



OSSERVATORIO SU DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTI UMANI N. 3/2015

1. LA CASSAZIONE SI PRONUNCIA SULL'ILLEGITTIMITÀ DEL DIVORZIO IMPOSTO: EFFETTI DEL MATRIMONIO *OMOSEX* VALIDI A TEMPO DETERMINATO?

Corte di Cassazione, sez. I civ., sentenza 21 aprile 2015, n. 8097, Pres. Luccioli, Rel. Acierno.

Particolarmente dibattuto in Italia è il tema delle unioni matrimoniali *samesex* attesa l'assenza, all'interno del nostro ordinamento, di una regolamentazione legislativa (v. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso secondo un provvedimento recente del Tribunale di Grosseto*, in questa *Rivista*, 2014, p. 403 ss.; ID., *Il riconoscimento dei matrimoni e delle unioni tra persone dello stesso sesso alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 2014, p. 629 ss.)

A sostegno della necessità di interventi legislativi volti a colmare la rilevata carenza normativa si è pronunciata la Corte di Cassazione, con sentenza n. 8097, depositata il 21 aprile 2015, la quale lascia intatti gli effetti civili del matrimonio tra due soggetti dello stesso sesso che al momento della costituzione del vincolo erano di sesso differente.

La fattispecie da cui origina l'ipotesi di divorzio imposto prende le mosse dallo scioglimento automatico del vincolo matrimoniale a seguito della rettifica di attribuzione di sesso di uno dei coniugi- autorizzata dal Tribunale di Bologna - ai sensi dell'art. 4 della legge 164 del 1982 (in *G.U.* del 19 aprile 1982, n. 106) e dell'art. 31 del d.l. n. 150/2011 (in *G.U.* del 21 settembre 2011, n. 220). Secondo tali norme, l'autorità giudiziaria che accoglie la richiesta di rettifica del genere sessuale impone all'Ufficiale di stato civile del Comune di registrazione dell'atto di nascita la modifica del relativo registro; tale rettifica comporta lo scioglimento del matrimonio e la conseguente cessazione degli effetti civili - come dettato dall'art. 4 della legge n. 164/1982 e dell'art. 31 del d.l. n. 150/2011 - da annotare a margine dell'atto di matrimonio (D.P.R. n. 396/2000, art. 69, in *G.U.* del 30 dicembre 2000, n. 303).

La coppia di coniugi ha presentato ricorso al Tribunale di Modena chiedendo la correzione dell'atto ed ottenendo una pronuncia favorevole ma, nonostante l'accoglimento della richiesta, il Ministero dell'Interno ha negato la prescritta correzione ritenendo che avrebbe condotto a «mantenere in vita un rapporto privo del suo indispensabile presupposto di legittimità, ovvero la diversità sessuale dei coniugi».

La Corte di Appello di Bologna, a cui il Ministero dell'Interno propose reclamo, sostenne invece la legittimità della annotazione eseguita dall'Ufficiale di stato civile.

I giudici di secondo grado, chiamati a pronunciarsi sulla questione, hanno motivato la decisione evidenziando l'assenza, nel caso di specie, della necessaria complementarità tra l'aggiornamento c.d. anagrafico - nome declinato al femminile - e l'aggiornamento dei registri di stato civile; secondo la Corte d'Appello bolognese, mancava così il presupposto caratterizzante l'unione matrimoniale identificabile nella diversità sessuale tra i coniugi.

I coniugi proposero, quindi, ricorso alla Corte di Cassazione che, con l'ordinanza del 6 giugno 2013 n. 14329, ha sospeso il giudizio e disposto la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

La Suprema Corte ha ravvisato nella pronuncia giudiziaria del precedente grado di giudizio una sorta di "divorzio imposto" dal legislatore per le seguenti ragioni: l'istituto del matrimonio si fonda sul consenso che deve ricorrere in tutte le vicende che lo riguardano; lo scioglimento del matrimonio non è stato, nella fattispecie di cui si discorre, oggetto di pronuncia da parte di una autorità giudiziaria venendo così meno i principi di ordine pubblico che regolano l'istituto di cui alla legge n. 898/1970; il vincolo è sorto precedentemente rispetto alla scelta di mutamento di sesso.

La Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 170/2014 (in *G.U.* del 18 giugno 2014, n. 26, sulla quale si veda, in questo *Osservatorio* il precedente scritto di F. MARONGIU BUONAIUTI, *Il riconoscimento dei matrimoni e delle unioni tra persone dello stesso sesso alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, cit.), si è espressa per l'illegittimità costituzionale delle norme di cui sopra ritenendo l'unione (di cui le parti chiedono il mantenimento degli effetti civili) tutelabile, *ex art. 2 Cost.*, quale formazione sociale, nonostante l'intervenuto mutamento di sesso di uno dei componenti della coppia, in conformità alla volontà dei coniugi. La dottrina costituzionalistica ha valutato tale sentenza come additiva di principio poiché indica "il nucleo di diritti da proteggere" (V. A. RUGGERI, *Il Matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e...impossibile?*, su www.giurcost.org; G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, www.forumcostituzionale.it).

La causa è stata riassunta dinanzi alla Corte di Cassazione che, nell'auspicare il riempimento del vuoto normativo ha, contestualmente, precisato che la regolamentazione normativa non deve necessariamente tendere alla legittimazione delle unioni *samesex* ma piuttosto evitare che si verifichino condizioni di indeterminatezza, ritenute costituzionalmente intollerabili. I giudici hanno accolto il ricorso dichiarando l'illegittimità dell'annotazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio e disponendone la cancellazione.

La Corte di Cassazione ha ritenuto giustificato mantenere in questo modo in vigore gli effetti del vincolo matrimoniale solo fintantoché non sarà adottata una disciplina apposita delle unioni tra persone dello stesso sesso, secondo quanto indicato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 170/2014 – la Cassazione (a p. 17 nel testo della sentenza in esame così come scaricabile dal sito www.cortedicassazione.it) precisa che "la conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è, pertanto, sottoposta alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione indicata nella sentenza".

La questione, oggetto dell'*iter* giudiziario brevemente tracciato, crea delle inevitabili risonanze con l'ordine pubblico derivante dall'insieme dei principi e dei valori essenziali del nostro ordinamento; tali valori sono desumibili dalle norme costituzionali nonché dai principi dell'ordinamento internazionale a cui l'Italia è tenuta ad uniformarsi in tema di rispetto dei diritti umani.

I parametri costituzionali lesi dal c.d. “divorzio imposto” sono quelli indicati negli artt. 2, 3, 24 e 29 della Costituzione; i principi violati, a livello internazionale, sono quelli contenuti negli artt. 6, 8, 12, e 14 della CEDU e agli artt. 7, 9, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali della U.E.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha, con svariati tentativi, provato a ricomporre i principi dell'Unione che potessero dar vita ad un concetto di ordine pubblico europeo (Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, in *Raccolta*, p. I-3055; in tale sentenza i giudici valutano come “cogenti” delle norme che regolano la concorrenza, a tal proposito cfr. B. NASCIBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera ed “ordine pubblico europeo”*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2002, p. 659; inoltre, L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato dalla “comunitarizzazione” alla “costituzionalizzazione”*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2004, p. 63 ss.; C. FIORAVANTI, *Ordine pubblico e «incompatibilità manifesta» per le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1999, V, p. 49 ss.). Questo intento ha ispirato il Parlamento europeo, che ha tentato di formulare tale concetto in una norma contenuta nell'art. 24 del testo allegato alla propria posizione sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”) del 6 luglio 2005, la quale recava in proposito specifici riferimenti ai diritti fondamentali come tutelati dalla CEDU nonché dichiarava espressamente incompatibili con l'ordine pubblico così configurato leggi che prevedessero la condanna a *punitive damages*. Come è noto, tale tentativo è rimasto senza successo, dato che tali precisazioni, non approvate dal Consiglio, non figurano nel testo definitivo del regolamento “Roma II” (Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, in *GUUE*, L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss., art. 26).

Per “ordine pubblico europeo” si può intendere sia l'ordine pubblico proprio del sistema giuridico dell'Unione europea, sia l'ordine pubblico del sistema di tutela della CEDU, sia i valori giuridici che accomunano i diversi Paesi europei (B. NASCIBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e “ordine pubblico europeo”*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 659 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 99 ss.), ma proprio per la pluralità e variabilità di queste diverse concezioni, una c.d. positivizzazione dello stesso appare, ad oggi, ancora lontana attesa la difficoltà di omogeneizzazione delle discipline nazionali, in particolare rispetto al diritto di famiglia, dei diversi Stati dell'U.E..

La CEDU- che nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento giuridico, si colloca tra le norme costituzionali e la legge ordinaria quale norma c.d. “interposta” (come stabilito dalle sentenze della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 348 e del 24 ottobre 2007, n. 349, su www.cortecostituzionale.it, le quali, dette “sentenze gemelle”, regolano i rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano confrontando il modo di atteggiarsi dei rapporti tra ordinamento dell'U.E. e l'ordinamento interno; cfr. L. GAROFALO, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Torino, 2009) - nell'ambito del catalogo dei propri diritti comprende due disposizioni espressamente dedicate alla tutela della famiglia: si tratta degli artt. 8 e 12.

La Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. - che riveste il medesimo valore giuridico dei trattati come disposto dall'art. 6 del TUE - riconosce la rilevanza della famiglia, formazione sociale primaria, impegnandosi a tutelare il diritto alla costituzione e conservazione dei rapporti familiari. Va peraltro precisato che, da un'analisi dei soggetti titolari di diritti riconosciuti nella Carta, non viene considerata la famiglia in quanto tale- come invece accade per le altre formazioni sociali- ma essa viene presa in considerazione

“in via mediata” quale proiezione collettiva di diritti che sono pur sempre concepiti come individuali (Cfr. R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2011, p. 15).

All'epoca in cui il testo della convenzione è stato redatto, l'espressione “vita familiare”, di cui all'art. 8 CEDU, era probabilmente riferita alla vita all'interno della famiglia fondata sul matrimonio tra eterosessuali. L'associazione, in seno a tale articolo, della vita familiare alla vita privata, d'altra parte, lasciava intendere sulla base del solo dato testuale che l'art. 8 fosse destinato specificamente alla tutela del diritto individuale al rispetto della propria vita familiare.

L'art. 8 rileva al fine della configurazione di un diritto al ricongiungimento familiare oltre che della tutela del rispetto della vita familiare, della vita privata e della corrispondenza; l'art. 12 è rivolto alla tutela del diritto di sposarsi e costituire una famiglia e, come l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto al rispetto della propria vita familiare appare strutturato quale diritto dell'individuo (cfr. V. ZAGREBELSKY, *Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, p. 115 ss. L'Autore sottolinea come la prospettiva dell'art. 8 sia diversa da quella espressa dall'art. 29 della Costituzione italiana, ove il punto di riferimento dei diritti riconosciuti (pur non espressi) è direttamente la famiglia come formazione sociale e che, semmai, è la struttura dell'art. 2 della Costituzione che si avvicina a quella dell'art. 8 della Convenzione. Non contiene, infatti, il testo convenzionale un articolo analogo all'art. 16, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo cui: «la famiglia è l'elemento naturale e fondamentale delle società e ha diritto alla protezione della società e dello Stato». V. anche G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Corti costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra Carte e Corti*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2013, p. 221).

In particolare, volendo procedere all'individuazione della definizione di vita familiare, per poter valutare come vi rientri anche l'unione tra omosessuali, non può non tenersi in debito conto il fatto che il testo della convenzione dedichi, con l'art. 12, una specifica disposizione al diritto di sposarsi e fondare una famiglia.

Per meglio contestualizzare i dettati dell'art. 8 e dell'art. 12 della CEDU è necessaria la lettura combinata con l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. che, affermando il diritto dell'individuo al matrimonio e alla costituzione di una famiglia, offre tutela anche a forme di unione diverse da quella matrimoniale tra eterosessuali. Ciò deriva dal rinvio che le disposizioni richiamate effettuano alla legislazione dei singoli Stati in ossequio alla consapevolezza della diversità delle culture che determinano l'assetto di tutela, in particolare, sulla base di diverse concezioni di natura etica (la cogenza del principio di riserva nazionale è stata ribadita dalla Corte Costituzionale nella *cit.* sentenza n. 138/2010 a proposito di matrimonio omosessuale: «ai fini della presente pronuncia si deve rilevare che l'art. 9 della Carta, nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»).

La Corte EDU, in occasione dei singoli casi sottoposti alla sua attenzione, ha avuto cura di evidenziarne gli ampi confini e di definirne la portata (con riferimento particolare alla nozione di “vita familiare”, in dottrina è stata sottolineata la criticità legata all'approccio casistico e spesso non unitario adottato dalla Corte di Strasburgo. Cfr. L. DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2002, p. 1069 ss.) nell'alveo delle nozioni di “vita privata” e “vita familiare”; la Corte ha proceduto a riconoscere tutela ad una serie di diritti

che, a ben vedere, non trovano immediata rispondenza nella lettera della disposizione, e che risultano essere l'esito di un progressivo percorso scandito dall'interpretazione evolutiva del testo convenzionale. In particolare, volendo procedere all'individuazione della definizione di vita familiare, per poter valutare come vi rientri anche l'unione tra omosessuali, non può non tenersi in debito conto il fatto che il testo della convenzione dedichi, con l'art. 12, una specifica disposizione al diritto di sposarsi e fondare una famiglia (Per un inquadramento della nozione di vita familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed i suoi riflessi nel diritto interno*, in G. IUDICA, G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, p. 131 ss.; F. BIONDI, *L'unità familiare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee (in tema di ricongiungimento familiare e di espulsione degli stranieri extracomunitari)*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, p. 63 ss.; S. PATTI, *La Famiglia*, in S. PANUZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 493 ss).

La giurisprudenza della Corte EDU ha assegnato al concetto di vita familiare un valore autonomo con un ambito di applicazione ben più ampio del rapporto fondato esclusivamente sul matrimonio. L'esistenza di un matrimonio determina quasi in maniera automatica, l'affermazione della sussistenza di una "vita familiare".

La giurisprudenza della Corte si è particolarmente soffermata sulla nozione di "ingerenza" e la disposizione dell'art. 8 CEDU ha dato origine ad una copiosa giurisprudenza che, applicando una pluralità di metodi esegetici propri della Convenzione, ha circoscritto un insieme di "standard europei" di tutela della famiglia (Corte EDU, sentenza del 5 gennaio 2010, *Jaremowicz c. Polonia*, n. 24023/03, sul sito www.hudoch.echr.coe.int). In questa sentenza la Corte europea dei diritti dell'uomo, sottolinea le affinità, ma anche le differenze "strutturali" tra il diritto a contrarre matrimonio garantito dall'art. 12 CEDU e il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU). Dall'analisi della giurisprudenza relativa all'art. 8 CEDU, emerge, in primo luogo che, ricorrendo alla teoria degli "obblighi positivi", la Corte di Strasburgo ha affiancato al mero divieto di ingerenza" nel rispetto della vita privata e familiare, sancito dalla lettera della disposizione l'obbligo per gli Stati di adottare misure di promozione in merito e di proteggere tale sfera da aggressioni di soggetti privati (si veda L. TOMASI, *Famiglia e standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla CEDU*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2010, p. 427 ss.).

La Corte di Strasburgo si è pronunciata in diverse occasioni a favore dei diritti dei transessuali (Corte EDU, *Grant c. Regno Unito*, sentenza del 23 maggio 2006, ricorso n. 32570/03. Visibile su www.hudoch.echr.coe.int) condannando gli Stati contraenti che violano ingiustificatamente i diritti connessi alla vita privata dell'individuo.

In senso limitativo della discrezionalità degli Stati membri rileva anche la sentenza *H. c. Finlandia* (Corte EDU, *H. c. Finlandia*, 13 novembre 2012, ricorso n. 37359/09, visibile su www.hudoch.echr.coe.int) in cui la Corte di Strasburgo ha evidenziato una violazione dei diritti umani da parte della Suprema Corte finlandese che ha deciso per il "declassamento" da matrimonio a *partnership* registrata di una coppia- a seguito del mutamento di sesso del marito- contro la propria volontà.

La medesima linea di interpretazione evolutiva è stata scelta anche dalla Corte di Giustizia europea che già nella pronuncia *P. c. S. e Cornwall County Council* (Corte di giustizia delle Comunità europee, *P. c. S. e Cornwall County Council*, sentenza del 30 aprile 1996, causa

C-13/94, visibile sul sito www.curia.europa.eu) ha scelto una lettura della direttiva 76/207 (Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, *G.U.C.E.* del 5 ottobre 2002, n. L 269) relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro) che estende i diritti regolati anche ai transessuali, nel caso di specie sulle condizioni lavorative, ravvedendo nel diritto di mutare sesso un diritto fondamentale della persona.

La Corte di Giustizia dell'U.E. è ritornata a pronunciarsi in tema di previdenza sociale (Corte di giustizia delle Comunità europee, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-117/01, visibile sul sito www.curia.europa.eu), specificamente sul diritto alla pensione di reversibilità, per il coniuge superstite di una coppia omosessuale divenuta eterosessuale a seguito del mutamento di sesso di uno dei coniugi. La coppia aveva deciso di adire la *Court of Appeal* che ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia; quest'ultima ha ritenuto la legislazione del Regno Unito, per la negazione del diritto al coniuge superstite, in contrasto con l'art. 141 CE nonché con la direttiva 75/117/CE (Direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, *G.U.C.E.* del 19 febbraio 1975, n. L 045, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile).

Nella pronuncia *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions* (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, sentenza del 27 aprile 2006, causa C-423/04, visibile sul sito www.curia.europa.eu), la Corte di Giustizia ha interpretato l'art. 4, n.1, della direttiva 79/7 (Direttiva 79/7/CEE del Consiglio del 19 dicembre 1978, *G.U.C.E.* del 10 gennaio 1979, n. L 006) sull'attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne estendendo anche al soggetto che ha scelto il genere sessuale femminile il trattamento pensionistico riservato alle donne. I giudici hanno condannato quindi il Regno Unito per «derogare al principio di parità di trattamento tra uomini e donne» considerato che tale trattamento, in base al regime pensionistico, «pregiudichi i diritti dei transessuali». Emerge così la rilevata tendenza evolutiva seguita dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia rispetto all'interpretazione delle citate disposizioni della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

La giurisprudenza italiana ha, seppure con pronunce c.d. “prudenti”, tenuto in debito conto la consolidata giurisprudenza delle Corti internazionali nonché le normative degli altri stati membri. In questo filone si inserisce anche la sentenza in esame della Corte di Cassazione, nella quale la Suprema Corte, “in attesa dell'intervento del legislatore” ha optato per una soluzione di carattere salomonico: ha deciso per la conservazione del vincolo coniugale tra i ricorrenti ma, allo stesso tempo, ha precisato la “temporaneità” di questa condizione in attesa della definizione, da parte del legislatore nazionale, di un modello di diverso modello di unione, quale la convivenza registrata.

MONICA DI MONTE