



## RETTIFICAZIONE DEL SESSO: EFFETTI SUGLI ISTITUTI DEL MATRIMONIO E DELL'UNIONE CIVILE

VALENTINA BARELA

SOMMARIO: 1. Rettificazione del sesso ed introduzione alle implicazioni sul matrimonio e sull'unione civile legate alla poliforme manifestazione della sessualità ed dell'identità di genere. – 2. Interpretazione della Corte Costituzionale avallata dal legislatore. - 3. Scioglimento imposto: *discrimen* tra matrimonio e unione civile. – 4. Superamento dell'identità sessuale verso il rispetto dell'identità di genere.

1. I termini volti a qualificare il rapporto di coppia, giuridicamente costituito, e l'incidenza su di essi dell'avvenuta rettificazione del sesso compiuta da un coniuge, sono certamente problematici, anche in ragione del dato che il mutamento della sessualità della coppia il più delle volte non comporta un'alterazione degli equilibri e dei sentimenti della stessa.

Il tema è complesso e articolato poiché coinvolge la nuova valenza dell'identità di genere - da ultimo riconosciuta dalla Corte Costituzionale - nonché gli istituti del matrimonio e dell'unione civile, quest'ultima introdotta dalla recente legge n. 76 del 2016<sup>1</sup>, la cui trattazione coinvolge necessariamente i diritti inviolabili della persona ed, in particolare, l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale.

---

<sup>1</sup>Si tratta della legge, 20 maggio 2016, n. 76 avente ad oggetto la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze» in G.U. del 21 maggio 2016 n. 118. Per un primo commento si E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1695; L. GUAGLIONE, *La nuova legge sulle unioni civili e convivenze*, Roma, 2016; G. PARISI, *Unioni civili e filiazione: le grandi riforme del terzo millennio tra effettività e problematiche*, in [www.comparazionedirittocivile.it/](http://www.comparazionedirittocivile.it/) ; A. CORDIANO, *Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o ... forse, troppo?*, in [www.comparazionedirittocivile.it/](http://www.comparazionedirittocivile.it/); B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di*



La disgiunzione tra sessualità e genere nella formazione dell'identità della persona è stata acclarata dalla Corte Costituzionale<sup>2</sup> che ha superato ogni dubbio interpretativo in merito alle condizioni necessarie affinché possa essere dichiarata la rettifica del sesso di una persona, escludendo l'imposizione di interventi chirurgici sugli organi sessuali primari, in ragione della predominante valutazione del percorso esperienziale vissuto dalla persona e quindi del suo personale processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento del sesso. Questa analisi muove dall'assunto della scissione tra soma e psiche, dal rilievo e superiorità dell'aspetto emotivo, ossia della percezione che la persona ha di sé rispetto al genere attribuitole alla nascita e dal grave disagio che questa difformità può causare sino a determinare la necessità della rettifica del sesso, proprio in attuazione del diritto alla salute e del diritto all'identità, entrambi diritti sottesi alla tutela dell'autodeterminazione del soggetto<sup>3</sup>. La rettifica del sesso può non determinare l'alterazione dell'orientamento sessuale antecedente alla modifica; difatti spesso si verificano situazioni in cui il sesso mutato in costanza di matrimonio non abbia modificato la volontà dei coniugi di continuare a condividere un percorso di vita comune; situazione analoga può verificarsi quando una coppia unita attraverso

---

*convivenza*, Padova, 2016; G. CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, 6, c. 2252; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016.; AA.VV., *Le unioni civili e le convivenze: commento alla Legge n. 76/2016 e ai D.lgs n.5/2017, D. lgs. N. 6/2017, D. lgs n. 7/2017*, a cura di C.M.Bianca, Torino, 2017; E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia: legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli, 2016. v. A. Per una ricostruzione storico - giuridica dei valori a fondamento delle unioni civili si v. G. AUTORINO STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà: prospettive de iure condendo*, in G. Autorino Stanzone (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Vol. IV, Torino, 2007, p. 4 ss.

<sup>2</sup> Cfr. Corte Cost., 15.05.2010, n. 138, Corte Cost., 5.11.2015, n. 211, Corte Cost. 13.07.2017, n. 180, in [www.cortecostituzionale.it/](http://www.cortecostituzionale.it/). Su questo specifico tema sia consentito il rinvio a V. BARELA, *Il mutamento di sesso nel diritto italiano ed europeo alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in [www.comparazionediritto civile.it /](http://www.comparazionediritto civile.it/).

<sup>3</sup> E' bene porre mente che omosessualità e transessualismo sono fenomeni tra loro del tutto autonomi, posto che la prima è inerente al genere verso cui è orientata l'identità di una persona, mentre il secondo riguarda la percezione che la persona ha di sé rispetto al dato biologico constatato al momento della nascita. Si v. P. D'ADDINO SERRAVALLE, P. PERLINGIERI, P. STANZIONE, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981; G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002; P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in [www.comparazionediritto civile.it/](http://www.comparazionediritto civile.it/).



l'unione civile decida, anche dopo il mutamento di sesso di un partner, di continuare a mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato. La prima ipotesi, possibile con la legge n. 76/2016, è stata per anni oggetto di dibattiti sorti dall'interpretazione del dettato normativo che stabiliva che la sentenza di rettificazione del sesso avrebbe provocato lo scioglimento del matrimonio, senza che fosse offerta alcuna tutela alla coppia che avesse voluto mantenere saldo il legame giuridico sorto con il matrimonio. La seconda fattispecie, ipotizzabile solo dopo la riforma che ha introdotto le unioni civili, non trova invece alcuna forma di tutela come si cercherà di mostrare a breve.

Per analizzare l'incertezza giuridica che quest'ultima fattispecie dispiega è opportuno riferire, sia pur brevemente, del previgente testo legislativo e soffermarsi sulle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione che, negli anni immediatamente antecedenti la riforma delle unioni civili, hanno indicato al legislatore la strada da intraprendere, ma anche condizionato lo stesso che, attraverso la scelta di un istituto *ad hoc*, quale l'unione civile, per la regolamentazione giuridica delle coppie omosessuali, ha redatto un testo, per certi versi incompleto, ed in ogni caso foriero di situazioni giuridiche discriminatorie.

Le norme di riferimento relative al mutamento del sesso, che nel tempo sono state prima oggetto di giudizio di costituzionalità e di legittimità, di seguito modificate dalla legge sulle unioni civili, sono gli art. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 e l'art. 31, comma 6 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, a norma dei quali la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determinava lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, senza che fosse offerta alla coppia la possibilità di continuare, sotto altra forma giuridica, il percorso di vita comune. L'automatico scioglimento del matrimonio a seguito della rettifica del sesso non richiedeva l'accertamento della volontà del soggetto che compiva la transizione e/o dell'altro coniuge in merito allo scioglimento del matrimonio, né tantomeno la possibilità di costoro di vedersi giuridicamente riconosciuta la loro unione tramutata in omosessuale.

Queste disposizioni, tuttavia, già superavano quella precedente contenuta nella legge sul divorzio<sup>4</sup> che prevedeva la sola possibilità di chiedere lo scioglimento in caso di rettifica del sesso di uno dei coniugi, e furono manifestamente poste dal

---

<sup>4</sup> Cfr. art. 3 n. 2 lett. g) della Legge 1.12.1970 n. 898, che prevede la possibilità di chiedere lo scioglimento in caso di rettifica del sesso di uno dei coniugi.



legislatore a tutela di un principio cardine ritenuto essenziale nell'ordinamento italiano, ovvero la diversità di genere dei coniugi, e quindi l'eterosessualità del matrimonio<sup>5</sup>.

Lo scioglimento del matrimonio conseguiva *tout court* alla rettifica del sesso senza che fosse espressa una convinzione in tal senso, non solo da parte del protagonista del mutamento di sesso, ma anche dall'altro coniuge, in ragione dell'assunto - invero non costituzionalmente fondato ed oggi in parte superato - per cui un'unione affettiva e un progetto familiare possono essere perseguiti solo attraverso la diversa sessualità dei membri della coppia, come se la condivisione di valori e principi e la realizzazione della propria personalità fossero possibili solo in ragione della eterosessualità dell'unione. La negazione del matrimonio alle coppie omosessuali e l'assenza di un istituto in grado di offrire una forma di tutela alternativa ha stigmatizzato i diritti della persona e ha creato un *vulnus* per le coppie ove un membro avesse ottenuto la rettificazione del sesso. La coppia non solo subiva la forzosa cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma anche la negazione di un riconoscimento giuridico della loro unione, contrariamente a quanto l'esperienza già dimostrava per cui l'alterazione e modificazione dell'identità sessuale il più delle volte non scalfisce l'anima della coppia e la volontà di proseguire una vita comune insieme. Prima di porre attenzione sulla nuova disciplina, disposta dalla legge n. 76 del 2016, sugli effetti della rettificazione del sesso sul matrimonio, che - si anticipa - non soddisfa le istanze di tutela e soprattutto non rimuove gli ostacoli alla piena attuazione del principio di uguaglianza, è bene ripercorrere brevemente l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale<sup>6</sup> prima, e dalla Corte di Cassazione<sup>7</sup> poi, entrambe intervenute durante la *vacatio legis*, perseguendo anche il fine di sollecitare l'intervento del legislatore su un tema così importante e privo di regolamentazione e tutela. Queste

---

<sup>5</sup> Il procedimento previsto dalla legge sul divorzio varrà però a disciplinare tutti gli altri aspetti, ossia quelli economici e quelli inerenti la filiazione, connessi al matrimonio, il cui vincolo sarà però stato sciolto automaticamente dalla sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso. A tale proposito, cfr. S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione ancorché non più matrimoniale*, in *Corriere Giuridico*, 2015, p. 1051 ss.

<sup>6</sup> Si tratta della sentenza della Corte Costituzionale dell'11.6.2014 n. 170 in [www.cortecostituzionale.it/](http://www.cortecostituzionale.it/).

<sup>7</sup> Ci si riferisce alla sentenza della Corte di Cassazione civile del 21.4.2015 n. 8097, resa nel procedimento che era stato sospeso a seguito della remissione alla Corte Costituzionale, che aveva appunto emesso la sentenza citata nella nota precedente.



pronunce se da un lato hanno accelerato l'intervento del legislatore in questa materia<sup>8</sup>, dall'altro hanno legittimato la scelta del legislatore di introdurre un istituto *ad hoc* per le coppie omosessuali, scelta che, come si intenderà dimostrare, non rimuove le forme di discriminazione nei confronti degli omosessuali. Ed invero, per certi versi, le questioni sollevate dinanzi alle suddette Corti sul problema dello scioglimento forzato ed automatico del matrimonio oggi si ripropongono nell'ambito delle unioni civili e il percorso logico motivazionale adottato dalle Corti può essere mutuato per cogliere le lacune del nuovo assetto normativo delle unioni civili.

2. Nel periodo immediatamente antecedente la legge n. 76/2016, due sentenze, l'una della Corte Costituzionale e l'altra della Corte di Cassazione, hanno segnato la strada poi percorsa dal legislatore: la sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale e la sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione. Il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 nella parte in cui non prevedevano che, a seguito dello scioglimento del matrimonio e della cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio e determinati dalla sentenza di rettificazione del sesso, vi fosse la possibilità, per i coniugi che lo richiedevano, di mantenere in vita il rapporto con altra forma di convivenza registrata che tutelasse adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, conformemente alle modalità da definire dal legislatore. In via consequenziale, la Corte ha dichiarato, nella medesima pronuncia, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo n. 150 del 1° dicembre 2011<sup>9</sup> nella parte in cui prevedeva l'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio, lì dove ci fosse stata una rettificazione del sesso annotata dall'ufficiale dello stato civile in calce all'atto del matrimonio, senza che ci

---

<sup>8</sup> In tal senso, osserva P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio imposto, incostituzionale ma non troppo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, I, p. 669 e ss., che anche nella sentenza n. 138/2010 evocata l'intervento del legislatore, ma maggiore è la forza persuasiva della pronuncia del 2014 anche perché a differenza della precedente non contiene un rigetto della domanda ma "un dispositivo di accoglimento accompagnato da una enunciazione di principio e da un ulteriore sollecito rivolto al legislatore".

<sup>9</sup> Si tratta del decreto legislativo, 1 settembre 2011, n. 150 sulle "Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione", in *G.U. Serie generale* n. 220 del 21. 09. 2011.



fosse la medesima possibilità ritenuta necessaria in merito agli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982.

La Corte di Cassazione, invece, dovendo offrire una soluzione al *thema decidendum*, sulla scorta di quanto statuito dai giudici costituzionali, con sentenza n. 8097 del 2015, ha in modo singolare stabilito la temporanea rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sino all'atteso intervento del legislatore, in grado di colmare il vuoto normativo, sottoponendo dunque il vincolo matrimoniale alla condizione risolutiva della creazione di una tipologia di unione civile registrata da parte del legislatore.

La controversia posta all'attenzione della Corte Costituzionale aveva origine da un giudizio promosso da una coppia sposata che si era opposta all'annotazione, effettuata dall'ufficiale di stato civile, della cessazione degli effetti civili del matrimonio, determinata dalla modificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta dalla moglie che aveva compiuto la transizione da donna a uomo<sup>10</sup>. Nel giudizio di incostituzionalità si censurava l'ingiusto sacrificio dell'interesse della coppia, unita attraverso il vincolo matrimoniale, a mantenere in vita la relazione giuridica affettiva sorta con il matrimonio e quindi l'interesse anche a salvaguardare il vissuto precedente e quindi le scelte compiute.

In particolare, l'incostituzionalità fu riscontrata in riferimento agli artt. 2 e 29 Cost., nella parte degli artt. 2 e 4 della L. n. 164 del 1982, che stabiliva che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione del 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, non consentiva, ove i coniugi lo avessero richiesto, di “mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli i diritti e gli obblighi della coppia”. Sostanzialmente con questa pronuncia la Corte Costituzionale dichiarò l'illegittimità del c.d. divorzio imposto, proprio per l'impossibilità dei coniugi di poter convertire il matrimonio (nel quale l'eterosessualità della coppia è ritenuta requisito essenziale) in un'altra forma di unione riconosciuta dall'ordinamento che potesse non solo preservare il pregresso vissuto ma anche “consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di

---

<sup>10</sup> Ottenuta ragione dal Tribunale di Modena, la coppia si era vista invece respingere il ricorso dalla Corte d'Appello di Bologna ed aveva pertanto promosso ricorso in Corte di Cassazione, la quale a sua volta aveva rimesso alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità della normativa sul c.d. divorzio imposto.



relazione”<sup>11</sup>. La Corte rilevò l’eccessivo sbilanciamento della normativa in favore dell’interesse statale, contro un indebito sacrificio degli interessi della coppia che, sebbene non fosse più eterosessuale, reclamava, anche in ragione del pregresso vissuto, una forma di tutela per la loro unione intimamente inalterata.

Al di là della particolarità della pronuncia di incostituzionalità che ha trovato slancio – per ammissione della stessa Corte – nella carenza legislativa, ed in particolare nell’assenza di «strumenti compensativi», la pronuncia presenta forti incongruenze legate al fondamento costituzionale attribuito alla eterosessualità del matrimonio, per cui la «la nozione presupposta dalla Costituzione (a cui conferisce tutela il citato art. 29) è quella stessa definita dal legislatore del codice civile del 1942» che delinea il paradigma eterosessuale del matrimonio<sup>12</sup>.

I giudici costituzionali hanno enunciato la necessità di compiere un bilanciamento di interessi posti in gioco dalla fattispecie, ovvero sia da un lato l’interesse dello Stato al mantenimento del modello eterosessuale di matrimonio, dall’altro lato l’interesse della coppia coniugata a non vedere violate e penalizzate le personalissime scelte di vita, ossia quella di sposarsi e quella di uno dei due coniugi, condivisa dall’altro, di mutare sesso. L’effettivo bilanciamento di queste contrapposte esigenze spinge il giudice delle leggi a sollecitare l’intervento del legislatore perché possa rimediare a questa rilevata condizione di illegittimità di disciplina che consente il passaggio «da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza».

---

<sup>11</sup> La Corte in questo punto cita parte della sentenza n. 138 del 2010. Si v. L. BALESTRA, *Sugli effetti della rettificazione dell’attribuzione del sesso sul matrimonio preesistente*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 861; V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 861; F. BARTOLINI, *Divorzio del transessuale e “conversione” del matrimonio eterosessuale: un nuovo inizio?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 235; P. BIANCHI, *Divorzio imposto incostituzionale ma non troppo*, in [www.forumquadernocostituzionali.it/](http://www.forumquadernocostituzionali.it/), 2014; F. 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/](http://www.forumcostituzionale.it/), 2014; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del divorzio imposto: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2685; A. LORENZETTI, A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l’astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1152; M. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, I, p. 129.

<sup>12</sup> Così, G. PALMERI, M.C. VENUTI, *L’inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte Costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 554.



Il giudice delle leggi rivolge l'attenzione principalmente all'inadeguatezza del «sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto» coniugale determinata dal mutamento di sesso, quando invero la centralità del tema non è l'assenza di una disciplina di un'unione alternativa al matrimonio che riconosca giuridicamente l'unione omosessuale, ma piuttosto l'opportunità di ovviare a qualunque forma di discriminazione che violi il principio di uguaglianza.

Ed è anche per questo che l'intervento legislativo n. 76 del 2016, che ha introdotto la disciplina delle unioni civili, di fatto non ha superato le disparità di trattamento che, invero, emergono anche dalla lettera del nuovo dettato normativo che non ha disposto una disciplina uniforme, ossia un rapporto di reciprocità tra unione civile e matrimonio, per cui gli effetti del mutamento di sesso sull'unione civile e sul matrimonio variano a seconda che il mutamento di sesso sia avvenuto in costanza di matrimonio o di unione civile, lasciando però solo in quest'ultimo caso la coppia del tutto sprovvista di ogni forma di tutela.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 170/2014 è stata definita additiva di principio, perché non solo ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma, ma ha anche contestualmente invitato il legislatore a regolamentare unioni civili delle coppie omosessuali per rimediare alla ripetuta ed enunciata violazione dei principi costituzionali posti a tutela della persona<sup>13</sup>. La Corte costituzionale ha distinto la posizione di una coppia omosessuale che voglia contrarre vincolo matrimoniale - alla quale oggi è consentito il ricorso all'istituto dell'unione civile - da quella di una coppia eterosessuale, legittimamente unitasi in matrimonio scioltosi per modifica del sesso da parte di uno dei coniugi<sup>14</sup> e ciò soprattutto in ragione del “pregresso

---

<sup>13</sup> Al riguardo cfr. S. PATTI, *La legittimità costituzionale del divorzio imposto: quando la corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, in *Foro Italiano*, 2014, X, c. 2683, il quale rammenta come la pronuncia additiva di principio «sia composta di due parti distinte: una demolitoria della norma impugnata e l'altra contenente un principio, frutto di un bilanciamento di principi costituzionali operato dalla Corte. Le due parti risultano non solo distinte ma anche dotate di differente efficacia, essendo la prima vincolante e ponendosi invece la seconda a livello di indicazione, monito o suggerimento con forza meramente persuasiva, salva ovviamente la possibilità per la Corte di doppiare la pronuncia con altra di incostituzionalità totale». Si v. anche F. BIONDI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio imposto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, I, p. 667

<sup>14</sup> Al proposito, cfr. A. D'ALOJA, *Il divorzio obbligato del transessuale è incostituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, III, p. 149 ss., secondo cui “la situazione che si determina a seguito del mutamento di sesso è sopravvenuta rispetto al matrimonio regolarmente contratto in presenza del requisito della eterosessualità, per cui la situazione si rivela palesemente eccezionale e pertanto non



vissuto” da preservare. Questa impostazione ha forse anche alimentato la scelta del legislatore di imporre l’automatico scioglimento dell’unione civile a seguito del mutamento del sesso di un partner, senza consentire ai membri della unione civile la possibilità di mantenere in vita il loro legame giuridico, eventualmente anche attraverso l’automatica costituzione del vincolo matrimoniale. Tale asimmetria della regolamentazione relativa agli effetti della rettifica del sesso sull’unione civile e sul matrimonio difetta di sensibilità costituzionalmente orientata e genera un’alea di incostituzionalità che aleggia sulla normativa delle unioni civili.

Nessuna norma della Costituzione prevede che il matrimonio sia tra soggetti di sesso diverso e, seppur sia condivisibile il pensiero per cui al momento della promulgazione della Carta i costituenti non intravedessero alcun altro modello coniugale, deve consentirsi che un principio, stabilito dalla Carta stessa, sopravviva ai suoi estensori e si modifichi alla luce della mutata sensibilità socio-culturale che il corso del tempo ha determinato; così come, per altro verso, la stessa Corte Costituzionale deve valutare l’eventuale incostituzionalità di una norma «non per come la legge è scritta, ma per come il testo normativo è interpretato dal giudice nella non facile mediazione tra legge astratta e concreta realtà in cui si va ad operare»<sup>15</sup>. E’ utile, inoltre, richiamare la pronuncia della Corte Costituzionale n. 138 del 2010 che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in merito alle norme del codice civile che non consentono alle persone di orientamento omosessuale di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso<sup>16</sup>, perché è esclusivo compito del legislatore valutare l’opportunità di una disciplina relativa alle unioni fra persone dello stesso sesso e nessuna disposizione contraria al riguardo è contenuta nella Costituzione.

Rimane però un dato incontrovertibile che la Corte, in occasione della pronuncia n. 170 del 2014, ha inteso “sovvertire” l’ordine delle fonti del diritto italiano<sup>17</sup>, stabilendo il paradigma eterosessuale del matrimonio, previsto nel codice

---

suscettibile di estensioni analogiche, e ciò consentirebbe – proprio in ragione della specificità della situazione - una deroga eccezionale e non “la rottura definitiva del paradigma eterosessuale del matrimonio”.

<sup>15</sup> Testualmente, V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, p. 858. La questione di legittimità riguardava specificatamente i seguenti articoli del codice civile: 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143bis e 156bis.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361.

<sup>17</sup> Così G. PALMERI, M.C. VENUTI, *L’inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte Costituzionale 11 giugno 2014 n. 170 in*



civile del 1942, quale principio costituzionale<sup>18</sup>, chiudendo dunque le porte a qualsiasi ipotesi di rapporto coniugale tra persone dello stesso sesso<sup>19</sup>. Anche per questo la Corte non ha escluso la possibilità del divorzio automatico con un divorzio a domanda «perché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra i soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.». In verità, come dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente dimostrato, l'art. 2 della Costituzione e la tutela delle formazioni sociali (*in primis* la famiglia, ex art. 29 Cost.), esulano dall'eleggere l'art. 29 Cost. quale norma fondante il paradigma dell'eterosessualità del matrimonio.

Non dovrebbe essere consentita la sottrazione delle tutele stabilite dall'ordinamento ad una famiglia, già regolarmente costituita secondo i crismi dell'ordinamento stesso, e pertanto dovrebbe escludersi un intervento “d'autorità” dello Stato in una materia così delicata come quella dei rapporti familiari che ricuserebbe una scelta estranea alla volontà dei soggetti interessati, indi imposta a costoro, proprio alla luce delle garanzie costituzionali<sup>20</sup>. Nel caso di specie, peraltro, la posizione dell'altro coniuge (ovverosia del non protagonista della transizione di sesso) risulta del tutto sprovvista di qualsiasi tutela e persino considerazione, visto che egli si trova a dover subire una imposizione statale, senza essere neanche sentito in merito alla volontà di conservare o meno un vincolo personalissimo (e per di più nato regolarmente) come quello coniugale.

---

*materia di divorzio del transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm*, 2014, II, p. 556. Le autrici criticano aspramente questo aspetto della sentenza della Corte Costituzionale, sostenendo che la “costituzionalizzazione” del paradigma eterosessuale del matrimonio sarebbe una mera *factio* operata dalla Corte stessa, mentre i diritti personalissimi della coppia coniugata, sacrificati dalla legge e dalla sentenza medesima, sono certamente diritti costituzionalmente protetti ed inviolabili.

<sup>18</sup> Sul punto cfr. P. BIANCHI, op. cit., p. 669, secondo cui «l'insistenza della Corte su una lettura dell'art. 29 Cost. tale da modellarlo sul codice civile del 1942 risulta contraddittoria anche in relazione alla sua stessa giurisprudenza, nella quale è dato leggere che occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione e non viceversa (sent. 1/13)».

<sup>19</sup> Sempre la sentenza in questione, infatti, afferma che «non 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.».

<sup>20</sup> In questo senso cfr. F. BIONDI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio imposto*, cit., 667, che osserva correttamente che «la condizione in cui versano due persone che si erano sposate quando erano eterosessuali e che quindi costituiscono già una famiglia è assai differente da quella di due persone dello stesso sesso che intendono formare una famiglia che ancora non c'è».



Tutte queste problematiche sono state poi affrontate anche dalla Corte di Cassazione quando, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, ha dovuto stabilire il principio di diritto applicabile alla fattispecie concreta. Si è trattato ovviamente di una situazione particolarmente difficile per la Corte di Cassazione, giacché si è trovata di fronte ad una normativa chiaramente inapplicabile, in quanto dichiarata incostituzionale, che però a stretto rigore non poteva essere *sic et simpliciter* disapplicata, in quanto la stessa Consulta aveva affermato che il perdurare di un vincolo coniugale tra due persone (diventate) dello stesso sesso avrebbe contraddetto il principio (elevato dalla Corte Costituzionale a rango costituzionale) del matrimonio esclusivamente eterosessuale.

Così, la Corte di Cassazione, chiamata a decidere un caso di mutamento di sesso in costanza di matrimonio, con sentenza n. 8097 del 2015<sup>21</sup>, ha risolto la questione interpretativa andando oltre la pronuncia della Consulta, seppur ripercorrendone lo stesso iter argomentativo, decidendo che, in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità contenuta nella sentenza n. 170/2014 della Corte Costituzionale, devono essere riconosciuti alla coppia unita in matrimonio, nel caso in cui sia avvenuta la rettificazione del sesso, i diritti e i doveri conseguenti al vincolo del matrimonio legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad essi “di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata” che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione ancorché non più matrimoniale*, in *Corriere Giuridico*, 2015, p. 1054, secondo cui “la soluzione, pur rispettosa delle esigenze degli interessati, risente delle segnalate incertezze della sentenza della Corte Costituzionale”, nonché M. AZZALINI, *Dal «divorzio imposto» al matrimonio «risolutivamente condizionato»: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, 2015, p. 780 ss., che osserva come la sentenza si fondi sulla errata possibile parificazione tra la coppia divenuta omosessuale e quella *ab origine* formata da persone dello stesso sesso poiché «tale percorso non può condurre a sostenere onestamente e verosimilmente che A.B. sia una persona diversa rispetto a quella che era nelle sue pregresse vesti maschili: in altre parole, la pur rilevante incisione della morfologia sessuale della persona non può comportare la negazione della sua continuità identitaria».

<sup>22</sup> Parte della dottrina ha intravisto una forma di matrimonio sottoposto a condizione risolutiva. Cfr. S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione «ancorché non più matrimoniale»*, nota a Cass. 8097/2015, cit., p. 1056; M. AZZALINI, *Dal «divorzio imposto» al matrimonio «risolutivamente condizionato»: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*, cit., p. 780



3. Queste lacune sono state parzialmente colmate dalla l. n. 76/2016 che, al comma 27 dell'art. 1, ha stabilito che alla rettificazione anagrafica di sesso, laddove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra le persone di stesso sesso.

Inoltre, il decreto legislativo n. 5 del 2017, attuativo della legge n. 76/2016, ha introdotto il comma 4 *bis*, all'art. 31 del d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150<sup>23</sup>, introducendo la possibilità, per la persona che ha proposto con successo la domanda di attribuzione di sesso e per il suo coniuge, di esprimere attraverso dichiarazione resa personalmente e congiuntamente, la volontà di costituire un'unione civile nel corso del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso.

La dichiarazione può essere resa fino al momento della precisazione delle conclusioni e contestualmente possono essere compiute dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome e il regime patrimoniale. In presenza di tale volontà congiunta, così manifestata, il tribunale, con la stessa sentenza che accoglie la domanda, ordina all'ufficiale di stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione, qualora sia avvenuto all'estero, di iscrivere l'unione civile nel registro delle unioni civili e di annotare le relative scelte compiute dalle parti in merito al cognome e al regime patrimoniale.

La specifica indicazione del regime patrimoniale non comporta pertanto il mantenimento del regime patrimoniale adottato in costanza di matrimonio. Ne consegue che, qualora si costituisca un'unione civile, a seguito dello scioglimento del matrimonio per rettifica di sesso, troverà applicazione il comma 13 dell'art. 1, che dispone l'automatica costituzione del regime della comunione dei beni salvo che siano espresse diverse disposizioni patrimoniali, indipendentemente da quale sia stato il regime in costanza di matrimonio. Ne consegue che anche l'eventuale scelta del regime di separazione dei beni, compiuta in costanza di matrimonio, non ha alcuna validità, e l'eventuale difformità di regime da quello legale deve essere nuovamente dichiarata.

---

<sup>23</sup> Decreto che è stato modificato dall'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio del 2017 n. 5, che ha attuato l'art. 1, c. 28 della legge n. 76 del 2016.



Il nuovo dettato normativo che consente, in corso di procedimento di rettificazione di sesso, la costituzione dell'unione civile, in alternativa allo scioglimento totale del legame giuridico, appare incompleto ed insufficiente giacché, in merito alla situazione speculare inversa, non è contemplata la costituzione - su semplice dichiarazione della coppia - del vincolo matrimoniale. Il legislatore non stabilisce un rapporto di reciprocità tra l'unione civile e il matrimonio in presenza della modifica del sesso: ed invero anche il mutamento di sesso di una persona legata ad un'altra attraverso l'istituto dell'unione civile potrebbe non alterare l'unione della coppia e la volontà di quest'ultima di continuare a mantenere un legame sia sul piano affettivo che su quello giuridico.

L'ipotesi inversa, ossia che un'unione omosessuale possa tramutarsi in una coppia tra persone eterosessuali, a seguito della rettificazione del sesso di un membro della coppia, potrebbe essere non desueta, tuttavia il dettato normativo pone lo stesso timore manifestatosi in passato - ante riforma 2016 - in merito agli effetti del mutamento di sesso sul matrimonio. Quali sono le conseguenze del mutamento di sesso sull'istituto dell'unione civile?

La lettera della norma provoca la medesima incertezza giuridica che, sino all'introduzione delle unioni civili, era conseguente al c.d. "divorzio imposto" e che ora può essere trasposta nella situazione che si verifica a seguito dello "scioglimento imposto dell'unione", giacché quest'ultimo opera automaticamente in ragione della mera rettifica di sesso, senza che sia offerta l'opportunità di mantenere in ogni caso in vita il rapporto giuridico della coppia sebbene sia intervenuto il mutamento di sesso di un membro della stessa<sup>24</sup>. Anche in questo caso, sarebbe opportuno tutelare il rapporto solidaristico instauratosi tra la coppia omosessuale che invece vede subire lo scioglimento dell'unione e conseguentemente la sottrazione della tutela relativa al regime giuridico della stessa. Sembra, pertanto, riproporsi la *qaestio* avanzata dalla giurisprudenza di legittimità<sup>25</sup>, riferita alla compressione dei diritti della persona a seguito dell'automatico scioglimento del vincolo coniugale, tra i quali rileva anche l'inviolabilità "del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale", espressione del più ampio diritto di autodeterminazione, che si manifesta *in primis* attraverso le

---

<sup>24</sup> A tale proposito, si v. S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione ancorché non più matrimoniale*, cit., p. 1052.

<sup>25</sup> Si v. Cass., ord. 6.6.2013, n. 14329, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 24.



scelte inerenti la sfera emotiva ed affettiva. La trasposizione di questo ragionamento logico-giuridico nella ipotesi del mutamento di sesso in costanza di unione civile presenta le stesse problematicità, benché alla coppia sia possibile ricorrere, successivamente al mutamento del sesso, all'istituto del matrimonio: di fatto, si ha anche in quest'occasione un "sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto" quale conseguenza dell'esercizio del diritto fondamentale all'identità sessuale, il che è una contraddizione, posto che in tal modo lo stesso dispiega una parziale negazione dello stesso diritto di autodeterminazione.

Il comma 26 dell'art. 1 della legge n. 76/2016 stabilisce in modo conciso che la sentenza di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, senza però specificare che l'effetto estintivo automatico dell'unione civile si determini al momento del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione anagrafica di sesso<sup>26</sup>. La caducazione dello status acquisito con l'unione civile e la privazione di una disciplina e regolamentazione a seguito della modificazione del sesso, così come la conseguente assenza di una protezione anche laddove la coppia formalmente sciolta decidesse di contrarre matrimonio, solleva una questione di legittimità costituzionale giacché il differente grado di tutela offerto alle parti dell'unione civile e del matrimonio in presenza di una rettificazione del sesso si palesa in contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione. Questa discriminazione, oltre a ricadere *in primis* sui diritti personalissimi, e quindi sulla dignità, libertà e autonomia della persona, comporta disparità che incidono fortemente anche sui diritti successori. La sopravvenuta morte di uno dei "partner", a seguito dello scioglimento dell'unione civile per mutamento di sesso, anche qualora fosse in programmazione l'imminente matrimonio, lascerebbe privo di tutela il partner superstite, spoglio di diritti successori considerando che, invece, laddove non si fosse verificato "lo scioglimento imposto", alla luce di quanto disposto dal comma 21 dell'art. 1 la legge n. 76 del 2016, alla parte superstite sarebbero stati garantiti i diritti spettanti ai legittimari, estendendosi alle parti delle unioni civili le disposizioni di cui al capo X, del titolo I, del libro secondo del codice civile.

---

<sup>26</sup> Si v. C.P. GUARINI, *Vicende estintivo-costitutive di "matrimonio" e "unione civile" a seguito di rettificazione anagrafica di sesso*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto*, a cura di M. Gorgoni, Rimini, 2016, p. 136.



L'assenza di una specifica indicazione al riguardo può persuadere ad applicare - in questa circostanza - il regime della “convivenza di fatto”, disciplinata dal comma 36 dell'art. 1 della stessa legge, che definisce i conviventi di fatto quali “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”. Si tratterebbe comunque di un *minus* rispetto alla situazione giuridica che genera l'unione civile, che determina uno *status familiae* su cui invece non ha alcuna incidenza la convivenza di fatto. Questa soluzione è ulteriore prova della lacuna normativa e dell'asimmetria degli effetti del mutamento di sesso sul matrimonio e sull'unione, che ripresenta in diversa forma la discriminazione nei confronti delle unioni affettive omosessuali e la maggiore cautela e formalità garantita all'istituto del matrimonio.

4. La complessità dell'identità di genere mostra come il mutamento del sesso, anche nell'ambito di una coppia omosessuale, sia spesso un percorso condiviso e voluto da entrambi i membri della coppia che desiderano che la loro unione rimanga solida in un disegno di vita comune.

Il superamento del gap normativo è possibile solo rimeditando su due specifici assunti normativi: l'uno, il significato del matrimonio ed in particolare il requisito dell'eterosessualità della coppia, l'altro, l'evoluzione culturale ed ordinamentale del valore dell'identità di genere, non legata a requisiti prestabiliti, bensì intesa quale espressione dei diritti fondamentali della persona.

Occorre una riflessione sul significato del matrimonio nell'impianto costituzionale e sulla “partecipazione pubblicistica” nel diritto di famiglia, anche in ragione dell'oramai sgretolata immagine della sola ed iconica famiglia fondata sul



matrimonio, quale unica isola lambita dal diritto<sup>27</sup>, nonché del superamento del «dogma della monoliticità del fenomeno familiare»<sup>28</sup> che va al di là del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

Una rivisitazione del concetto di ordine pubblico - attraverso un'analisi di diritto comparato - potrebbe agevolare la configurazione di situazioni giuridiche soggettive, riconosciute in altri ordinamenti, considerando che in materia di diritti della persona, la transnazionalità del diritto si rileva essenziale per la loro piena attuazione<sup>29</sup>. In Spagna, ad esempio, la legge del 1° luglio 2005 ha ammesso il

---

<sup>27</sup> Sull'argomento la letteratura è vastissima, *ex pluribus*, P. PERLINGIERI, *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in *Legal giust.*, 1986, p. 484; G. CATTANEO, *Il diritto di famiglia*, in *I cinquant'anni del codice civile-Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, Milano, 1993, I, p. 140 ss.; G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, 3° edizione, Torino, 2015, *passim*; F.D. BUSNELLI, C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 768 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi, Parte I, Dalla «famiglia istituzione» alla «famiglia comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Riv. dir. civ.*, 213, p. 1943; F. ROMEO, *Famiglia: sostantivo plurale? Sostantivo plurale?*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 68 ss., F. PARENTE, *I modelli familiari dopo la legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2017, p. 956 ss.; A.M. PARISI, *«Arcipelago famiglia»: dalla famiglia di Elau" al diritto di famiglia*, in [www.comparazioneDirittocivile.it/](http://www.comparazioneDirittocivile.it/).

<sup>28</sup> Testualmente, G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, 3° edizione, Torino, 2016, p. 631.

<sup>29</sup> Sebbene il diritto sovranazionale abbia deciso rimettere ai legislatori nazionali la prerogativa di prevedere una normativa che riconosca alle coppie dello stesso sesso il diritto al rispetto alla vita familiare, non può sottovalutarsi l'interpretazione degli artt. 8, 12 e 14 della CEDU e gli artt. 7, 9, 21 della Carta dei diritti dell'Unione europea che spinga in questa direzione. Esplicativa in tal senso è la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1337: Si v. anche Corte Europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2015. Ricc. 18766/11 e 3603/11 Oliari e altri c. Italia; in particolare C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in [www.forumcostituzionale.it/](http://www.forumcostituzionale.it/). Si v. anche le sollecitazioni rivolte agli Stati membri dal Parlamento europeo: le Risoluzioni del Parlamento europeo del 8.2.1994, del 16.03. 2000, 4.9. 2003, e da ultimo del 4.2.2014. Ad ogni modo, bisogna considerare che oggi numerosi sono gli ordinamenti che del vecchio continente che hanno riconosciuto il *same sex marriage*: Danimarca, Olanda, Finlandia, Belgio, Spagna, Norvegia, Svezia; Inghilterra, Portogallo, Francia, Islanda e Lussemburgo. Cfr. P. PASSAGLIA, *Matrimonio e unioni omosessuali in Europa, una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 275.

La Corte Costituzionale, al pari di altre Corti costituzionali europee, ha escluso l'incostituzionalità delle norme codicistiche che riservano il matrimonio alle coppie eterosessuali, e pertanto non è stato ravvisato alcun vincolo per i legislatori nazionali di allargare l'istituto del matrimonio alle coppie di stesso sesso, tuttavia l'invito rivolto ai Parlamenti di individuare forme



matrimonio tra persone dello stesso sesso, e ciò è stato possibile grazie anche ad concetto di ordine pubblico spagnolo, contenuto nella costituzione spagnola del 1978, che si limita alla non violazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche sancite dalla Magna Carta, lettera della norma che dalla Corte Suprema e dalla Direzione generale dei Registri e Notai (DGRN) è stata interpretata nel senso che in materia matrimoniale, «l'ordine pubblico ha carattere relativo, variabile, elastico e flessibile, legato alla morale sociale o etica collettiva e conforme alla concezione sociale e politica di ogni momento storico»<sup>30</sup>. Invero, assume particolare valenza anche l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, che riduce l'ingerenza dell'autorità pubblica sull'esercizio di tale diritto solo agli stretti casi di necessità di tutela di un interesse pubblico.

L'eterosessualità del matrimonio potrebbe essere giustificata ove si rinvenisse il suo fondamento nel fattore procreativo e generativo, ma è ben noto che il legislatore non ha indicato questo aspetto quale uno degli elementi costitutivi del matrimonio, e molte sono le norme del codice civile dalle quali si evince un rapporto di autonomia tra matrimonio e procreazione. Si pensi all'art. 122 c.c. che enuncia i casi di annullabilità del matrimonio, in presenza di violenza ed errore, dai quali si evince come la condizione di infertilità di uno degli sposi occultata o sopravvenuta non sia una qualità personale che possa assumere rilevanza ai fini dell'impugnazione del matrimonio per errore. Si ponga mente anche all'art. 143 c.c. che indica i diritti e i doveri discendenti dal matrimonio, tra i quali non vi è quello procreativo<sup>31</sup>. Eppure, parte della dottrina individua la *ratio* delle differenze sostanziali tra i due istituti proprio nell'obiettivo, presente nel matrimonio e non nell'unione, di realizzare una "dimensione comunitaria volta alla crescita della prole" e ciò giustificerebbe - secondo questo orientamento - anche la maggiore interferenza pubblica che si riscontra nel matrimonio, soprattutto nella fase patologica<sup>32</sup>. La scelta del legislatore di rimettere lo scioglimento del vincolo

---

di riconoscimento di tutela delle unioni dello stesso sesso si evince in modo chiaro e indiscutibile<sup>29</sup>. G. Ferrando, *Unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. italiana*, 7, 2016, p.1774.

<sup>30</sup> Testualmente, M.CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI, *La privatizzazione del diritto di famiglia in Spagna*, in *Familia*, 5, 2017, p. 540.

<sup>31</sup> L'ordinamento spagnolo con legge 7 luglio 1981 ha eliminato l'impotenza tra gli impedimenti previsti per contrarre il matrimonio.

<sup>32</sup> Testualmente, ed in tal senso R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10, 2016, p. 1396.



dell'unione solo ed esclusivamente alle parti, anche disgiuntamente, senza che ciò implichi una valutazione da parte del giudice dimostrerebbe - secondo lo stesso orientamento dottrinale - che l'istituto dell'unione civile "rappresenta l'espressione più moderna e progressista propugnata a livello sociale"<sup>33</sup>.

La "distorta prospettiva" che "le coppie omosessuali non posseggono i valori di stabilità ed esclusività"<sup>34</sup> si evince anche dall'omissione da parte del legislatore - a dispetto degli altri doveri matrimoniali - del richiamo alla fedeltà<sup>35</sup>, scelta discriminatoria nonché occasione di strumentalizzazioni per coloro che intendono sovvertire le disposizioni del legislatore. Ma proprio queste difformità insieme ad altre, legate all'aspetto formale-procedimentale, riducono l'unione civile alla necessità di assecondare una volontà che non ha i caratteri della serietà e della vincolatività propri di una consapevole e matura volontà di condivisione di vita

---

<sup>33</sup> Così, R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, cit., 1395. L'A. sostiene che la disciplina delle unioni civili potrà rappresentare in futuro un modello d'ispirazione per il legislatore proprio per il loro carattere di modernità e per il processo di privatizzazione del diritto di famiglia che esso rappresenta.

<sup>34</sup> Così, C. TROISI, *Diritti e doveri nelle unioni civili*, in [www.comparazioneDirittocivile.com/](http://www.comparazioneDirittocivile.com/), p. 3, ove l'A. analizza le differenze con i diritti e doveri derivante dal matrimonio.

<sup>35</sup> L'art. 1, comma 11 della legge n. 76/2016 riproduce il dettato dell'art. 143 c.c. che disciplina i diritti e i doveri dei coniugi, omettendo però l'esplicito riferimento al dovere di collaborazione e all'obbligo di fedeltà, quest'ultimi invece previsti in una prima versione del disegno di legge. La scelta di espungere il dovere di fedeltà è, invero, in parte espressione di un ulteriore tentativo di differenziare dei partner dai coniugi. Così, F.D. BUSNELLI, *Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia?*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. Gorgoni, Santarcangelo di Romagna, 2016, XXIII. Questa legge si rivela un evidente compromesso della compagine politica e lo si evince soprattutto dalla lettura del testo iniziale del d.d.l. (S. 2081) ove il richiamo alla normativa del matrimonio comprendeva anche gli aspetti patologici dello stesso. Cfr. F. AZZARRI, *Il rilievo giuridico della fedeltà nei rapporti di famiglia*, in *Famiglia*, 4, 2017, p. 423 ss. L'A. compie un'analisi comparata con l'ordinamento tedesco ed evidenzia come nel nostro ordinamento l'obbligo di fedeltà ha la principale funzione di rilevare ai fini del divorzio con addebito e che, sebbene non possa pertanto esservi un richiamo in tal senso, la l. n. 76/2016, all'art. 1, venticinquesimo comma, fa rinvio all'art. 5, sesto comma, l. n. 898/1970, dal quale si evince che, nella pronuncia dello scioglimento dell'unione, il giudice può stabilire una corresponsione di un assegno, la cui quantificazione viene determinata non solo in ragione della necessità di tutelare chi non abbia i mezzi adeguati, ma anche in considerazione delle «ragioni della decisione» che hanno fatto naufragare il rapporto, che di fatto potrebbero concretizzarsi nella violazione di un obbligo personale e pertanto in una infedeltà. Sullo stralcio dell'obbligo di fedeltà si v. anche M. RINALDO, *Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove famiglie"*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 3, p. 998.



affettiva comune. Analogamente, sembrerebbe conferma di ciò la mancata previsione dell'obbligo di attendere un periodo di separazione dai sei mesi ad un anno prima di sciogliere l'unione, essendo sufficiente il decorso di soli tre mesi qualora l'unione non sia stata "consumata"; così il mancato obbligo delle pubblicazioni prima di contrarre l'unione è ulteriore elemento discriminatorio che muove dall'erronea convinzione che l'unione tra persone dello stesso sesso non sia ispirata ad una prospettiva di vita solida e duratura<sup>36</sup>.

La forma giuridica offerta alle coppie omosessuali attraverso l'istituto dell'unione civile presenta, dunque, siffatte caratteristiche che non sono interamente ispirate ai valori costituzionali e alle libertà individuali da sempre propugnati nella lotta contro ogni discriminazione in ordine all'orientamento sessuale. L'approccio non avrebbe dovuto muovere dal riconoscimento di un nuovo diritto alle coppie omosessuali, ma dall'esigenza di rispettare il diritto costituzionale di ciascun individuo di esprimere la propria libertà, autonomia e personalità attraverso l'istituto del matrimonio in un ordinamento ove l'identità e l'orientamento sessuale non condizionano il diritto all'autodeterminazione. Né per altro verso, alla luce degli studi dottrinali che hanno legittimato l'evoluzione del concetto di famiglia, è possibile restringere il matrimonio alle coppie eterosessuali, anche in ragione del dato, dimostrato dalla stessa normativa codicistica, che il matrimonio è sganciato dal fattore procreativo.

Il raffronto dei vincoli nascenti dagli istituti del matrimonio e dell'unione civile deve essere compiuto con la consapevolezza, condivisa a livello sovranazionale, dell'attuale polisemico concetto della famiglia e della intensa sensibilità giuridica sviluppatasi verso le multiformi esplicazioni del diritto di autodeterminazione, massimamente rappresentato dalla cultura dei LGBT (lesbiche, gay, bisessuali, queer<sup>37</sup> e transgender)<sup>38</sup>. L'unico limite dell'autodeterminazione è la tutela

---

<sup>36</sup> D'altronde, l'assenza delle pubblicazioni, previste per il matrimonio, rende più probabile il mancato rilevamento da parte del pubblico ufficiale della presenza di impedimenti.

<sup>37</sup> Sessualmente, etnicamente o socialmente eccentrico rispetto alle definizioni di normalità codificate dalla cultura egemone.

<sup>38</sup> Vi è chi criticamente osserva come si stia assistendo ad una rivoluzione culturale nella quale «i detentori della nuova Etica non sono più i Governi o gli Stati o i cittadini, ma gruppi di persone che perseguono i loro personali interessi con una dolce prepotenza, rivestendo le loro battaglie con il vittimismo di chi non vuole essere giudicato, criminalizzato o discriminato». Così M.E. RUGGIANO, *Il gender negli Stati Uniti d'America: nascita ed evoluzione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 4, pp. 1394 – 1395 e p. 1420 ove l'A. rileva come si stia assistendo ad un grande cambiamento epocale "il



dell'interesse del minore che impone la difesa della logica dello status, rinnovata in ragione della nuova primavera dei diritti umani. Difatti, la nuova stagione delle riforme<sup>39</sup> a cui si sta assistendo anche sulla forte spinta europea, ha indotto gli interpreti a discorrere di “privatizzazione del diritto di famiglia”<sup>40</sup>, proprio alla luce della maggiore autogestione del governo della famiglia e della crescente tensione tra status e contratto.

La reale evoluzione si avrà quando concretamente non si compirà alcuna distinzione di sesso e/o orientamento sessuale, uscendo da paradigmi definiti, come la coppia eterosessuale e la coppia omosessuale. Si deve ambire ad un'attuazione del principio di uguaglianza che non trascuri l'attuale era post-

---

passaggio da una civiltà basata sul dovere a quella fondata sui diritti”. L'autrice ripercorre la nascita e lo sviluppo della ideologia gender, riferendo in particolar modo dell'esperienza americana, nella quale negli ultimi vent'anni, a partire dalla Presidenza Clinton, sono state adottate politiche di protezione volte a rimuovere ogni forma di discriminazione sull'orientamento sessuale, soprattutto in ambito lavorativo, politiche che hanno assunto un carattere maggiormente pragmatico con l'amministrazione del Presidente Obama. Tuttavia, questa sensibilità crescente ha avuto un primo arresto con la presidenza di Donald Trump con una posizione più rigida e “tradizionale” controbilanciata però da *lobbies* molto rappresentative del diritto dei transgender. Ad esempio, viene riferita la cancellazione dal parte del governo Trump della direttiva del Presidente Obama con la quale si chiedeva alle scuole di lasciare agli studenti transgender la libertà di decidere quale bagno utilizzare, direttiva che aveva preso le mosse dalla volontà di contrastare la famosa legge sulle *Public Facilities Privacy and Security Act*, la c.d. *Bathroom Bill*, disposta dallo Stato Federale del North Carolina che permetteva l'accesso ai bagni pubblici in conformità al sesso dichiarato nei documenti ufficiali identificativi dell'identità.

<sup>39</sup> Dagli anni '70 ad oggi il diritto di famiglia ha vissuto interventi legislativi che hanno completamente modificato l'originario assetto del diritto di famiglia: si pensi alla riforma del diritto di famiglia del 1975 che ha abolito la patria potestà, permesso il riconoscimento del figlio naturale ed equiparato i diritti e i doveri dei genitori, alla legge sul divorzio del 1970 n. 899 e alla legge sull'aborto del 1978 n. 194. Si pensi alla legge sulla procreazione assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40) alla normativa sulla filiazione che ha equiparato i figli nati al di fuori del matrimonio a quelli nati all'interno del matrimonio, all'introduzione della procedura di negoziazione assistita per il divorzio (l. 10 novembre 2014, n. 162), alla legge sul divorzio breve che riduce il tempo intercorrente tra la separazione e lo scioglimento del matrimonio (l. 11 maggio 2015 n. 107) e da ultimo alla legge sulle unioni civili emanata il 20 maggio 2016 n. 76.

<sup>40</sup> Il tema della privatizzazione della famiglia è stato oggetto del Congresso internazionale del diritto di famiglia, intitolato «The privatization of Family Law», svoltosi a Oviedo, in data 29 e 30 settembre 2017. Questo aspetto è stato in particolare colto da M.R. MARELLA, *The privatization of Family Law: limits, gaps, blackleshes*, in *Familia*, 2017, 6, p. 611 ss. Si v. anche L. BALLERINI, *The privatization of Family Law in Italy*, in *Familia*, 2017, 5, p. 515.



moderna, ove il diritto all'autodeterminazione e alla libertà di espressione hanno reso lecita l'ideologia gender con tutte le sue forme esplicative che hanno in comune il riconoscimento di persone che non sentono di appartenere né al genere maschile, né a quello femminile, discostandosi pertanto la questione dalla difformità della propria percezione rispetto al sesso attribuito alla nascita. Ne consegue la reclamata necessità di compiere valutazioni che esulino dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere attribuita alla nascita o in un momento successivo. Solo l'accettazione di questa poliforme espressione della persona consente di rimuovere ogni ostacolo all'attuazione del principio di uguaglianza.

Si comprende allora come la disciplina delle unioni civili segni solo una tappa del lungo percorso volto a rimuovere ogni forma di discriminazione fondata sul sesso e sull'orientamento sessuale.

D'altronde, bisogna osservare come le esperienze europee - e non solo - mostrino come le unioni civili si siano rivelate soluzioni transitorie, un primo passo verso ulteriori aperture nella tutela delle unioni familiari. La Francia, ad esempio, ha aperto l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali nel 2013, mentre dal 1999 aveva regolamentato i *Pacs* (Patti civili di solidarietà) e il *Concubinage* (la convivenza); analogamente la Gran Bretagna aveva introdotto fin dal 2004 la *Civil partnership* per coppie omosessuali, con diritti e doveri sostanzialmente identici a quelli attribuiti in forza del matrimonio, ma solo quasi dieci anni dopo, nel 2013, ha riconosciuto il *same sex marriage*. In Spagna la riforma del 2005, che ha introdotto l'irrilevanza della eterosessualità nel matrimonio, è stata preceduta da una copiosa legislazione autonoma che aveva portato al riconoscimento delle *uniones de hecho*, grazie *in primis* alla ruolo trainante della Catalogna<sup>41</sup>. Anche volgendo lo sguardo oltreoceano, ed in particolare al territorio degli Stati Uniti, si constata come la nota sentenza della Corte Suprema Federale, *Obergefell v. Hodges*<sup>42</sup>, del giugno 2015, con la quale fu dichiarata l'incostituzionalità della limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali, sia stata preceduta da interventi normativi nazionali e da

---

<sup>41</sup> Fin dal 1998 la Catalogna aveva introdotto le *uniones de hecho* e nel 2005 questa comunità, insieme ad Aragona, Navarra e Paesi Baschi ha introdotto siffatte convivenze senza alcuna distinzione legata all'orientamento sessuale dei partners, nemmeno per l'accesso all'adozione.

<sup>42</sup> Per un approfondimento sull'esperienza americana, ed in particolare sulla valenza dell'*equal protection clause* e del *substantive due process clause* a fondamento della legittimità costituzionale del *same sex marriage*, sia consentito il rinvio a V.BARELA, *Same sex marriage nell'interpretazioni delle Corti Supreme americane*, in [www.comparazionediritto civile.it/](http://www.comparazionediritto civile.it/).



pronunce delle Corti Supreme nazionali, che istituivano le unioni civili replicando, seppur spesso in modo riduttivo, il regime giuridico dell'istituto matrimoniale<sup>43</sup>.

L'accesso al matrimonio a tutte le persone indipendentemente dalla propria inclinazione sessuale ed identità di genere, dunque, è l'unica scelta che non solleverebbe questioni di costituzionalità, giacché piegata alla piena attuazione dei principi costituzionali nazionali e sovranazionali<sup>44</sup>.

L'intervento del legislatore, che nel 2016 ha introdotto le unioni civili nel nostro ordinamento, si rivela, in tale prospettiva, un'occasione persa. E' mancato il coraggio - e forse i tempi non erano maturi, anche in ragione della profonda spaccatura che l'iter legislativo ha evidenziato tra le forze parlamentari e nel Paese - di portare a compimento un'operazione che, faticosamente e non senza ritardi, è giunta all'istituzione delle unioni civili che, tuttavia, non possono rappresentare l'ultima tappa di un percorso volto alla completa affermazione del diritto all'uguaglianza.

---

<sup>43</sup> La scelta è stata più volte dettata dal negato riconoscimento della componente genitoriale nelle unioni omosessuali, ma le discipline in tema di adozioni accolte in alcuni Stati, favorevoli ad un'adozione compiuta da omosessuali, hanno mostrato l'incongruenza di tale scelta normativa.

<sup>44</sup> Non secondaria è l'attività svolta dal Consiglio d'Europa che nel 2009, ad esempio, ha adottato il documento "diritti umani e identità di genere" recependo i Principi di Yogyakarta che costituiscono parte del progetto presentato nel 2007 al Consiglio ONU per la tutela dei diritti umani. I Principi di Yogyakarta segnano un passaggio importante per la piena consapevolezza e riconoscimento e tutela delle libertà di orientamento sessuale e dell'identità di genere, quali due concetti autonomi e non necessariamente correlati.