimento [pur sempre] automatico dal vincolo», come effetto della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi.

1.3. – La Corte rimettente conclude, pertanto, che la scelta del legislatore del 1982 – non modificata dalla legge n. 74 del 1987 e pienamente confermata dalla novella introdotta con l'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011 – «risulta univocamente quella di aver introdotto una fattispecie di divorzio “imposto” *ex lege* che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*, salva la necessità della tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori».

Ma è, appunto, tale soluzione ad essere, ad avviso della stessa Corte rimettente, di dubbia compatibilità con il sistema dei diritti garantiti dagli evocati parametri costituzionali ed europei. Ne deriverebbe, infatti, il contrasto: con il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative alla identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; con il diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; con il diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio e con il diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale.

Dal che il quesito sulla «adeguatezza del sacrificio imposto all'esercizio di tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi».

2. – Si sono costituiti in questo giudizio il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato – che ha insistito, in via pregiudiziale, per l'inammissibilità delle sollevate questioni e, in linea subordinata, per la loro infondatezza – nonché, con un'unica memoria, entrambi i ricorrenti per cassazione, la cui difesa ha conclu-

so per l'accoglimento delle questioni e per la declaratoria consequenziale – ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) – dell'incostituzionalità dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011.

3. – È intervenuta nel presente giudizio di legittimità costituzionale anche l'Avvocatura per i diritti LGBTI, che ha invocato – anch'essa – l'accoglimento delle formulate questioni.

4. – Le difese dello Stato e dei ricorrenti hanno anche depositato memorie ad ulteriore illustrazione dei rispettivi assunti.

I motivi. 1. – Chiamata a decidere sulla questione, al centro del giudizio principale, relativa agli «effetti della pronuncia di rettificazione di sesso su un matrimonio preesistente, regolarmente contratto dal soggetto che ha inteso esercitare il diritto a cambiare identità di genere in corso di vincolo, nell'ipotesi in cui né il medesimo soggetto né il coniuge abbiano intenzione di sciogliere il rapporto coniugale», la Corte di cassazione dubita che la soluzione al riguardo imposta dall'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), non modificata dall'art. 7 della successiva legge 6 marzo 1987 n. 74 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio) e poi confermata dall'art. 31 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), non applicabile in causa *ratione temporis* – la soluzione, cioè, di collegare alla sentenza di rettificazione di sesso del coniuge l'effetto automatico di scioglimento del matrimonio – realizzi un bilanciamento adeguato tra l'interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio ed i contrapposti diritti maturati dai due coniugi nel contesto della precedente vita di coppia.

Il cosiddetto “divorzio imposto” – introdotto dalla normativa censurata (l'art. 4 ed il connesso art. 2 della legge n. 164 del 1982) – sconfiggerebbe, infatti, ad avviso della Corte rimettente, un deficit di tutela, risolvendosi nel sacrificio indiscriminato, in assenza di strumenti compensativi, «del diritto di autodeterminarsi nelle

scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale».

Da qui, in particolare, il denunciato contrasto dell'art. 4 e, per quanto rileva, dell'art. 2 della legge n. 164 del 1982 con gli artt. 2, 3 e 29 Cost., e con gli artt. 8 e 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, evocati come norme interposte agli effetti della ulteriore violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. e la prospettazione del vulnus che si assume arrecato dagli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 all'art. 24 Cost.

2. – Con diffuse argomentazioni adesive alla motivazione dell'ordinanza di rinvio, la difesa dei ricorrenti ha chiesto dichiararsi l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 e, in via consequenziale, *ex art.* 27, legge n. 87 del 1953, dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011.

3. – Nel pervenire ad opposta conclusione di non fondatezza, sotto ogni profilo, della questione in esame, l'Avvocatura generale dello Stato ha richiamato, invece, in premessa, la non superabilità del "paradigma eterosessuale" del matrimonio, ribadito anche dalla sentenza di questa Corte n. 138 del 2010, e ne ha tratto il corollario che, in Italia, il matrimonio già celebrato tra due persone eterosessuali, una delle quali modifichi in costanza di rapporto, senza opposizione dell'altra, la propria identità di genere venga, per ciò stesso, a caducarsi per "inesistenza acquisita".

Con l'ulteriore conseguenza – ad avviso, sempre di detta difesa – che «ciò a cui può aspirare il coniuge che cambia sesso in costanza di matrimonio è che, con il consenso del proprio compagno (o compagna) di vita, l'ordinamento riconosca il permanere del vincolo di comunanza affettiva con una adeguata e diversa tutela, che serva per l'appunto a non

comprimere eccessivamente l'esercizio del diritto inviolabile all'autodeterminazione sessuale, ma non aspirare a conservare un istituto non più esistente».

4. – In via preliminare, deve essere confermata l'ordinanza, adottata nel corso dell'udienza pubblica ed allegata alla presente sentenza, con la quale è stato dichiarato inammissibile l'intervento dell'Avvocatura per i diritti LGBTI.

5. – La questione è fondata, nei termini e limiti di cui appresso.

5.1. – La situazione (sul piano fattuale innegabilmente infrequente, ma che, nella vicenda al centro del giudizio principale, si è comunque verificata) di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale – ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili.

5.2. – Il parametro costituzionale di riferimento per una corretta valutazione della peculiare fattispecie in esame – in relazione ai prospettati quesiti sulla legittimità della disciplina, correttamente individuata dalla Corte di cassazione negli artt. 2 e 4 della Legge n. 164 del 1982, che la risolvono in termini di divorzio automatico – non è dunque quello dell'art. 29 Cost. invocato in via principale dallo stesso collegio rimettente, poiché, come già sottolineato da questa Corte, la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso» (sentenza n. 138 del 2010).

Il che comporta che anche a colui (o colei) che cambia il proprio sesso non resta impedito di formare una famiglia, contraendo nuovo

matrimonio con persona di sesso diverso da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica.

5.3. – Non pertinente è anche il riferimento agli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (H. contro Finlandia – decisione del 13 novembre 2012; Schalk and Kopf contro Austria – decisione del 22 novembre 2010), invocati come norme interposte, ai sensi della denunciata violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. E ciò perché, in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte EDU, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso.

La stessa sentenza della Corte EDU Schalk and Kopf contro Austria, citata nell'ordinanza di rimessione, nel ritenere possibile una interpretazione estensiva dell'art. 12 della CEDU nel senso della riferibilità del diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali, chiarisce come non derivi da una siffatta interpretazione una norma impositiva, di una tale estensione, per gli Stati membri.

5.4. – Neppure sussiste, nei termini della sua prospettazione, il contrasto della normativa denunciata con i precetti di cui agli artt. 24 e 3 Cost.

Quanto al primo parametro, perché non essendo, per quanto detto, configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio, non ne è, di conseguenza, ipotizzabile alcun *vulnus* sul piano della difesa.

E quanto al parametro dell'art. 3 Cost., poiché la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa di mutamento del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustifica la differente disciplina.

5.5. – Pertinente, è invece, il riferimento al precetto dell'art. 2 Cost.

Al riguardo questa Corte ha già avuto modo di affermare, nella richiamata sentenza n. 138 del 2010, che nella nozione di “formazione sociale” – nel quadro della quale l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce

i diritti inviolabili dell'uomo – «è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

In quella stessa sentenza è stato, però, anche precisato doversi «escludere [...] che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio», come confermato, del resto, dalla diversità delle scelte operate dai Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette.

Dal che la conclusione, per un verso, che «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», e, per altro verso, che resta, però, comunque, «riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina.

5.6. – Sulla linea dei principi enunciati nella riferita sentenza, è innegabile che la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni “specifiche” e “particolari” di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore.

La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il

consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere (in tal ultimo senso si sono indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05) .

La normativa – della cui legittimità dubita la Corte rimettente – risolve un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statutale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio, restando chiusa ad ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come «forma di comunità», connotata dalla «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione» (sentenza n. 138 del 2010).

Sta in ciò, dunque, la ragione del *vulnus* che, per il profilo in esame, le disposizioni sottoposte al vaglio di costituzionalità arrecano al precepto dell'art. 2 Cost.

Tuttavia, non ne è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost. Sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale *deficit* di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti.

5.7. – Va, pertanto, dichiarata – in accoglimento, per quanto di ragione, delle sollevate questioni – l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui

non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore.

5.8. – Negli stessi termini, la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, n. 87, va estesa all'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, che ha sostituito l'art. 4 della legge n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo d.lgs., ma che ne ripete, con minima ininfluyente variante lessicale, identicamente il contenuto.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore;

2) dichiara, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giu-

ridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

[CASSESE *Presidente* – MORELLI *Relatore*. – B.A. e a. (avv. Bilotta) – Avvocatura per i diritti LGBTI (avv. Genova) – Presidente del Consiglio dei ministri (Avvocatura dello Stato)]

[Sulla sentenza si veda anche il commento in *Parte Seconda* di G. Palmeri e M.C. Venuti, p. ...]

II

(*Omissis*).

I motivi.

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

C. Appréciation de la Cour

1. *Sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention*

1. En l'espèce, la requérante formule son grief sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Le Gouvernement ne conteste pas l'applicabilité de cette disposition.

2. La Cour relève que la requérante a cherché à obtenir un numéro d'identité féminin, soutenant qu'à la suite de son opération de conversion sexuelle son ancien numéro d'identité masculin ne correspondait plus à la réalité.

3. La Cour a dit à maintes reprises qu'un transsexuel opéré pouvait se prétendre victime d'une violation de son droit au respect de sa vie privée protégé par l'article 8 de la Convention à raison de l'absence de reconnaissance juridique de son changement de sexe (voir, par exemple, *Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03, § 40, CEDH 2006-VII, et *L.c.Lituanie*, n° 27527/03, § 59, CEDH 2007-IV). En l'espèce, il n'est pas contesté que la situation de la requérante relève de la notion de «vie privée» au sens de l'article 8 de la Convention.

4. La Cour constate que la présente affaire soulève également des questions pouvant avoir des incidences sur la vie familiale de la requérante. En droit interne, la transformation du mariage actuel de la requérante en un partenariat enregistré requiert le consentement de son épouse. De plus, la requérante et son épouse

ont eu un enfant ensemble. En conséquence, la Cour estime que la relation de l'intéressée avec son épouse et son enfant relève également de la notion de «vie familiale» au sens de l'article 8 de la Convention.

5. Partant, l'article 8 de la Convention trouve à s'appliquer en l'espèce, tant en son volet «vie privée» qu'en son volet «vie familiale».

2. *Sur la question de savoir si l'affaire concerne une obligation positive ou une ingérence*

6. Si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut également imposer à l'État des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits garantis par l'article 8 (voir, parmi d'autres, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23, série A n° 91, et *Söderman c. Suède* [GC], n° 5786/08, § 78, CEDH 2013).

7. La Cour a dit dans des affaires antérieures que l'article 8 impose aux États l'obligation positive de garantir à leurs citoyens le droit à un respect effectif de leur intégrité physique et morale (voir, par exemple, *Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002, *Sentges c. Pays-Bas* (déc.), n° 27677/02, 8 juillet 2003, *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 42, CEDH 2003-III, *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, §§ 74-83, CEDH 2004-II, et *Pentiacova et autres c. Moldova* (déc.), n° 14462/03, CEDH 2005-I). De plus, pareille obligation peut impliquer l'adoption de mesures spécifiques, notamment la mise en place d'une procédure effective et accessible en vue de protéger le droit à la vie privée (*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 33, série A n° 32, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 101, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, et *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, § 162, CEDH 2005-X) ou la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus, ainsi que la mise en oeuvre, le cas échéant, des mesures en question dans différents contextes (*A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, § 245, CEDH 2010).

8. La Cour observe que les parties ne contestent pas que le refus d'accorder à la requérante un nouveau numéro d'identité (féminin) s'analyse en une atteinte au droit de l'intéressée au

respect de sa vie privée. La chambre a également examiné l'affaire sous cet angle. La Grande Chambre, pour sa part, estime que la question à trancher par elle est celle de savoir si le respect de la vie privée et familiale de la requérante implique pour l'État l'obligation positive de mettre en place une procédure effective et accessible, propre à permettre à la requérante de faire reconnaître juridiquement son nouveau sexe tout en conservant ses liens maritaux. Partant, la Grande Chambre juge plus approprié d'analyser le grief de la requérante du point de vue des obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention.

3. Principes généraux applicables à l'appréciation des obligations positives incombant à un État

9. Les principes applicables à l'appréciation des obligations positives incombant à un État au titre de l'article 8 sont comparables à ceux régissant l'appréciation de ses obligations négatives. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu concerné, les objectifs visés au paragraphe 2 de l'article 8 jouant un certain rôle (*Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, §42, série A n° 160, et *Roche*, précité, § 157).

10. La notion de «respect» manque de netteté, surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion; du fait de la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les États contractants, ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 72, CEDH 2002-VI). Néanmoins, la Cour a jugé une série d'éléments pertinents pour l'appréciation du contenu des obligations positives incombant aux États. Certains de ces éléments concernent le requérant, par exemple l'importance de l'intérêt en jeu ou la mise en cause de «valeurs fondamentales» ou d'«aspects essentiels» de sa vie privée (*X et Y c. Pays-Bas*, précité, § 27, et *Gaskin*, précité, § 49), ainsi que l'impact sur l'intéressé d'un conflit entre la réalité sociale et le droit, la cohérence des pratiques administratives et juridiques dans l'ordre interne revêtant une grande importance pour l'appréciation à effectuer sous l'angle de l'article 8 (*B. c. France*, 25 mars 1992, § 63, série A n° 232-C, et *Christine Goodwin*, précité, §§ 77-78). D'autres éléments concernent l'impact sur l'État en cause de l'obli-

gation positive alléguée, par exemple le caractère ample et indéterminé, ou étroit et défini, de cette obligation (*Botta c. Italie*, 24 février 1998, §35, *Recueil* 1998-I) ou l'ampleur de la charge que l'obligation ferait peser sur lui (*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, §§ 43-44, série A n° 106, et *Christine Goodwin*, précité, §§ 86-88).

11. Dans la mise en oeuvre des obligations positives qui leur incombent au titre de l'article 8, les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Pour déterminer l'ampleur de cette marge d'appréciation, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est restreinte (voir, par exemple, *X et Y c. Pays-Bas*, précité, §§ 24 et 27, et *Christine Goodwin*, précité, § 90; voir également *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 71, CEDH 2002-III). En revanche, la marge d'appréciation est plus large lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44, *Recueil* 1997-II, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I, et *Christine Goodwin*, précité, § 85). La marge d'appréciation est d'une façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention qui se trouvent en conflit (*Fretté*, précité, § 42, *Odièvre*, précité, §§44-49, *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, §77, CEDH 2007-I, *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 78, CEDH 2007-V, et *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, § 94, CEDH 2011).

12. La Cour a déjà eu à examiner plusieurs affaires se rapportant à l'absence de reconnaissance juridique des changements de sexe résultant d'opérations de conversion sexuelle (voir, par exemple, *Christine Goodwin*, précité, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, CEDH 2003-VII, *Grant*, précité, et *L.c.Lituanie*, précité, § 56). Tout en accordant aux États une certaine marge d'appréciation en la matière, elle a jugé que, en vertu des obligations positives découlant

pour eux de l'article 8, les États étaient tenus d'assurer la reconnaissance des changements de sexe des transsexuels opérés, notamment en permettant aux intéressés de faire modifier leur état civil, avec les conséquences en résultant (voir, par exemple, *Christine Goodwin*, précité, §§ 71-93, et *Grant*, précité, §§ 39-44).

4. Application en l'espèce des principes généraux

13. La Cour relève tout d'abord que la requérante et son épouse sont légalement mariées conformément au droit interne depuis 1996 et qu'elles souhaitent conserver leurs liens maritaux. En droit finlandais, le mariage n'est autorisé qu'entre personnes de sexe opposé. Les mariages entre personnes de même sexe sont pour l'instant interdits en Finlande, même si la question du mariage homosexuel est actuellement à l'étude devant le Parlement. Par ailleurs, les droits des couples de même sexe sont pour le moment protégés par la possibilité de contracter un partenariat enregistré.

14. La Cour a conscience du fait que la requérante ne revendique pas le droit au mariage pour les homosexuels en général mais qu'elle souhaite simplement préserver son propre mariage. Elle constate toutefois que si l'intéressée obtenait satisfaction, il en résulterait en pratique une situation dans laquelle deux personnes de même sexe pourraient être unies par le mariage. Or actuellement, comme la Cour l'a dit ci-dessus, pareil droit n'existe pas en Finlande. Partant, la Cour doit d'abord examiner si, dans les circonstances de l'espèce, la reconnaissance d'un tel droit est requise par l'article 8 de la Convention.

15. La Cour réitère sa jurisprudence selon laquelle l'article 8 de la Convention ne peut être compris comme imposant aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels (*Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, § 101, CEDH 2010). Elle a également dit que la question de la réglementation des effets d'un changement de sexe sur le mariage relevait dans une large mesure, mais pas entièrement, de l'appréciation de l'État contractant concerné (*Christine Goodwin*, précité, §103). En outre, la Convention n'exige pas davantage que des dispositions spéciales soient prises dans des situations telles que celle de l'espèce. Dans l'affaire *Parry c. Royaume-*

Uni (décision précitée), la Cour a estimé en 2006 que même si le droit anglais n'autorisait pas les mariages entre personnes de même sexe à l'époque des faits les requérantes pouvaient poursuivre leur relation dans tous ses aspects essentiels et lui conférer un statut juridique qui, s'il n'était pas totalement identique au mariage, y était semblable, en concluant un partenariat civil qui emportait pratiquement les mêmes droits et obligations que le mariage. Elle a donc considéré le partenariat civil comme une option valable dans cette affaire.

16. La Cour observe que la présente espèce touche à des sujets qui sont en constante évolution dans les États membres du Conseil de l'Europe. Elle se propose donc de se pencher sur la situation qui prévaut dans d'autres pays membres relativement aux questions soulevées en l'espèce.

17. D'après les informations dont la Cour dispose, il apparaît qu'à l'heure actuelle dix États membres autorisent le mariage entre personnes de même sexe. En outre, dans la majorité des États membres qui interdisent le mariage homosexuel il n'existe pas de cadre juridique précis réglementant la reconnaissance juridique du genre ni aucune disposition juridique traitant spécifiquement la situation des personnes mariées ayant subi une opération de conversion sexuelle. Parmi les États membres qui interdisent le mariage homosexuel, seuls six se sont dotés d'une législation applicable à la reconnaissance du genre. Dans ces pays, soit la loi pose spécifiquement une condition de célibat ou de divorce, soit des dispositions générales énoncent qu'après un changement de sexe tout mariage préexistant est annulé ou dissous. Il semble que seuls trois États membres ont ménagé des exceptions permettant à une personne mariée ayant changé de sexe d'obtenir la reconnaissance juridique de ce changement tout en conservant ses liens maritaux (paragraphe 31-33 ci-dessus).

18. Dès lors, on ne peut pas dire qu'il existe au niveau européen un consensus sur l'autorisation du mariage homosexuel ni, dans les États qui interdisent pareil mariage, sur la façon dont il convient de réglementer la reconnaissance des changements de sexe dans les cas de mariages préexistants. La majorité des États membres n'ont adopté aucune législation sur la

reconnaissance des changements de sexe. Il apparaît qu'outre la Finlande six autres États seulement se sont dotés d'une telle législation. Les exceptions ménagées pour les transsexuels mariés sont encore plus rares. Ainsi, rien n'indique que la situation dans les États membres du Conseil de l'Europe ait évolué de manière significative depuis que la Cour a rendu ses dernières décisions sur ces questions.

19. En l'absence d'un consensus européen, et compte tenu du fait que la présente affaire soulève indubitablement des questions morales ou éthiques délicates, la Cour estime que la marge d'appréciation à accorder à l'État défendeur demeure large (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, précité, § 44). Celle-ci doit en principe s'appliquer tant à la décision de légiférer ou non sur la reconnaissance juridique des changements de sexe résultant d'opérations de conversions sexuelles que, le cas échéant, aux règles édictées pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit.

20. Quant à l'ordre juridique interne, la Cour constate que le droit finlandais offre actuellement à la requérante plusieurs options. Premièrement, l'intéressée peut opter pour le *statu quo* sur le plan juridique en conservant ses liens maritaux et en s'accommodant des désagréments que lui vaut son numéro d'identité masculin. La Cour juge établi que dans le système finlandais un mariage légalement contracté unissant deux personnes de sexe opposé n'est pas annulé ou dissous au motif que l'un des époux, après avoir subi une opération de conversion sexuelle, se retrouve être de même sexe que son conjoint. En Finlande, contrairement à la situation qui prévaut dans d'autres pays, un mariage préexistant ne peut être annulé ou dissous unilatéralement par les autorités internes. Partant, rien ne s'oppose à la continuation du mariage de la requérante.

21. Deuxièmement, si la requérante souhaite s'assurer à la fois la reconnaissance juridique de son nouveau sexe et une protection juridique de sa relation avec son épouse, la législation finlandaise permet la transformation de son mariage en un partenariat enregistré si son épouse y consent. En droit finlandais, dès lors qu'est obtenu le consentement du conjoint au changement de sexe, le mariage se transforme automatiquement, *ex lege*, en un partenariat

enregistré et le partenariat enregistré en mariage, en fonction de la situation.

22. Le droit interne offre une troisième voie, le divorce. Cette voie est ouverte à la requérante comme à toute autre personne mariée. Contrairement à la thèse de l'intéressée, la Cour n'aperçoit rien dans l'ordre juridique finlandais qui pourrait être interprété comme obligeant la requérante à divorcer contre son gré. Au contraire, elle estime que le droit finlandais laisse à celle-ci toute liberté d'user ou non de cette possibilité.

23. Laissant de côté les options du maintien du *statu quo* et du divorce, la requérante s'en prend pour l'essentiel à la seconde option, celle censée lui permettre de bénéficier à la fois de la reconnaissance juridique de son nouveau sexe et d'une protection juridique de sa relation actuelle. Ainsi, la question clé en l'espèce est celle de savoir si le système dont s'est doté l'État finlandais permet aujourd'hui à celui-ci de respecter ses obligations positives en la matière ou si la requérante devrait être autorisée à conserver ses liens maritaux tout en bénéficiant de la reconnaissance juridique de son nouveau sexe, alors même que cette solution impliquerait un mariage homosexuel entre l'intéressée et son épouse.

24. La Cour constate que, contrairement à la majorité des États membres du Conseil de l'Europe, la Finlande a mis en place un cadre juridique destiné à régler la reconnaissance juridique des changements de sexe. Elle observe que, comme l'explique le Gouvernement, la législation litigieuse a pour but d'unifier les diverses pratiques ayant cours dans le pays et d'établir des critères cohérents en matière de reconnaissance juridique du genre. Dès lors que le consentement du conjoint est obtenu, le système permet de concilier la reconnaissance juridique du changement de sexe et la protection juridique de la relation. Le système fonctionne dans les deux sens, et il prévoit ainsi non seulement la transformation du mariage en un partenariat enregistré mais également la transformation du partenariat enregistré en un mariage, selon que l'opération de conversion sexuelle a pour effet de transformer la relation existante en une union entre partenaires de même sexe ou en une union entre partenaires de sexe opposé. D'après les informations fournies par le Gouvernement, il y a eu jusqu'ici

trente et une transformations de ce type, qui se répartissent de manière pratiquement égale entre les deux situations susmentionnées.

25. En élaborant ce cadre juridique, le législateur finlandais a choisi de réserver le mariage aux couples hétérosexuels, cette règle ne souffrant aucune exception. Il reste donc à la Cour à déterminer si, eu égard aux circonstances de l'affaire, le système finlandais ménage actuellement un juste équilibre entre les intérêts concurrents en présence et s'il répond au critère de proportionnalité.

26. L'une des préoccupations de la requérante a trait à l'obligation d'obtenir le consentement du conjoint, qui équivaut selon elle à un divorce «forcé». La Cour estime toutefois que, eu égard à l'automaticité de la transformation du mariage en un partenariat enregistré (ou *vice versa*) dans le cadre du système finlandais, le consentement du conjoint à l'enregistrement d'un changement de sexe constitue une exigence élémentaire, conçue pour protéger un conjoint des effets de décisions unilatérales prises par l'autre. Cette condition représente donc clairement une protection importante pour le conjoint qui ne demande pas la reconnaissance d'un changement de sexe. À cet égard, il convient de relever que le consentement est également requis lorsqu'un partenariat enregistré doit être transformé en mariage. En conséquence, cette exigence s'applique aussi au bénéfice de l'institution du mariage.

27. La requérante se déclare également préoccupée par les différences entre mariage et partenariat enregistré. Comme l'a expliqué le Gouvernement, ces différences concernent l'établissement de la paternité, l'adoption en dehors du cercle familial et le nom de famille. Elles se présentent toutefois uniquement dans la mesure où ces questions n'ont pas été réglées auparavant et sont donc étrangères à l'espèce. Partant, la Cour estime que les différences entre mariage et partenariat enregistré ne sont pas de nature à entraîner un changement substantiel dans la situation juridique de la requérante. En pratique, celle-ci pourrait donc continuer à bénéficier dans le cadre d'un partenariat enregistré essentiellement de la même protection juridique que celle qui lui est assurée par le mariage (voir, *mutatis mutandis*, *Schalk et Kopf*, précité, § 109).

28. De plus, la requérante et son épouse ne perdraient aucun autre droit si leur mariage était transformé en partenariat enregistré. Comme le Gouvernement l'explique de manière convaincante, l'expression «se transforme» figurant à l'article 2 § 1 de la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles a été délibérément choisie pour illustrer le fait que la relation juridique initiale se poursuit simplement sous une dénomination différente et avec un contenu légèrement modifié. La durée du partenariat est donc calculée à partir de la date à laquelle il a été contracté et non à partir du changement de dénomination. Cet aspect peut se révéler important dans les cas où la durée de la relation constitue une donnée à prendre en compte au regard de la législation interne, par exemple pour le calcul d'une pension de réversion. Partant, la Cour ne peut juger bien fondée l'allégation de la requérante selon laquelle la transformation de son mariage en un partenariat enregistré serait assimilable à un divorce.

29. Par ailleurs, la Cour estime que la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'emporterait pas d'effets ou n'emporterait que des effets minimes sur la vie familiale de l'intéressée. Elle souligne que l'article 8 protège également la vie familiale des partenaires de même sexe et de leurs enfants (*Schalk et Kopf*, précité, §§ 91 et 94). Dès lors, il importe peu, du point de vue de la protection offerte à la vie familiale, que la relation de la requérante avec sa famille soit fondée sur des liens maritaux ou sur un partenariat enregistré.

30. Les aspects relatifs à la vie familiale se retrouvent aussi dans la relation de la requérante avec sa fille. La paternité de la requérante ayant déjà été valablement établie pendant le mariage, la Cour estime qu'en vertu du droit positif finlandais une éventuelle transformation du mariage en partenariat enregistré n'aurait aucun effet sur le lien de filiation paternelle entre la requérante et sa fille. L'enfant continuerait donc à être considérée comme étant née dans le mariage. En outre, ainsi que l'expose le Gouvernement, dans le système finlandais la paternité présumée sur la base du mariage ou la paternité établie ne peuvent être annulées au motif que l'homme est ultérieure-

ment devenu une femme à la suite d'une opération de conversion sexuelle. Cela est confirmé par le fait, évoqué par le Gouvernement, que dans aucun des cas où une conversion sexuelle a eu lieu en Finlande il n'y a eu de modification des liens de filiation préexistants. De même, le changement de sexe d'un père n'a aucun effet juridique sur sa responsabilité en ce qui concerne les obligations de soins, de garde ou d'entretien vis-à-vis de son enfant, étant donné qu'en Finlande cette responsabilité se fonde sur la parentalité, quel que soit le sexe des parents ou la forme de leur relation. Partant, la Cour juge établi que la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'aurait aucune incidence sur la vie familiale de l'intéressée telle que protégée par l'article 8 de la Convention.

31. S'il est regrettable que la requérante se retrouve quotidiennement dans des situations où son numéro d'identité inapproprié lui vaut des désagréments, la Cour estime que l'intéressée dispose d'une possibilité réelle de modifier cet état de choses: son mariage peut à tout moment, sous réserve du consentement de son épouse, être transformé, *ex lege*, en un partenariat enregistré. À défaut d'un tel consentement, l'intéressée a toujours la possibilité, comme n'importe quelle personne mariée, de demander le divorce. La Cour considère qu'il n'est pas disproportionné de poser comme condition préalable à la reconnaissance juridique du changement de sexe de la requérante que son mariage soit transformé en partenariat enregistré, celui-ci représentant selon elle une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage (*Parry*, décision précitée). On ne peut donc dire que, du fait des différences mineures qui existent entre ces deux formes juridiques, le système en vigueur ne permet pas à l'État finlandais de remplir les obligations positives qui lui incombent.

32. En conclusion, la Cour estime qu'il n'a pas été démontré que les effets sur la requérante du système finlandais actuel dans son ensemble soient disproportionnés, et elle considère qu'un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents en jeu.

33. Dès lors, elle conclut à la non-violation de l'article 8.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION (*Omissis*)

C. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

34. La Cour rappelle que l'article 12 de la Convention constitue la *lex specialis* pour le droit au mariage. Il garantit le droit fondamental pour un homme et une femme de se marier et de fonder une famille. Il prévoit expressément que le mariage est réglementé par le droit national. Il consacre le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme (*Rees*, précité, § 49). S'il est vrai qu'un certain nombre d'États membres ont ouvert le mariage aux partenaires de même sexe, l'article 12 ne saurait être compris comme imposant pareille obligation aux États contractants (*Schalk et Kopf*, précité, § 63).

2. Application en l'espèce des principes susmentionnés

35. La question en jeu concerne les conséquences du changement de sexe de la requérante sur ses liens maritaux. À l'instar de la chambre, la Grande Chambre estime que cette question a déjà fait l'objet ci-dessus, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, d'un examen qui a abouti à un constat de non-violation de cette disposition. Dans ces conditions, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 12 de la Convention, et qu'il n'y a pas lieu de formuler une conclusion séparée sur le terrain de cet article.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 COMBINÉ AVEC LES ARTICLES 8 ET 12 DE LA CONVENTION

36. Invoquant l'article 14 de la Convention, la requérante allègue qu'en refusant de lui donner un numéro d'identité féminin qui correspond à son véritable sexe l'État lui fait subir une discrimination. Elle se plaint que ce refus l'oblige à divulguer l'information confidentielle de son transsexualisme, exposant que, contrairement aux autres personnes, elle doit expliquer ce décalage chaque fois qu'on lui demande son numéro d'identité.

37. L'article 14 de la Convention se lit ainsi:

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion,

les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

A. L'arrêt de chambre

38. Dans son arrêt du 13 novembre 2012, la chambre a estimé que l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention trouvait à s'appliquer.

39. Elle a ensuite relevé que les griefs de la requérante formulés sur le terrain de l'article 14 avaient trait à l'impossibilité pour l'intéressée d'obtenir un numéro d'identité féminin. Elle a observé que la requérante comparait sa situation à celle des autres personnes en général, y compris les cissexuels et les transsexuels non mariés. Estimant que ces situations ne présentaient pas une similarité suffisante pour être comparées les unes aux autres, elle a conclu que la requérante ne pouvait prétendre se trouver dans la même situation que les autres catégories de personnes qu'elle évoquait.

40. La chambre a ajouté que pour l'essentiel le problème en l'espèce découlait du fait que le droit finlandais n'autorisait pas le mariage entre partenaires du même sexe. Elle a rappelé que, selon la jurisprudence de la Cour, les articles 8 et 12 n'imposent pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, et que l'article 14 combiné avec l'article 8 ne peut pas davantage être compris comme imposant aux États contractants une obligation de garantir aux couples de même sexe le droit de rester mariés. Elle a considéré que, s'agissant de l'obtention d'un numéro d'identité féminin, la requérante ne pouvait être réputée victime d'une discrimination par rapport à d'autres personnes, à supposer du reste qu'elle pût passer pour être dans une situation comparable à celle de ces personnes. Elle a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. (*Omissis*)

C. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

41. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour «la jouissance des droits et libertés» qu'elles garantissent. Certes, il peut

entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise de l'une au moins desdites clauses (voir, par exemple, *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 47, 22 janvier 2008, et *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], n°s 29381/09 et 32684/09, § 72, CEDH 2013).

42. Selon la jurisprudence bien établie de la Cour, une question ne peut se poser au regard de l'article 14 que lorsqu'il existe une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Pareille différence de traitement est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008).

43. D'une part, la Cour a dit à maintes reprises que les différences fondées sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement sérieuses (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96, § 90, CEDH 1999-VI, *L. et V. c. Autriche*, n°s 39392/98 et 39829/98, § 45, CEDH 2003-I, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 37, CEDH 2003-IX, *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, § 127, CEDH 2012, *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, § 99, CEDH 2013, et *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], précité, § 77). D'autre part, une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'État lorsqu'il s'agit, par exemple, de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (*Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, § 52, CEDH 2006-VI). L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, le domaine et le contexte; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (*Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 38, *Recueil* 1998-II).

2. Application en l'espèce des principes sus-mentionnés

44. Nul ne conteste en l'espèce que la situation de la requérante relève des notions de «vie privée» et de «vie familiale» au sens de l'article 8 de la Convention et qu'elle tombe aussi sous l'empire de l'article 12 de la Convention. En conséquence, l'article 14 combiné avec ces deux dispositions trouve à s'appliquer.

45. La Cour relève que les griefs formulés par la requérante au titre de l'article 14 de la Convention concernent sa demande de numéro d'identité féminin et les problèmes qu'elle a rencontrés à cet égard. Dans ses observations, la requérante compare sa situation à celle des cissexuels, expliquant que ceux-ci bénéficient automatiquement à la naissance de la reconnaissance de leur genre et que leurs mariages, contrairement au sien, ne courent pas le risque d'un divorce «forcé».

46. La Grande Chambre souscrit à l'avis de la chambre selon lequel la situation de la requérante et celle des cissexuels ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre. Partant, la requérante ne peut prétendre se trouver dans la même situation que les cissexuels.

47. En conclusion, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 8 et 12 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention;

2. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 12 de la Convention;

3. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec les articles 8 et 12 de la Convention (*Omissis*)

[SPIELMANN *Presidente*. – Finlandia (Agente Kosonen) – Härmäläinen (avv. Cojocariu)]

Nota di commento: «Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla

tutela concreta del matrimonio della persona trans» [★]

I. Il caso

Nel primo caso in commento, deciso dalla Corte cost., una persona coniugata da diversi anni viene a sapere che, a seguito della conclusione del percorso di rettificazione del sesso anatomico e anagrafico, il suo Comune di residenza ha dichiarato sciolto, d'ufficio, il vincolo coniugale, ritenendo che il matrimonio fra due persone (divenute) dello stesso sesso anagrafico non possa sussistere nell'ordinamento italiano.

Il ricorso alla giustizia ottiene una pronuncia favorevole in primo grado, mentre in appello viene sancita la legittimità dello scioglimento automatico del vincolo coniugale, a seguito della sentenza di rettificazione anagrafica del sesso, nonostante la volontà contraria dei coniugi. Le argomentazioni sono sostanzialmente incentrate sulla contrarietà all'ordine pubblico di un matrimonio *same-sex*. Interpellata sul caso, la Cassazione sospende il giudizio e rinvia alla Corte costituzionale, dubitando delle legittimità costituzionale del divorzio imposto in caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi.

La Consulta si esprime con una sentenza di accoglimento, del tipo «additiva di principio», assegnando al legislatore il dovere di approvare una forma di regolamentazione, la convivenza registrata, che tuteli diritti e doveri della coppia e riconoscendo che, in assenza di volontà, non può imporsi ad una coppia coniugata di sciogliere il vincolo validamente contratto.

Per la prima volta, il transessualismo e il matrimonio di chi abbia cambiato sesso vengono in causa rispetto al mantenimento in vita del legame coniugale contratto prima del transito. E per la prima volta, la Corte costituzionale afferma con nettezza la necessità che il parlamento approvi «con la massima sollecitudine» una forma di regolamentazione delle coppie same-sex.

Nel secondo caso, deciso dalla Corte di Strasburgo, una persona decide di cambiare sesso nel corso di un matrimonio contratto nel 1996 fra due persone biologicamente e anagraficamente di genere diverso, unione da cui è nata anche della prole. Il marito si sottopone ad interventi chirurgici e cambia il proprio nome, assumendo in tutto e per tutto identità e ruolo femminili. L'ultimo tassello del riconoscimento giuridico sarebbe l'attribuzione di un nuovo codice di identificazione personale, il quale, si-

[★] Contributo pubblicato in base a *referee*.

milmente al codice fiscale italiano, evidenzia anche il genere anagrafico. La legislazione finlandese in materia di identità di genere richiede, tuttavia, la cessazione del matrimonio oppure che l'altro coniuge dia il proprio consenso alla conversione del matrimonio in unione registrata, istituto riservato alle persone dello stesso genere. Tuttavia, la transizione della ricorrente non ha inciso sul sentimento e la sostanza della loro vita coniugale, sì che i coniugi non accettano di «sacrificare» il loro matrimonio e contestano la condizione posta dallo Stato finlandese.

Le giurisdizioni nazionali rigettano il ricorso e nemmeno la quarta camera della Corte eur. dir. uomo dà ragione alla coppia. Accolta la richiesta di riesame da parte della ricorrente, la quale nel frattempo aveva anche chiesto che l'anonimato fosse tolto, la grande camera con la sentenza in commento non ravvisa alcuna violazione della Convenzione. Essa ha ritenuto che la soluzione adottata dallo Stato contraente non fosse sproporzionata e rappresentasse un giusto equilibrio fra gli interessi in gioco.

Non è la prima volta che i giudici di Strasburgo trattano un caso simile, già risolto in senso conforme da due decisioni in ricorsi contro il Regno Unito. Tuttavia, la questione ha acquisito rilevanza, divenendo oggetto dapprima di sentenza da parte della quarta camera, quindi di riesame da parte di una grande camera che in sede di giudizio si è divisa 14 a 3. *A distanza di poche settimane dalla sentenza della Corte costituzionale italiana, anche il massimo consesso di Strasburgo tratta del «divorzio imposto». Esso giunge ad una conclusione che, da una parte, è in linea con il principio stabilito dalla sentenza della Consulta, ma, dall'altra, suscita forti dubbi sulla legittimità convenzionale degli effetti pratici che essa determinerà.*

II. Le questioni

1. LA PROSPETTIVA ITALIANA. Giuridicamente, il caso giunto alla Corte costituzionale ha origine dall'intrecciarsi di una vicenda certamente inusuale – ossia la volontà di una coppia regolarmente coniugata, di mantenere in vita il vincolo matrimoniale, anche in seguito al cambiamento di sesso di uno dei coniugi – e di un quadro normativo confuso e complesso. Secondo le norme in materia, la sentenza con cui si dichiara la riassegnazione del sesso *provoca* lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili, *che possono essere domandati* da uno dei coniugi (combinato disposto *ex art. 4, l. 14.4.1982, n. 164 e art. 7, l. 6.3.1987, n. 74, che ha aggiunto la lett. g) all'art. 3, n. 2, l. 1° 12.1970, n. 898*).

La formulazione normativa sembrava confermare la necessità di un impulso di parte e dunque l'im-

possibilità di dichiarare lo scioglimento d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero, peraltro intendendo la rottura del vincolo come atto eventuale. Questa interpretazione, tuttavia, ammetterebbe la possibilità, sia pure limitata nel tempo, di sopravvivenza nell'ordinamento di un matrimonio fra persone divenute dello stesso sesso e di mancanza della domanda di divorzio. Per questo, parte della dottrina era propensa a ritenere che, con il passaggio in giudicato della sentenza che modifica il sesso di uno dei coniugi, il matrimonio si sciogliesse automaticamente.

Il denominatore comune delle varie teorie ricostruttive si rinveniva nell'idea per cui la rettifica dell'attribuzione di sesso fosse il presupposto dello scioglimento del matrimonio da dichiararsi con sentenza secondo le regole ordinarie e seguendo un'analisi teorica della questione.

Si riteneva, infatti, un mero «caso di scuola» l'eventualità in cui i coniugi, di cui uno aveva cambiato sesso, non volessero divorziare, ipotesi che si è materializzata nella vicenda giunta di fronte alla Consulta e resa ancora più paradossale dal fatto che il divorzio era stato «dichiarato» dall'ufficiale di stato civile (e non da un giudice), una volta resosi conto che la modifica di sesso aveva dato vita ad un matrimonio *same-sex*.

Dopo un primo grado favorevole, in cui il giudice aveva riconosciuto l'impossibilità per un ufficiale di stato civile di modificare lo *status* coniugale in assenza di una pronuncia giudiziaria, il giudice di appello aveva ritenuto contrario all'ordine pubblico il matrimonio divenuto *same-sex*, posto che il nostro ordinamento richiede la diversità di sesso dei nubendi.

La Corte di cassazione, cui si erano rivolte le parti, aveva ritenuto non manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità circa le disposizioni che «impongono» lo scioglimento del matrimonio senza la necessità di una pronuncia giudiziaria, in caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi, e rinviato il caso alla Consulta.

In un'articolata pronuncia, il giudice delle leggi respinge la contrarietà a Costituzione (artt. 3, 24, 29, oltre che 10, comma 1°, e 117, comma 1°, di ingresso degli artt. 8 e 12 Conv. eur. dir. uomo) delle norme che impongono l'automatismo dello scioglimento del matrimonio in caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi, in quanto l'individuazione delle forme di tutela per le coppie *same-sex* è riservata alla discrezionalità del legislatore.

La normativa impugnata però viene ritenuta illegittima rispetto all'art. 2 Cost., preso atto della lacuna che «non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del ma-

trimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore».

La pronuncia n. 170/2014, tecnicamente ascrivibile alle pronunce additive di principio, accoglie dunque la questione di costituzionalità delle norme che impongono il divorzio d'ufficio in caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi e dichiara incostituzionale la lacuna normativa.

Non teme smentite l'affermazione per cui la sentenza n. 170/2014, additiva «anomala» secondo la dottrina (VERONESI, *infra*, sez. IV), crea più problemi di quanti non ne risolve.

Sul piano pratico, nonostante si tratti di una pronuncia di accoglimento, la coppia resta, di fatto, sguarnita di tutele, quanto meno sino alla decisione della Corte di Cassazione che dovrà in qualche modo dare concretezza alla sentenza del giudice delle leggi. A differenza della sentenza di accoglimento «secca» (soluzione possibile secondo BIANCHI, *infra*, sez. IV), infatti, il tipo di pronuncia adottata non esprime una regola immediatamente applicabile, ma un principio che, nel caso di specie, vincola il legislatore nell'approvare la disciplina della convivenza registrata. Tuttavia, la Cassazione dovrà dare una risposta alla coppia, anche (e anzi forse soprattutto) nelle more dell'approvazione della regolamentazione. Diversamente, si ammetterebbe che una norma dichiarata incostituzionale, ossia quella che consente il divorzio come effetto automatico della sentenza di rettificazione di sesso, continui a produrre i propri effetti con un *vulnus* rispetto ai principi costituzionali dichiarati violati.

L'esito del giudizio di costituzionalità sul ricorso in Cassazione apre la strada a due possibili scenari.

Da un lato, la Supr. Corte potrebbe rigettare il ricorso, confermando il giudizio di appello e dunque lo scioglimento (sia pure dichiarato dall'ufficiale di stato civile) del vincolo matrimoniale. In questo modo, si eviterebbe la presenza di un matrimonio *same-sex* nell'ordinamento, salvandone così la coerenza. Tuttavia, questa ipotesi si pone in chiaro contrasto con quanto espresso dalla Consulta che ha dichiarato la non compatibilità a Costituzione dello scioglimento d'ufficio.

Accogliere il ricorso, soluzione in grado di soddisfare l'esigenza di tutela alle ricorrenti, sembra anch'essa soluzione non praticabile, in quanto la Cassazione non ha il potere di convertire, *de plano*, il matrimonio in convivenza registrata e posto che l'istituto sembra difficilmente surrogabile per analogia (PEZZINI, *infra*, sez. IV). Peraltro, l'accoglimen-

to del ricorso nel giudizio *a quo* sarebbe precluso dall'affermata inesistenza del diritto della coppia «a rimanere unita nel vincolo del matrimonio» (BIONDI, *infra*, sez. IV).

Il tasso di problematicità della questione è ben evidenziato dall'ipotesi in cui la coppia sia chiamata a far valere l'unione verso terzi, nelle more dell'intervento legislativo che lascia intatto il dubbio sulla capacità di produrre effetti di un legame, nato validamente come matrimonio ma divenuto convivenza registrata per effetto della pronuncia della Corte. L'unica soluzione giuridicamente idonea a tutelare la posizione giuridica delle persone coinvolte appare quella di mantenere in vita, *pro tempore*, il matrimonio delle ricorrenti finché il Parlamento non approvi una normativa che ne consenta la modifica in un'unione registrata. Seguendo questa ricostruzione, lo scioglimento del matrimonio vedrebbe così differiti i propri effetti al momento in cui si verificherebbe la condizione che consente l'applicazione della norma (PEZZINI; BRUNELLI, *infra*, sez. IV).

Solo in tal modo si dispiegherebbe il principio personalista fatto proprio dalla Costituzione e verrebbe rispettato il dettato della Consulta laddove ha dichiarato l'incostituzionalità dello scioglimento d'ufficio in caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi.

Il matrimonio comunque non resterebbe indenne, subendo un impatto significativo, in quanto sottoposto ad una condizione risolutiva: la condizione delle coniugi sarebbe così dirottata verso una diversa e minore tutela giuridica, entrando in una dimensione di precarietà. In questo modo, la Corte di cassazione conseguirebbe il duplice risultato di applicare non la norma dichiarata incostituzionale ma, per quanto possibile, quella creata dalla sentenza additiva. Questo approccio peraltro conseguirebbe un ulteriore probabile effetto indiretto, stimolando il legislatore ad agire in tempi rapidi (PEZZINI) per evitare confusione e incertezza applicativa.

Altro dubbio significativo generato dalla sentenza n. 170/2014 sorge in ordine all'effetto che i giudici potranno dare al principio, inequivocabilmente affermato, ma generico e indeterminabile, rispetto ad altri casi (BIONDI). La dottrina ha ritenuto che la sentenza e il principio in essa contenuto potrebbero essere invocati dalle coppie il cui matrimonio risulti sciolto in conseguenza del mutamento di sesso di uno dei componenti, qualora entrambi manifestino, in forma giuridicamente rilevante, l'intenzione di proseguire la vita in comune (SALAZAR, *infra*, sez. IV), rinviando ai giudici la valutazione circa la possibile estensione delle tutele.

Altra autorevole dottrina (RUGGERI, *infra*, sez. IV) ha invece ritenuto «fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad es-

sere per l'istante tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, «sussidiariamente» prodotte dal giudice comune, in attesa della organica e compiuta disciplina vagheggiata dalla Corte».

Tuttavia, vi è anche chi ha evidenziato come questa ricostruzione sottovaluterebbe il dispositivo a tutto vantaggio della (pur ambigua) motivazione, osservando criticamente che la motivazione non può privare di effetti il dispositivo allo scopo di «salvare» la norma annullata, sia pure in attesa dell'intervento del legislatore (BIANCHI). Infatti, la scelta di una pronuncia di accoglimento è stata intesa come funzionale all'esigenza di incidere sul quadro normativo, in vista della tutela di diritti di cui si è appena affermata l'invulnerabilità (così BRUNELLI), mentre la pluralità di soluzioni disponibili per il legislatore non potrebbe intendersi come strumento idoneo a impedire la tutela immediata degli stessi diritti in sede giurisdizionale.

Sul piano teorico, complessi gli interrogativi suscitati dalla vistosa invasione della sfera di discrezionalità del legislatore, certamente incisa dalla Corte costituzionale laddove potrebbe persino aver voluto dettare il *nomen* del nuovo istituto (convivenza registrata), nonché la sua configurazione come qualcosa di necessariamente differente rispetto al matrimonio. La dottrina ha evidenziato la «via stretta» lungo la quale potrà (o forse dovrebbe dirsi dovrà) svilupparsi la discrezionalità del legislatore: nell'*an* (in quanto il legislatore *deve* provvedere, posto che l'assenza di un istituto alternativo ha condotto alla dichiarazione di incostituzionalità), nel *quando* («con la massima sollecitudine»), nel *quomodo* (una forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima), sebbene permangano dubbi su come sia possibile coartare la volontà di un inerte legislatore (PEZZINI).

In proposito, è interessante domandarsi fino a quando la Corte potrà tollerare l'inerzia legislativa che lascia la coppia nel vuoto di tutele e fino a che punto potrà espandersi la discrezionalità del legislatore, ossia se a quest'ultimo sia preclusa la via dell'accesso al matrimonio anche per le coppie *same-sex* (SAITTO, *infra*, sez. IV).

La Corte afferma che la vicenda si pone, evidentemente, al di fuori del modello del matrimonio, quasi sembrando porre un ostacolo anche alla sola prefigurazione della possibilità di contrarre matrimonio per le coppie *same-sex*, in quanto la nozione presupposta dal costituente è quella definita dal Codice Civile del 1942 che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso», aprendo ad una ulteriore contraddizione, anche rispetto alla propria giurisprudenza, secondo cui «occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della

Costituzione, e non viceversa» (sent. n. 1/2013) (BIANCHI).

In realtà, le argomentazioni circa il necessario carattere eterosessuale del matrimonio vengono quasi richiamate *per relationem*, rispetto a CORTE COST., 15.4.2010, n. 138, *infra*, sez. III (PEZZINI) e mostrano un carattere assai «sbrigativo», senza contenere vere e proprie motivazioni, trasformando l'eterosessualità del matrimonio da elemento controverso in presupposto logico-giuridico della decisione (BIANCHI, che però mette in luce il «cambio di tono» rispetto alla sent. n. 138/2010).

Un appunto si incentra necessariamente sul bilanciamento prospettato dalla Corte che contrappone un supposto «*interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio*» ai «*diritti maturati dai due coniugi nel contesto della precedente vita di coppia*». Viene così lasciato completamente in ombra il profilo che, presso altre Corti costituzionali europee, aveva visto prevalere la posizione individuale, identificata nel diritto della persona a dispiegare la propria personalità, di cui l'identità di genere rappresenta certamente espressione e che sarebbe di fatto influenzata dagli effetti rigidi e ineluttabili che l'ordinamento riconosce rispetto alla fine del matrimonio. La persona interessata non potrebbe così essere posta di fronte alla scelta se cambiare sesso o mantenere in vita il matrimonio.

Dall'impossibilità a considerare come «matrimoniale» (dunque, sotto la «copertura» dell'art. 29 Cost.) l'unione tra i due coniugi, divenuti dello stesso sesso, la Corte fa derivare lo spostamento dell'asse delle argomentazioni sull'art. 2 Cost., con una chiara opzione valoriale che «degrada» l'unione matrimoniale in una formazione sociale, comunque meritevole di tutela.

Criticabile è altresì il mancato utilizzo del canone dell'eguaglianza nel senso forte di divieto di discriminazione, ossia come diritto all'eguaglianza soggettiva, posto che l'argomentazione si arresta sul piano della ragionevolezza della distinzione (BRUNELLI).

Autorevole dottrina ha sottolineato che il criterio adottato dalla Corte potrebbe comportare una frammentazione delle tipologie familiari e l'adozione di misure legislative peculiari per ciascuno dei gruppi sociali considerati (RUGGERI).

Si conforma come bicefalo il bilanciamento operato dalla Corte, fermo sia nel ritenere incostituzionale il mancato riconoscimento di una qualche forma giuridica che consenta ai coniugi di rimanere uniti per la legge, sia nell'escludere la prosecuzione del matrimonio e nel rinviare al legislatore la disciplina del nuovo istituto a garanzia dei diritti delle coppie *same-sex*. L'effetto esiziale del prevalere del paradigma eterosessuale del matrimonio, rispetto alla tutela di una vicenda concreta, porta però la Cor-

te ad ammettere un differimento nel tempo degli effetti della propria pronuncia di incostituzionalità e dunque ad ammettere che, nelle more dell'intervento legislativo, la coppia resti senza tutele (SAITTO).

Non può peraltro dimenticarsi che quand'anche il legislatore introducesse un istituto giuridico per le coppie dello stesso sesso, la questione andrebbe ugualmente sottoposta alla verifica della ragionevolezza del trattamento differenziato. Né appare scontata la compatibilità costituzionale di un regime di tutela differenziato in ragione dell'orientamento sessuale o del sesso dei membri della coppia, che sembrerebbe invertire il sistema delle fonti elevando a principio fondamentale il paradigma eterosessuale, la cui base normativa è in un atto di livello primario, sia pure confortato da una consolidata tradizione.

Certo è che in questo caso, quanto meno l'effetto di tutela sarebbe raggiunto, lasciando però scoperto il versante simbolico e ideologico che marca, con una profonda differenza, la distanza fra matrimonio e altri tipi di unioni registrate.

2. LA PROSPETTIVA EUROPEA. Mentre in Italia il «caso Bernaroli» viene considerato un caso più unico che raro, in altri Stati europei ciò non corrisponde alla realtà. Così in Finlandia, Paese da cui trae origine la sentenza *Hämäläinen c. Finlandia*, deciso dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti umani il 16 luglio 2014. In quell'ordinamento l'ultimo tassello del riconoscimento giuridico del genere di una persona trans si realizza quando l'ufficio di stato civile rilascia un nuovo codice di identificazione personale, analogo al codice fiscale italiano e come questo evidenzianti il genere anagrafico della persona interessata. Come noto a chi vi ha vissuto, nei Paesi nordici tale codice pervade la vita quotidiana della persona, divenendo identificativo della stessa in tutti i rapporti con la pubblica amministrazione e non solo. Per tali ragioni il cambio del nome già realizzato dalla ricorrente non era sufficiente per rimuovere le problematiche pratiche che una transizione comporta. Tuttavia, l'aspirazione ad un nuovo codice di identificazione presuppone che l'interessato, se coniugato o vincolato a una unione registrata, o divorzi o, con il previo consenso del *partner*, accetti una conversione in quell'istituto che è consono alla combinazione di generi (anagrafici) risultante dal riconoscimento giuridico dell'identità di genere. Non solo quindi da matrimonio a unione, ma anche viceversa, così che non possa darsi un matrimonio fra due persone dello stesso genere, né un'unione registrata fra persone di generi diversi, essendo tale istituto riservato alle coppie in cui i generi coincidono.

Se per l'Italia si tratta di un primo caso – ma la cronaca nazionale ha dato spazio anche ad una si-

tuazione analoga, a quanto consta non ancora giunta nelle aule dei tribunali – ciò è tutt'altro che vero per la Finlandia. Secondo i dati forniti dal Governo resistente, da quando è stata prevista legislativamente la conversione del matrimonio in unione registrata e di questa in matrimonio ci sarebbero state almeno quindici conversioni del primo tipo e sedici del secondo. Considerato che il dato è da rapportarsi ad una popolazione di 5,5 milioni persone, appare evidente come nella società attuale non è più possibile partire dall'assunto che la disforia di genere mette in crisi il legame affettivo di una coppia. Questa constatazione appariva come un dato incontrovertibile quando la Corte costituzionale con la sentenza del 24.5.1985, n. 161 (*infra*, sez. III) affermò che «l'ordine naturale della società familiare è sconvolto non dalla rettificazione anagrafica del mutamento di sesso e neppure dalla sentenza che lo riconosce, ma dalla sindrome transessuale da cui è affetto il soggetto interessato, limitandosi il legislatore a disciplinare gli effetti giuridici di una situazione di fatto preesistente» (Corte cost., n. 161/1985, cons. in dir. n. 12). Non lo è più oggi, dopo decenni di mutamento del sentimento sociale e individuale alla base delle relazioni affettive. L'interesse di queste sentenze deriva dalla loro capacità di divenire cartine al tornasole di come il sentimento giuridico stia evolvendo, di come gli assunti e i punti di riferimenti del passato siano in grado di aprirsi alle nuove forme di famiglia e di amore.

Chi ha seguito sia la vicenda italiana che quella euroconvenzionale non sarà rimasto indifferente alle tempistiche realizzatesi. La Corte di Strasburgo ha preso tempo per emettere la sentenza (l'udienza pubblica ebbe luogo il 16.10.2013). La Corte costituzionale ha depositato la sentenza addirittura all'indomani dell'udienza, quasi a voler scongiurare di giungere dopo la decisione in *Hämäläinen*. Così è stato: poco più di un mese dopo la Grande Camera deposita la propria, arrivando anche, nell'opinione dissenziente, a citare – curiosamente, peraltro, *ad adiuvandum* – la sentenza n. 170/2014. Le assonanze fra le due decisioni sono evidenti, al di là degli approcci metodologici e dei riferimenti normativi, chiaramente diversi.

La maggioranza di giudici di Strasburgo fa propria nella sostanza la giurisprudenza espressa precedentemente dai collegi minori in ipotesi analoghe, peraltro tutte relativamente recenti (a cominciare da CORTE EUR. DIR. UOMO, 28.11.2006, ric. 42971/05, *Parry c. Regno unito*, *infra*, sez. III). La conclusione principale a cui giunge tale filone giurisprudenziale è incentrata sulla proporzionalità raggiunta dallo Stato nel compiere un bilanciamento fra i diversi interessi in gioco. La conversione in una unione registrata che nella sostanza risulta pressoché identica in

termini di diritti e doveri al matrimonio – così la *civil partnership* inglese, altrettanto quella finlandese – è misura che rappresenta un giusto equilibrio. La soluzione e l'apparato argomentativo offerti dai dieci giudici (oltre ad una undicesima opinione concorrente) sollevano dubbi importanti, sia sul fronte dell'apprezzamento compiuto delle libertà fondamentali coinvolte, che dell'approccio metodologico adottato. L'analisi più attenta e puntuale la si trova nella sentenza stessa o, meglio, nell'opinione dissenziente dei giudici Sajó, Keller e Lemmens. Questi criticano in maniera puntuale ogni singolo passaggio del percorso compiuto dai colleghi.

L'applicabilità dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo sia sotto il profilo della protezione della vita privata, che della vita familiare non era contestata dalle parti. La Corte ha dovuto quindi decidere se la situazione nazionale dovesse essere considerata nella prospettiva di un obbligo positivo o negativo in capo allo Stato. Se la Camera aveva concluso nel senso che l'onere di convertire il matrimonio o di divorziare era un'ingerenza dello Stato nell'esercizio di un diritto della persona trans garantito dalla Convenzione, nonostante nessuna delle parti avesse messo in discussione tale punto della decisione, la maggioranza ha ritenuto *motu proprio* di qualificare diversamente la fattispecie. I dieci giudici hanno optato per un inquadramento della questione in termini di obbligazione positiva, chiedendosi se «*il rispetto della vita privata e familiare della ricorrente implichi in capo allo Stato un obbligo positivo di creare una procedura effettiva e accessibile idonea a permettere alla ricorrente di far riconoscere giuridicamente il proprio nuovo genere preservando nel contempo il proprio legale coniugale*» (§ 64). Invero, in linea con la sua giurisprudenza, la differenza pratica risulterebbe irrilevante, tanto che è la stessa grande camera a evidenziare che i criteri di apprezzamento sono comparabili a quelli degli obblighi negativi. Proprio questo approccio teorico ha, tuttavia, determinato il dissenso della giudice Ziemele e dei tre giudici dissenzienti, i quali rilevano acutamente che la Corte ritiene di poter accordare un maggior margine di apprezzamento quando in discussione sono obblighi positivi e non negativi.

In secondo luogo, la critica ha coinvolto l'uso, spesso tacciato dalla dottrina di abuso, del consenso degli Stati quale strumento per ampliare un margine di apprezzamento che per la fattispecie in esame, coinvolgendo un «*aspetto particolarmente importante dell'esistenza e dell'identità di un individuo*», come statuito in *S.H. e altri c. Austria* (§ 94, *infra*, sez. III), non può che essere ristretto. Il richiamo è più ampiamente alle diffuse critiche alla teoria del consenso e all'impatto sull'altra teoria, tutta di origine pretoria, del margine di apprezzamento, critiche no-

te e ricorrenti, ma che non per questo non colgono nel segno e non perdono di attualità, come d'altra parte la decisione in commento testimonia.

In terzo luogo, i giudici dissenzienti si spostano da una critica metodologica ad una sugli elementi fattuali trascurati dalla maggioranza, quali le forti convinzioni religiose della coppia, che aveva scelto un rito religioso per sigillare la propria unione matrimoniale e che non può vedere in un partenariato registrato una soluzione compatibile con la propria fede. L'altro elemento dedotto dalla ricorrente e valorizzato dai tre giudici è l'identità tuttora eterosessuale del coniuge non trans, la quale sarebbe pregiudicata dalla conversione in una unione riservata alle persone dello stesso genere. Quest'ultimo punto, invero, denota una certa assolutizzazione classificatoria. Le leggi che hanno introdotto unioni registrate o aperto il matrimonio non fanno menzione dell'orientamento sessuale dei componenti la coppia, ma richiamano unicamente il loro genere. Se è ben vero che su un piano fattuale il «matrimonio gay» coincide per lo più con il matrimonio fra persone dello stesso genere, è anche vero che non ci si può concedere ad un'inferenza generale e totalizzante. Casi come quello in commento mostrano l'inidoneità di un pensiero semplificante ad interpretare un sentimento così essenziale per l'essere umano, sentimento che nelle sue svariate forme rispecchia – e non potrebbe essere altrimenti – il pluralismo e l'unicità che contraddistingue la storia affettiva di ognuno. Concludere che la moglie della ricorrente, non identificandosi quale omosessuale, trova più tutela nel matrimonio significa implicare che vi è necessariamente una correlazione fra istituto e orientamento. Ma è veramente così? E in termini più generali, di fronte ad un amore che va al di là dei binarismi di genere e dei tradizionali schemi sociali, possiamo veramente ritenere che applicare il binarismo ulteriore degli orientamenti sessuali sia la strada da seguire?

La Corte si spacca anche sul giudizio ultimo riguardante l'art. 8. La maggioranza non riprende il ragionamento della Camera per cui, in linea con la precedente giurisprudenza, la preservazione del modello tradizionale di famiglia è un fine legittimo. Invero, omette di individuare il fine legittimo, concentrando il proprio sindacato unicamente sul giusto equilibrio. Omissione di peso, tanto più se si pone mente alla sua precedente considerazione (§ 65) per cui la scelta fra ingerenza e obbligo positivo richiede comunque un controllo secondo i criteri di cui al capoverso dell'art. 8. Questo silenzio è invero eloquente, perché la preservazione dell'eterosessualità del matrimonio rientrerebbe o nella tutela della morale oppure nella protezione delle libertà e diritti altrui, come sostenuto dalla Camera in sede di primo

esame. Difficile vedere il legame con la seconda ipotesi, discutibile quella con la prima.

In ogni caso, si può dubitare della necessità della soluzione finlandese per tutelare l'interesse legittimo dello Stato alla preservazione del matrimonio eterosessuale, stante il numero assai esiguo delle fattispecie di transizione in costanza di matrimonio e la loro inidoneità a minare l'istituzione tradizionale. La situazione oggi vigente in Germania lo testimonia. Di diverso avviso, comunque, la maggioranza della Corte. Fra le righe della sentenza si coglie un atteggiamento di profonda circospezione, quasi un'ossessiva attenzione a non incidere minimamente sulla questione oggigiorno tanto spinosa e delicata del matrimonio omosessuale. Questa è la sensazione che si coglie realizzando un parallelo fra la sentenza della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo. Totalmente obliterata dal ragionamento è la distinzione fra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, ampiamente presente nei diritti degli Stati membri. In Italia, è distinzione corrente nella giurisprudenza e dottrina (vedi recentemente CASS. CIV., sez. un., 17.7.2014, n. 16379, *infra*, sez. III). La Corte di Strasburgo non distingue la tutela dei due profili e, anzi, assolutizza la questione postale. Considera il matrimonio un concetto granitico e sostiene con vigore, ma in maniera apodittica, che, se si consentisse la preservazione del matrimonio in occasione della riattribuzione del genere anagrafico, «ne risulterebbe in pratica una situazione nella quale due persone dello stesso sesso potrebbero essere unite dal matrimonio» (§ 70). La Corte procede quindi a evidenziare come la sua giurisprudenza non richieda né imponga una tale soluzione.

La sentenza mostra, poi, di non ritenere necessario considerare il ricorso sotto il profilo dell'art. 12 Conv. eur. dir. uomo, l'articolo che garantisce il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia. Considerazione anch'essa criticata dai giudici dissenzienti, non a torto. Certo, l'ampia analisi condotta precedentemente sullo schema eteronormativo che sottintende l'art. 12 rende superfluo tornare sulla questione del matrimonio omosessuale. Tuttavia vi sono altri profili, che la Corte non vuole toccare, seppur a ciò sollecitata dalla ricorrente, trincerandosi di fatto dietro l'assunzione, tutta da dimostrare, che accogliere il ricorso significherebbe aprire il matrimonio alle coppie omosessuali. Così non è. Fu la stessa Corte costituzionale nella sentenza 15.4.2010, n. 138, *infra*, sez. III, a sostenere che «si tratta di una condizione [quella delle persone transessuali] del tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da tertium comparationis» (cons. in dir. 9). Trattasi di considerazione criticabile per la sua perentorietà e d'altra parte, la stessa Corte nella sentenza ora in commento mostra invece di associa-

re la fattispecie in esame a quella della sentenza n. 138/2010, ai suoi occhi comparabili, se non identiche, di fronte alla necessità di difendere «la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente» (cons. in dir. 5.2). Eppure, tale equiparazione non appare condivisibile.

Il matrimonio non è semplicemente la tutela di una unione fra uomo e donna. Tradizionalmente è anche e soprattutto altro: la preservazione di uno schema di diritti e doveri la cui esistenza è rimessa esclusivamente alla volontà sovrana della coppia. In altri termini, non è solo atto, è anche rapporto. Il rapporto negoziale così determinato non è solo sostanza, è anche forma, una forma giuridica che ha un alto valore simbolico e che chiede eguale tutela. La Corte di Strasburgo, pur sollecitata, si sottrae alla domanda di esprimersi sulla portata del diritto garantito convenzionalmente, raccogliendo la critica dei colleghi dissenzienti, secondo cui il capo del ricorso riferito all'art. 12 Conv. eur. dir. uomo non poteva ritenersi assorbito. Non si compie, insomma, il controllo enunciato già in CORTE EUR. DIR. UOMO, 17.10.1986, *Rees c. Regno unito* (§ 50, *infra*, sez. III), volto a garantire che le limitazioni al diritto di sposarsi introdotte dagli Stati «non limitino o riducano il diritto in un modo o in misura tale che sia pregiudicata la stessa essenza del diritto». Alla luce della peculiarità della fattispecie si poteva giungere a preservare l'eterosessualità dell'atto matrimoniale e nel contempo a proteggere il valore che il matrimonio assume all'indomani delle nozze, quando domanda di essere tutelato come sostanza e anche forma.

La ricorrente ha, inoltre, invocato l'art. 14 congiuntamente all'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, mettendo in particolare in luce la disparità di trattamento fra persone trans e persone *cisgender* (ovvero in cui sesso biologico e identità di genere coincidono). Si richiama anche una violazione dell'art. 14 congiuntamente all'art. 12, combinazione ritenuta applicabile dalle parti (§ 110). Questo profilo risulta poco sviluppato e la grande camera, facendo proprio il giudizio della camera di primo esame, ritiene che le situazioni non siano comparabili, senza soffermarsi oltre. Anche questo passaggio raccoglie la critica dei tre colleghi ed effettivamente poteva meritare maggiore attenzione, considerati gli esiti non favorevoli alla ricorrente raggiunti in riferimento agli altri parametri.

3. CONCLUSIONI: LA CONDANNA DELL'ITALIA APPARE ORAMAI INEVITABILE. I giudici di Strasburgo erano in una posizione difficile. Di fatto nessuna Corte costituzionale è giunta alla conclusione a cui la ricorrente chiedeva alla grande camera di giungere. I tre giudici dissenzienti richiamano a supporto tre precedenti, incluso quello italiano, ma ometten-

do alcuni importanti distinguo. La Corte costituzionale tedesca (27.5.2008, 1 BvL 10/05, *infra*, sez. III) considerava compatibile con la Legge fondamentale una conversione in un istituto purché questo fosse in tutto e per tutto equivalente al matrimonio, salvo che nel nome. Il *nomen*, insomma, poteva essere sacrificato, ma non l'esatta sostanza del rapporto, l'insieme di diritti e doveri su cui una coppia che si sposa fa ed esige di poter fare affidamento, senza costrizioni di sorta. La conversione nella *Lebenspartnerschaft* tedesca non era – e nonostante gli sviluppi dal 2008 ad oggi, tuttora non lo sarebbe – istituto idoneo perché questa non garantiva identici diritti e doveri. Il legislatore tedesco poteva togliere «l'etichetta» di matrimonio in caso di riattribuzione del genere – unica concessione della Corte di Karlsruhe alla preservazione del paradigma eterosessuale – ma non poteva ledere l'affidamento riposto dalla coppia in un rapporto giuridico specifico dotato di precise garanzie. Fino a che questo istituto esattamente identico non sarà introdotto dal legislatore – e non vi sono a tutt'oggi elementi per supporre che accadrà – il matrimonio-rapporto rimane valido e intatto. La Corte costituzionale austriaca (sentenza 8.6.2006, V4/06, *infra*, sez. III) non ha toccato la questione sostanziale, ma ha consentito di preservare il matrimonio rilevando una carenza di potere in capo all'ufficiale di stato civile che aveva ritenuto di non poter accettare una situazione in cui la riattribuzione di genere si perfezionasse senza che il matrimonio contratto originariamente fra due persone di genere diverso venisse meno. In attesa di vedere come la Cassazione si muoverà, rimane anche in quella sede difficile «la reductio ad legitimitatem mediante una pronuncia manipolativa» (sent. n. 170/2014, cons. in dir. 5.6). Al di là di questi casi, gli ordinamenti nei quali la transizione a livello giuridico non incide sul matrimonio-rapporto appartengono a Stati in cui si è affermato legislativamente il matrimonio egitario.

Anche se la sentenza *Hämäläinen* non innova la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la decisione della Corte costituzionale italiana rimane problematica e difficilmente compatibile con gli obblighi convenzionali. L'unico modo per evitare una violazione consisterebbe in una interpretazione del giudice remittente secondo cui, nell'attesa che il legislatore adempia al proprio obbligo costituzionale, il matrimonio rimanesse valido. Soluzione non impossibile, ma che si presenta in salita di fronte agli ostacoli testuali e sistematici posti dalla sentenza della Consulta.

Inoltre, anche ad immaginare un legislatore insolitamente solerte, vi sarebbe da domandarsi se l'istituto dell'unione registrata così introdotta fosse espressione di un idoneo bilanciamento alla luce

della Convenzione. L'impiego da parte della Corte dell'espressione «convivenza registrata» rinvia alla variegata famiglia delle unioni registrate, senza verosimilmente additare alcun modello che porta letteralmente quella denominazione, come la convivenza registrata ungherese (legge n. 184/2007). Il legislatore italiano certo potrebbe adottare una unione registrata concepita specificamente per le ipotesi di conversione in caso di persone trans coniugate, opzione menzionata dalla Corte costituzionale tedesca, ma non seguita dal Bundestag. Più verosimilmente introdurrà un unico istituto per adempiere sia alla sollecitazione di cui alla sentenza in commento della Corte costituzionale che a quella della sentenza 15.4.2010, n. 138, cit., sulle unioni omosessuali. Soluzione unificata che appare in linea con la sentenza della Consulta, considerato che questa mostra di ritenere i legami coniugali coinvolgenti persone trans «*riconducibili* a quella categoria di situazioni «specifiche» e «particolari» di coppie dello stesso sesso» (cons. in dir. 5.6), di giudicare sufficiente evitare il «sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto» (*ivi*, enfasi aggiunta), esigenza che, quindi, appare soddisfatta anche se il legislatore non offrirà alla persona trans e al suo coniuge sotto altro nome la medesima tutela giuridica di cui godevano in costanza di matrimonio. Al contrario, la disciplina di queste unioni «rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore» (cons. in dir. 5.7), il quale potrebbe decidere di ben distinguere i diritti e doveri fra siffatte unioni e i matrimoni.

La conferma del divorzio da parte della Supr. Corte determinerebbe e così perfezionerebbe inevitabilmente una violazione della Conv. eur. dir. uomo, giacché il risultato risulterebbe palesemente, nell'immediato futuro e a leggi invariate, un sacrificio integrale del rapporto giuridico di coppia. Tanto più che la Corte di Strasburgo non può giustificare una violazione degli obblighi internazionali perché devono essere rispettate le prerogative dell'(inerte) Parlamento nazionale e garantito il rispetto alla sua discrezionalità. Va poi notato che la sordità e inerzia che caratterizzano il nostro legislatore davanti al giudice europeo gli si ritorcono ampiamente contro, perché, come ha notato il Presidente Spielmann, a maggior ragione in tali casi la Corte non può non intervenire (SPIELMANN, 593, *infra*, sez. IV).

Per Strasburgo sarà lo Stato italiano nel suo insieme – il Parlamento, ma anche la sua Corte costituzionale – ad aver violato gli obblighi internazionali. I giudici di Strasburgo non domanderanno all'Italia di aprire il matrimonio eterosessuale, ma certo non potranno esimersi dal rilevare una violazione. Se, poi, l'Italia nelle more avrà introdotto una qualche sorta di unione registrata, non è detto, visti le note

difficoltà e il costante, tortuoso iter di compromessi a cui soggiace ogni proposta parlamentare o governativa in quest'ambito, che questa soddisferà quel minimo di tutela che esige che l'istituto sia pressoché equivalente al matrimonio, come è stato ed è tuttora nel caso delle unioni registrate di Inghilterra e Finlandia. In altri termini, la prospettiva di una condanna dell'Italia nel «caso Bernaroli» appare assai probabile se non, a cagion della politica, inevitabile.

III. I precedenti

La vicenda ha origine nel giudizio di primo grado deciso da TRIB. MODENA, 8.10.2010, in *Fam., pers. e succ.*, 2011, 72, con nota di COSTANZO, quindi APP. BOLOGNA, 18.5.2011, in questa *Rivista*, 2012, I, 254, con nota di SCHUSTER, cui si rinvia per ulteriori riferimenti; in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 629 ss, con nota di COSTANZO. L'atto di promovimento del giudizio incidentale è CASS., ord. 6.6.2013, n. 14329, in questa *Rivista*, 2014, I, 21, con nota di SCHUSTER, e in *Corr. giur.*, 2013, 1519, con nota di PATTI.

La giurisprudenza di immediata pertinenza è CORTE COST., 15.4.2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1361; CASS., 15.3.2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, I, 2727, con nota di ROMBOLI, che affronta per la prima volta la questione di una trascrizione di un matrimonio fra persone dello stesso genere contratto all'estero; nonché, sullo specifico tema del transessualismo, CORTE COST., 24.5.1985, n. 161, in *Foro it.*, 1985, I, 2162. Sulla distinzione matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, si è citata CASS. CIV., sez. un., 17.7.2014, n. 16379, in *Guida al dir.*, 2014, n. 33, 14, con nota di GALLUZZO.

La sentenza della Grande Camera della CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.7.2014, ric. 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*, si legge in inglese e francese sul sito della Corte <http://hudoc.echr.coe.int/>. La sentenza (in forma anonima all'epoca) della Quarta Camera, 13.11.2012, *H. c. Finlandia*, è reperibile in entrambe le versioni linguistiche, nella stessa banca dati. La giurisprudenza euroconvenzionale su questione affine è CORTE EUR. DIR. UOMO, 28.11.2006, ric. 42971/05, *Parry c. Regno unito* e CORTE EUR. DIR. UOMO, 28.11.2006, ric. 35748/05, *R. e F. c. Regno unito*. Di rilievo sulla questione dell'accesso all'istituto del matrimonio della persona trans l'importantissimo precedente CORTE EUR. DIR. UOMO, 11.7.2002, grande camera, ric. 28957/95, *Goodwin c. Regno unito*, § 101, ma si veda anche, soprattutto per le considerazioni sulla tutela dell'essenza del matrimonio, CORTE EUR. DIR. UOMO, 17.10.1986, ric. 9532/81, *Rees c. Regno unito*, nonché, sulla questione del matrimonio ex art. 12 Conv. eur. dir. uomo e coppie omosessuali, CORTE EUR. DIR. UOMO,

24.6.2010, ric. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, in questa *Rivista*, 2010, I, 1137, con nota di WINKLER.

Le sentenze straniere su questioni affini citate sono per l'Austria, CORTE COST., V 4/06-7, 8.6.2006; per la Germania, CORTE COST., 1 BvL 10/05 del 27.5.2008, in www.bverfg.de e in *NJW*, 2008, 3117 ss. Di interesse anche CORTE AMMIN. STOCOLMA, causa n. 21170-10, 14.9.2010, ined. (a fronte dell'apertura del matrimonio anche alle coppie dello stesso genere, il requisito del divorzio è ritenuto violare l'art. 8 Conv. eur. dir. uomo), e più recentemente CORTE DI APPELLO DI INGHILTERRA E GALLES, sez. civ., 31.7.2014, *MB v Secretary of State for Work And Pensions* [2014] EWCA Civ 1112, con cui si rigetta il ricorso di una lavoratrice la quale lamentava che il non riconoscimento giuridico del genere discendeva dal suo rifiuto di porre termine al proprio matrimonio e che ciò non di meno le spetterebbe il diritto alla pensione secondo l'età pensionabile corrispondente al genere vissuto (sessanta invece di sessantacinque anni).

IV. La dottrina.

La dottrina di commento alla sentenza Corte costituzionale n. 170/2014 appare piuttosto significativa, nonostante si tratti di una decisione recente: v. PALMERI-VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale*, in questo numero della *Rivista*, Parte Seconda, p. 553; BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale, ma non troppo*, in www.forumcostituzionale.it; BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio «imposto»: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in www.forumcostituzionale.it; BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. «divorzio imposto»*, in www.articolo29.it; DI BARI «Commento "a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?», in www.associazionedicostituzionalisti.it; PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it; RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in www.giurcost.org; SAITTO, *Rettificazione di sesso e «paradigma eterosessuale» del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di «divorzio imposto»*, in www.diritticomparati.it; SALAZAR *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in www.confrofronticostituzionali.it; VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di «divorzio imposto» il «caso Bernaroli» nella sentenza n. 170/2014*, in [1160](http://www.forumcostitu-</p>
</div>
<div data-bbox=)

zionale.it; WINKLER «La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre», in *www.articolo29.it*; in corso di pubblicazione il commento di CONTE (in *GenIUS*).

Circa il caso specifico da cui è generata la sentenza n. 170/2014, si vedano le ricostruzioni in LORENZETTI, *Diritti «in transito». La condizione giuridica delle persone transessuali*, FrancoAngeli, 2013, 105 ss., nonché sull'ordinanza di rinvio alla Corte, il numero monografico a cura di BALBONI e GATTUSO, *Famiglie e identità di genere: «divorzio imposto» e diritti fondamentali*, in *GenIUS* 2014, n. 1, 6 ss.; D'ALOIA, *Il «divorzio obbligato» del transessuale. Ancora un «incerto del mestiere di vivere» davanti al-*

la Corte costituzionale, in *www.confronticostituzionali.it*.

Con riguardo alla sentenza *Hämäläinen c. Finlandia*, in merito ai profili critici del consenso e del margine di apprezzamento si è richiamato SPIELMANN, *Consensus et marge nationale d'appréciation*, in *Journal des tribunaux*, 2012, 592 s. La sentenza della Quarta Camera è stata commentata in una nota da MARCHADIER, *Le genre ou l'union: le dilemme du transsexuel marié*, in *Recueil Dalloz*, 152 ss.

ANNA LORENZETTI
ALEXANDER SCHUSTER

- CASS. CIV., II sez., 17.6.2014, n. 13776
Conferma App. Palermo, 13.9.2007

OBBLIGAZIONI IN GENERE - PROPOSTA CONTRATTUALE DI VENDITA - TERMINE DI IRREVOCABILITÀ - MANCANZA - TERMINE DI EFFICACIA - MANCANZA - DURATA INDETERMINATA DELLA PROPOSTA - INAMMISSIBILITÀ (artt. 1326, 1987, 1988 cod. civ.)

Nel nostro ordinamento non sono ammessi impegni irrevocabili a vendere che abbiano durata indeterminata, poiché essi si risolvono in una limitazione del potere di alienazione e, in definitiva, in una restrizione del principio di libera circolazione dei beni.

dal testo:

Il fatto. Con citazione del 18/3/1991 Sa. Be., Sc. An. e Sc. Ca., rispettivamente moglie e figlie di S.G.B., deceduto il (*Omissis*), convenivano in giudizio S.E. chiedendo accertarsi la loro qualità di eredi e che il *de cuius* era comproprietario per il 50% di un fondo sito in (*Omissis*), dell'edificio ivi edificato e dei beni che lo arredavano.

Pertanto chiedevano la condanna della con-

venuta, proprietaria del restante 50%, alla restituzione di beni immobili e mobili corrispondenti alla quota del *de cuius*.

La convenuta eccepiva che i beni erano stati acquistati e realizzati con denaro proprio e che lo Sc. il 26/9/1989 aveva sottoscritto una dichiarazione con la quale si era impegnato a trasferirle la proprietà della quota indivisa degli immobili a lui intestata e aveva dichiarato di avere già ricevuto il relativo prezzo; pertanto chiedeva in via riconvenzionale l'accertamento dell'obbligo degli eredi (tra i quali Sc. Pi., nei cui confronti era integrato il contraddittorio) di trasferirle la proprietà della suddetta quota indivisa degli immobili.

Le attrici chiedevano il rigetto della domanda disconoscendo la sottoscrizione che era quindi sottoposta a CTU grafologica.

Con sentenza non definitiva del 6.2.1999 il Tribunale rigettava la domanda riconvenzionale e in accoglimento della domanda attorea dichiarava che le attrici erano eredi legittime di Sc. Gi. B. e che quest'ultimo, al momento della morte, era proprietario *pro indiviso* e per la metà del terreno, del fabbricato e dei mobili e arredi ivi contenuti; la causa proseguiva per lo scioglimento della comunione e per decidere sulla domanda di condanna al versamento dei frutti percepiti.

La sentenza non definitiva era appellata da S.E. e la Corte di Appello di Palermo, con sen-