

## TEORIA E PRATICA DEI DIRITTI UMANI. I TRANSESSUALI E LA NORMATIVA COMUNITARIA

DOI: 10.7413/18281567047

**di Franca Menichetti**

Università Degli Studi di Trieste

### **Theory and practice of human rights. Transsexuals and EU law**

#### *Abstract*

The philosophy of law cannot only refer to the interpretation of the rule and the interpretation of the relationship, which exists between the rule and the fact from time to time. It must also refer to the judgments of the courts of justice, especially to those supra-national courts whose legitimacy is rooted in Treaties or Covenants and whose decisions are binding for member States as well as for individuals. The judgments I analyze in this paper are not just prophecies: they are mainly an undeniable and unconditional recognition of the rights, which belong to transsexuals as human rights. Without human rights, the philosophy of law is likely to remain in a maze.

**Keywords:** EU Law, Transsexuals, Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights, Human Rights.

La Corte Costituzionale dichiara [...] l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 [...], 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

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

La Corte Costituzionale, 11 giugno 2014, in Gazzetta Ufficiale 18 giugno 2014

### **Premessa**

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è trovata, sempre più spesso nell'ultimo ventennio, ad affrontare la questione del transessualismo<sup>1</sup>. Nell'emanazione delle proprie sentenze, la Corte ha seguito l'evoluzione scientifica e sociale del concetto di transessualismo. In un primo momento<sup>2</sup>, non vengono riconosciuti ai transessuali i diritti al rispetto della vita privata e alla possibilità di contrarre matrimonio garantiti dagli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo [CEDU]. Con la sentenza *Goodwin*<sup>3</sup> del 2002 la situazione muta in favore del riconoscimento di tali diritti.

La Corte ha dovuto affrontare un percorso lungo e non privo di contraddizioni. Infatti, si è trovata a dover conoscere il concetto di transessualità a livello scientifico, le ripercussioni della transessualità a livello sociale, la comparazione dei differenti trattamenti giuridici riservati ai transessuali dagli Stati contraenti: e tutto questo alla luce delle mutevoli concezioni sociali e scientifiche in materia.

Prima di analizzare il percorso che ha portato la Corte al riconoscimento dei diritti di cui agli artt. 8 e 12 CEDU, occorre porsi la seguente domanda: «Chi è un transessuale?». L'*Enciclopedia Treccani* definisce il transessualismo come «la condizione di persona che, pur essendo di sesso anatomicamente certo, si considera appartenente all'altro sesso, del quale aspira ad assumere le caratteristiche anatomiche e comportamentali»<sup>4</sup>. La definizione più calzante, ai fini di una trattazione giuridica, è quella data dall'avvocato generale Tesauro nelle sue *Conclusioni* relative al

---

<sup>1</sup>A questo proposito, S. FARRAN, *Recent Commission Decisions and Reports Concerning Article 8 ECHR*, in *European Law Review*, 1996, p. 16.

<sup>2</sup>Corte eur.dir.uomo 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, serie A, n. 106.

<sup>3</sup>Corte eur.dir.uomo 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95.

<sup>4</sup>*Enciclopedia Treccani*, Appendice V, 1979-1992, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1995, p. 539, c. 2.

caso *P. c. S. e Cornwall County Council*<sup>5</sup>, relativo al licenziamento di un transessuale e sottoposto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee su domanda pregiudiziale dell'*Industrial Tribunal* di Southampton. Tesauro, in verità, si rifà alla definizione contenuta in una Raccomandazione del consiglio d'Europa del 1989<sup>6</sup>, secondo cui «le transsexualisme est un syndrome caracteresé par une personnalité double, l'un physique, l'autre psychique, la personne transexuelle ayant la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe, ce qui la pousse à demander que son corps soit corrigé en conséquence»<sup>7</sup>. Nel transessualismo, a prescindere dalla natura delle cause (disfunzioni biologiche presenti al momento della nascita o disfunzioni psicologiche legate a fattori ambientali), non c'è identità tra sesso biologico e sesso psicologico. Il transessuale, pur appartenendo biologicamente ad un determinato sesso rilevabile in base al criterio cromosomico e genitale, psicologicamente si sente persona dell'altro sesso e si comporta come tale<sup>8</sup>. Quindi, il transessuale non costituisce un terzo sesso, non è *altro*, ma è semplicemente una persona nella quale sesso biologico ed identità sessuale non corrispondono. Ancora, nella sentenza *Rees*<sup>9</sup> si legge: «si intendono solitamente per *transessuali* le persone che, pur appartenendo fisicamente ad un sesso, hanno la sensazione di appartenere all'altro sesso; esse cercano di accedere ad un'identità più coerente e meno ambigua sottoponendosi a cure mediche e ad interventi chirurgici allo scopo di adeguare le loro caratteristiche fisiche al loro psichismo».

È comunque riconosciuto a livello internazionale che il transessualismo è una condizione clinica che giustifica un trattamento ormonale e chirurgico finalizzato ad aiutare le persone interessate. Tanto che nel DMS-IV [*Manuale diagnostico e statistico delle turbe mentali*] il termine

---

<sup>5</sup> Corte giust. 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, in *Racc.*, p. I-2143.

<sup>6</sup> Raccomandazione 1117 del 29 settembre 1989, «relative à la condition des transsexuel». In tale raccomandazione, peraltro, si chiede al Comitato dei Ministri di invitare gli Stati membri a legiferare in materia.

<sup>7</sup> «Il transessualismo è una sindrome caratterizzata da una doppia personalità, una fisica, l'altra psichica, la persona transessuale ha la convinzione profonda d'appartenere all'altro sesso, per cui può domandare che il suo corpo sia corretto di conseguenza».

<sup>8</sup> Per un approfondimento, J.G. GOOREN, *Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine*, in *Transsexualism, médecine et droits*, Actes du XXIII Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 avril 1993, p. 63 e ss.

<sup>9</sup> Punto 38, sentenza *Rees*, cit.

transessualismo è sostituito con quello di «turbe dell'identità sessuale»<sup>10</sup>. Nel 1995, il gruppo guidato dal prof. J.G. Gooren e dal dr. Dick Swaab, del Netherlands Institute for Brain Research, ha pubblicato un articolo al riguardo sulla rivista *Nature*. Nel cervello umano esiste una regione dell'ipotalamo chiamata *nucleo BSTc*, molto più piccola nelle donne che negli uomini, indipendentemente dall'orientamento omo o eterosessuale. La ricerca ha dimostrato, invece, che nei transessuali di sesso biologico maschile ma con sesso psicologico femminile [M->F] la dimensione di questa regione è altrettanto piccola, meno della metà di quella degli altri maschi, come per i cervelli femminili.

Questo è il primo risultato ufficiale di un gruppo di ricerca che riconosca come il cervello delle persone transessuali M->F presenti similitudini con quello delle persone di sesso femminile<sup>11</sup>. Sembrerebbe quindi confermata la tesi secondo cui i transessuali sono affetti da una patologia cerebrale sin dalla nascita, avvalorando quindi la necessità che gli Stati contraenti adottino una legislazione non discriminatoria in materia<sup>12</sup>.

Per questo, un gran numero di Stati europei consente ai transessuali di adeguare il sesso fisico al sesso psicologico, addirittura sotto il controllo e a spese delle autorità sanitarie nazionali<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Il DIG [Disturbo Identità di Genere] è un disturbo da anni conosciuto e classificato sia dall'International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (10th Revision) (ICD-10) dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, sia dal Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fourth Edition (DSM-IV), approvato dall'American Psychiatric Association. In generale, CHALMERS, DAVIES, MONTI, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010<sup>2</sup>.

<sup>11</sup> ZHOU, HOFMAN, GOOREN, SWAB, *A Sex Difference in Human Brain and its Relation to Transexuality*, in *Nature*, 378, 1995, pp. 68-70.

<sup>12</sup> Punto 43, sentenza *Goodwin*, cit.

<sup>13</sup> La risoluzione del Parlamento europeo n. 1117 del 12 settembre 1989, comma 4, invita «gli Stati membri a prendere le opportune misure affinché i costi del trattamento psicologico, endocrinologico, chirurgico-plastico ed estetico per le persone transessuali siano rimborsati dall'assicurazione contro le malattie». Inoltre la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Van Kück c. Germania* del 12 giugno 2003 (caso n. 35968/97), dichiarando che il «*il transessualismo è ampiamente riconosciuto a livello internazionale come condizione medica*» per la quale la terapia ormonale e l'intervento chirurgico determinano un rimedio, ha condannato la Germania, sulla base degli artt. 6 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per aver negato, in sede giudiziaria, il rimborso dei costi del trattamento ormonale e chirurgico alla parte attrice. In particolare, la Corte ha stabilito che il mancato rimborso delle spese mediche (terapia ormonale e intervento chirurgico) costituisce una «*violazione degli obblighi positivi dello Stato*» ai sensi dell'art. 8 della Convenzione con riferimento al «*diritto al rispetto della vita privata, e nella fattispecie del diritto all'identità di genere, e ad allo sviluppo della personalità della parte attrice*».

Nonostante ciò, solo pochi Stati consentono la rettificazione di sesso nel registro delle nascite<sup>14</sup>. Queste definizioni, pur provenendo da uomini di scienza, sono sottoponibili a critiche di varia natura, poiché la scienza non è ancora giunta ad offrire una soluzione certa alle tematiche del transessualismo<sup>15</sup>.

Ciò che rileva non sono tanto le dissertazioni medico-scientifiche in materia, ma la condizione giuridica e sociale con cui i transessuali si trovano tutti i giorni a confrontarsi. Infatti essere transessuali, ancora nel XXI secolo, vuol dire essere fonte inesauribile di discriminazioni e umiliazioni. Discriminazioni e umiliazioni sia nell'ambito lavorativo sia in quello extralavorativo, sia nell'ambito familiare sia in quello extrafamiliare. Oltre alle sofferenze patite prima del mutamento di sesso, oltre alle sofferenze dei numerosi e dolorosi interventi chirurgici per ottenere tale mutamento, i transessuali subiscono un trattamento sociale che li colloca ai margini della società. Così cadono spesso nella trappola della prostituzione, dove sono costretti per (sub)vivere a vendere il loro "nuovo" corpo. Il transessuale continua ad essere comunemente considerato *altro*, una persona alla quale non vanno riconosciuti diritti: una *non persona*, un *ibrido*. E ciò seguendo convinzioni (im)morali, da tempo anacronistiche.

### **I primi passi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e i diritti negati: il caso Rees**

Nel 1986 viene sottoposto alla Corte europea dei diritti dell'uomo il primo caso relativo alla tematica della transessualità, il caso *Rees*<sup>16</sup>. La ricorrente, cittadina britannica, lamenta la violazione da parte del governo britannico degli artt. 8 e 12 CEDU, relativi al diritto al rispetto della vita privata<sup>17</sup> e al diritto di contrarre matrimonio<sup>18</sup>. Nel caso di specie, la ricorrente è iscritta nel registro

---

<sup>14</sup> Gli Stati che consentono la rettificazione del sesso nel registro delle nascite sono l'Italia, l'Olanda, la Germania, la Francia, la Spagna, la Svezia, la Norvegia la Danimarca e la Turchia. La Svezia è il primo Stato ad emanare una normativa sulla rettificazione di sesso con legge del 21 aprile 1972.

<sup>15</sup> Corte eur. dir. uomo 30 luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1998. La Corte ha ricordato che «la transessualità presenta tuttora complesse problematiche di ordine scientifico».

<sup>16</sup> Sentenza *Rees*, cit.

<sup>17</sup> Art. 8 CEDU: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio, della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

delle nascite con il nome di Brenda Margaret Rees. Ma sin da piccola si sente e si comporta come un uomo. Proprio per questo la Sig.ra Rees si sottopone, sotto il controllo dell'autorità sanitaria nazionale [*National Health Service*] che ne sopporta le spese, ad un trattamento ormonale e chirurgico per il cambiamento di sesso<sup>19</sup>. Cambia il nome in Mark Nicholas Alban Rees, e con questo nuovo nome ottiene il passaporto.

Il ricorrente (d'ora in poi considerato di sesso maschile) chiede che sia modificato il registro delle nascite, in modo tale che risulti il nuovo sesso acquisito. La modifica di tale registro si rende necessaria poiché, secondo la legge britannica, il Sig. Rees continua ad essere considerato di sesso femminile, con tutte le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano (ad es. trattamento pensionistico ed età pensionabile, lavoro, matrimonio, polizze assicurative, etc.). Ma il diritto britannico, mentre accorda la possibilità di cambiare nome e dati nei documenti di identità, non permette la correzione del registro delle nascite<sup>20</sup>. Tale registro può essere emendato esclusivamente nel caso di errori di fatto o per scorretta trascrizione dell'anno di nascita<sup>21</sup>. Si desume, quindi, che non possa essere rettificato indicando il nuovo sesso dell'interessato. Infatti i criteri seguiti per la determinazione del sesso nella registrazione delle nascite sono esclusivamente i criteri biologici: cromosomico e genitale. L'autorità competente nega quindi la rettifica.

Il Sig. Rees si rivolge allora alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU e adducendo che subisce un pregiudizio sociale e giuridico a causa della mancata adozione da parte del governo britannico di una legislazione che consenta la rettifica del sesso nel Birth Registry, e che tale comportamento omissivo costituisce un'indebita interferenza dell'autorità pubblica<sup>22</sup>. Di conseguenza, sostiene che il governo ha l'*obbligo positivo* di modificare questa legislazione presunta discriminatoria. Inoltre, risultando agli atti di nascita il sesso biologico, il Sig. Rees lamenta la violazione dell'art. 12 CEDU, sostenendo che per tale motivo non può contrarre

---

<sup>18</sup> Art. 12 CEDU: «Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto».

<sup>19</sup> Punto 18, sentenza *Rees*, cit.

<sup>20</sup> Births and Death Registration Act, 1853.

<sup>21</sup> Punto 22, sentenza *Rees*, cit.

<sup>22</sup> Punto 33, sentenza *Rees*, cit.

validamente matrimonio con la propria compagna, essendo «il matrimonio tradizionale l'unione tra persone di opposto sesso biologico»<sup>23</sup>.

Nonostante l'opinione della Commissione europea dei diritti dell'uomo, favorevole al ricorrente, la Corte decide che non sussiste violazione degli artt. 8 e 12 CEDU da parte del governo britannico. E sostiene che il concetto di «rispetto» della vita privata contenuto nell'art. 8 CEDU non è chiaro, soprattutto per gli obblighi positivi che vi ineriscono: i requisiti variano molto da un caso all'altro, avuto riguardo alla diversità delle pratiche seguite e delle condizioni vigenti negli Stati contraenti<sup>24</sup>. Alcuni di essi, tra cui l'Italia<sup>25</sup>, consentono l'adattamento dello *status* giuridico alla nuova identità transessuale, altri, come nel caso di specie, non lo consentono. Nel determinare se esiste un obbligo positivo in capo allo Stato contraente, «occorre tener conto – preoccupazione inerente a tutta la Convenzione – del *giusto equilibrio* da rispettare tra *l'interesse generale* e *l'interesse individuale*»<sup>26</sup>. In questo caso, ciò che prevale è l'interesse pubblico. La Corte ritiene che il diniego della nuova identità sessuale ai transessuali rientra nel margine di discrezionalità degli Stati contraenti, i quali determinano i presupposti per il venir meno di tale diniego e le misure da adottare in simili situazioni. La legge britannica, d'altronde, risponde nella maniera più elastica alle esigenze del ricorrente, concedendo la possibilità di modificare i documenti d'identità, come patente, passaporto, certificato d'immatricolazione dell'auto, documento di sicurezza sociale e documenti fiscali. Il governo britannico ha concesso tutto quello che il sistema giuridico poteva concedere<sup>27</sup>. Ma non essendo previsto, a livello degli Stati contraenti, un trattamento giuridico uniforme per il riconoscimento della nuova identità dei transessuali ed essendo la transessualità fenomeno complesso e in continua evoluzione, la Corte ha preferito affermare che il rifiuto di emendare il registro delle nascite, e di emanare una disciplina *lato sensu* non discriminatoria, non costituisce un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 CEDU.

---

<sup>23</sup> Punto 49, sentenza *Rees*, cit.

<sup>24</sup> Punto 37, sentenza *Rees*, cit.

<sup>25</sup> Art. 6 legge n. 164 del 14 aprile 1982.

<sup>26</sup> Punto 37, sentenza *Rees*, cit. E inoltre, E. BATTAGLIA, *Sesso e orientamento sessuale nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 3|2004.

<sup>27</sup> Punto 42 *a*, sentenza *Rees*, cit.

Di conseguenza, è stata ritenuta infondata la doglianza relativa alla violazione dell'art. 12 CEDU, perché il diritto al matrimonio si riferisce a persone di sesso biologico diverso, come appare dal significato letterale dell'articolo in questione, che è finalizzato alla protezione del matrimonio come fondamento della famiglia<sup>28</sup>. Tanto che l'art. 12 lascia agli Stati contraenti la competenza a legiferare in materia, con la possibilità di introdurre limitazioni o estensioni, purché non snaturino l'essenza del diritto a contrarre matrimonio<sup>29</sup>. Ma la restrizione imposta ai transessuali, derivante dall'impossibilità di adattare il loro stato civile al loro nuovo sesso, non rientra nell'ambito di quelle limitazioni che snaturano l'essenza di tale diritto.

Prima di decidere il caso, la Corte invita il Regno Unito ad esaminare costantemente la necessità di adottare misure giuridiche appropriate in materia di transessualità, tenuto particolarmente conto delle continue sofferenze a cui i transessuali sono sottoposti, dell'evoluzione della scienza e della società<sup>30</sup>.

La soluzione prospettata dalla Corte nel caso *Rees*, appare, in verità, discriminatoria. L'applicazione del concetto di giusto equilibrio tra interesse generale ed interesse individuale avrebbe dovuto pendere dalla parte di quest'ultimo. Invece i giudici, in linea con le argomentazioni del governo britannico, ritengono che ci sia un interesse generale a che il registro delle nascite sia prova dei «fatti storici». Ma in realtà, quale interesse generale può ostacolare il diritto del transessuale a vedersi riconosciuto nel suo nuovo sesso acquisito, nel suo sesso psichico, se non l'interesse alla protezione della morale<sup>31</sup>. Quella morale che in quegli anni dominava il Regno Unito, reprimendo tutte le minoranze considerate contrarie al modello vittoriano che si intendeva restaurare, dal movimento punk agli omosessuali, dai cattolici dell'Ulster ai minatori inglesi e gallesi<sup>32</sup>. È questo il nocciolo che si coglie nell'intera sentenza. È la morale, nel contesto sociale inglese degli anni

---

<sup>28</sup> Punto 49, sentenza *Rees*, cit.

<sup>29</sup> Nel diritto inglese, il matrimonio è definito come l'unione volontaria di un uomo e di una donna. A tale scopo, in base alla giurisprudenza stabilita dalla *High Court* nel 1971 a seguito della sentenza *Corbett* [*Probate Reports*, 1971, p. 83], il sesso deve determinarsi con l'ausilio di criteri cromosomici, riproduttivi e genitali coincidenti, senza che possa essere preso in considerazione un intervento chirurgico; inoltre l'art. 11c del *Matrimonial Causes Act* del 1973 stabilisce che il matrimonio è nullo se i coniugi non sono un uomo e una donna.

<sup>30</sup> Punto 47, sentenza *Rees*, cit.

<sup>31</sup> Si veda l'art. 8, comma 2, CEDU.

<sup>32</sup> Su questo tema, A. RYAN., *Margaret Thatcher, gli anni di Downing Street*, Sperling & Kupfer, Milano 1993.; e J. COE, *La banda dei brocchi*, Feltrinelli, Milano 1998.



Ottanta, ad ispirare l'azione politica, e quest'ultima deve essere necessariamente azione morale. Ed è quindi amorale un ulteriore riconoscimento dei transessuali, perché non uomini, non titolari di diritti. Piuttosto, bestie da relegare *at the boarder of society*.

Questa è la concezione che sta alla base del rifiuto britannico di apprestare tutela ai transessuali come *obbligo positivo* imprescindibile da adempiere. E la Corte in tutto questo, purtroppo, non è da meno. Bisognerà attendere l'inizio del nuovo millennio perché venga riconosciuta la violazione dei diritti delle minoranze transessuali, con la storica sentenza *Goodwin*<sup>33</sup>. Ma prima di parlarne, occorre analizzare una sentenza precedente, la *Sheffield/Horsham*<sup>34</sup>.

### **Una fase di transizione: il caso Sheffield/Horsham**

Nel 1998, dodici anni dopo il caso *Rees*, la Corte europea dei diritti dell'uomo si trova nuovamente a decidere una questione, pressoché identica alla precedente, relativa alla situazione discriminatoria dei transessuali in Gran Bretagna. Questa volta le ricorrenti sono due, la Sig.na Sheffield e la Sig.na Horsham, entrambe registrate di sesso maschile alla nascita. Oltre a lamentare la violazione degli artt. 8 e 12 CEDU, affermano che anche l'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8, sia stato violato<sup>35</sup>. Le ricorrenti sostengono che, nonostante l'evoluzione della società e il maggiore atteggiamento di apertura nei confronti dei transessuali a livello europeo, il Regno Unito non ha adottato quelle misure necessarie a disciplinare la situazione giuridica delle persone sottopostesi a operazione di mutamento di sesso. Allegano fatti determinanti condizioni negative che influiscono sulla loro vita privata, e, più in generale, sulla loro dignità di essere umani. «Deplorano che il diritto dello Stato convenuto continui a fondarsi su un approccio restrittivo e puramente biologico per la determinazione del sesso delle persone»<sup>36</sup>. Si riferiscono agli studi del prof. J.G. Gooren, secondo cui il sesso cerebrale di una persona deve essere ritenuto uno degli indicatori determinanti

---

<sup>33</sup> Sentenza *Goodwin*, cit.

<sup>34</sup> Corte eur. dir. uomo 30 luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1998.

<sup>35</sup> Art. 14 CEDU: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza distinzione di alcuna specie, come di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione».

<sup>36</sup> Punto 43, sentenza *Sheffield/Horsham*, cit.

dell'appartenenza sessuale<sup>37</sup>. Quindi la persistenza del criterio biologico nell'attribuzione di sesso nel registro delle nascite pregiudica la loro pretesa a vedersi riconosciute come donne. Inoltre affermano che, se è possibile correggere il registro delle nascite in caso di adozione, non vedono il motivo per cui esso non possa essere modificato indicando il “nuovo” sesso acquisito<sup>38</sup>. Il governo britannico, da parte sua, ritiene che dalla sentenza *Rees* non sia mutato l'atteggiamento giuridico nei confronti dei transessuali a livello europeo, poiché non esiste una disciplina uniforme in materia. E afferma che continui a godere di un ampio margine di discrezionalità in relazione agli obblighi di cui all'art. 8 specialmente in materia di transessualità. Per la Commissione, già come nel caso *Rees*, c'è violazione della Convenzione: infatti riconosce che la situazione giuridica dei transessuali in Gran Bretagna è insoddisfacente e che le tesi del prof. Gooren sono significative<sup>39</sup>.

Tuttavia, la Corte non è dello stesso avviso della Commissione. Infatti nuovamente smonta pezzo per pezzo le tesi dei ricorrenti e della Commissione. Rifacendosi alla sentenza *Rees*, la Corte ritiene che la sostanza della doglianza continui ad essere l'uso del criterio biologico per l'assegnazione del sesso nel registro delle nascite. Ma la scelta di questo criterio rientra nell'interesse generale del governo britannico a che venga mantenuto un registro delle nascite «destinato a tener conto dei fatti storici». Le allegate prove delle sofferenze e delle umiliazioni patite dalle ricorrenti non riescono a convincere la Corte, così come neppure l'evoluzione medico-scientifica raggiunta dagli studiosi. Secondo la Corte, «se le ricerche condotte dal prof. Gooren sul ruolo del cervello nel condizionamento della transessualità possono essere considerate un contributo importante al dibattito in materia, non si può dire che tali ricerche godano del sostegno universale dei medici»<sup>40</sup>. La Corte sembra voler giustificare la non discriminatorietà della scelta dell'irrelevanza del sesso cerebrale, e quindi della liceità del rifiuto di cambiare la legislazione vigente sull'attribuzione di sesso. E si limita ad osservare che lo Stato convenuto non ha adottato misure giuridiche in tal senso, nonostante l'invito fatto già nella sentenza *Rees*<sup>41</sup>. Ecco che, nel constatare l'infondatezza delle pretese delle ricorrenti, la Corte ribadisce che lo Stato britannico «*deve operare con urgenza un*

---

<sup>37</sup> Si veda *supra*, nota 10.

<sup>38</sup> Punto 44, sentenza *Sheffield/Horsham*, cit.

<sup>39</sup> Punto 49, sentenza *Sheffield/Horsham*, cit.

<sup>40</sup> Punto 56, sentenza *Sheffield/Horsham*, cit.

<sup>41</sup> Punto 47, sentenza *Rees*, cit.

*esame permanente di tale questione»*<sup>42</sup>. Con urgenza un esame permanente: i giudici di Strasburgo invitano di nuovo il Regno Unito a prendere immediati provvedimenti, poiché la sensibilità verso le tematiche dei diritti dei transessuali è mutata ed esiste un aumento dell'accettazione sociale di quest'ultimi.

Si può ritenere che questa sentenza segni una *fase di transizione* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Non si tratta di un generico invito a provvedere, ma di un invito più forte, in qualche modo più vincolante. È il carattere dell'urgenza a determinare il mutamento della sensibilità: adesso la questione deve essere risolta nel minor tempo possibile e con gli strumenti giuridici più idonei. Parlare di urgenza significa riconoscere, se non altro in maniera indiretta, che la situazione giuridica dei transessuali è insoddisfacente. Si determina quindi ciò che chiamo una *discrasia* tra *contenuto formale* e *contenuto sostanziale* della sentenza.

Dal *contenuto formale* si ricava che la Gran Bretagna non ha superato il margine di discrezionalità, non riconoscendo sul piano giuridico il nuovo sesso dei transessuali operati perché sussiste giusto equilibrio tra la necessità di salvaguardare gli interessi dei ricorrenti e quella di preservare l'interesse generale della collettività. E le autorità britanniche di conseguenza non si ingeriscono in modo sproporzionato nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata.

Dal punto di vista del *contenuto sostanziale*, affermando che occorre un esame urgente della questione avuto riguardo alla maggiore accettazione del fenomeno della transessualità al livello europeo, riconosce che qualcosa deve cambiare, poiché i disagi patiti dagli individui "operati", alle soglie del nuovo millennio, sono intollerabili.

È una fase di transizione che tragherà finalmente i giudici di Strasburgo verso il riconoscimento dei diritti della minoranza transessuale.

### **La sentenza Goodwin: la condanna del Regno Unito e i diritti riconosciuti**

Con la sentenza *Goodwin* del 2002 si chiude l'annosa questione dei transessuali e dei loro diritti al rispetto della vita privata e a contrarre matrimonio<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Punto 62, sentenza *Sheffield/Horsham*, cit.

<sup>43</sup> Corte eur. dir. uomo 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, in *Racc.*, 2002. Nella stessa data la Corte ha pronunciato contro il Regno Unito la sentenza nel caso *I. c. Regno Unito*: la fattispecie e la pronuncia sono identiche al caso *Goodwin*.

La Sig.na Christine Goodwin, transessuale operato, lamenta la violazione degli artt. 8 e 12 CEDU, chiedendo alle autorità britanniche la rettificazione di sesso nel Birth Registry, allegando i pregiudizi giuridici subiti: incontractibilità del matrimonio, età pensionabile, assicurazione sulla vita, rapporto di lavoro e benefici correlati. Il mancato riconoscimento della nuova identità sessuale, secondo la ricorrente, è in contrasto con l'invito fatto al Regno Unito a modificare la legislazione vigente nelle sentenze *Rees* e *Sheffield/Horsham*<sup>44</sup>. Il governo argomenta la propria tesi ricalcando le sentenze precedenti. La Corte ribadisce tuttavia che occorre nuovamente prendere in considerazione la nozione di *giusto equilibrio* tra *interesse generale* e *interesse individuale*<sup>45</sup>. Sostiene che si deve esaminare la questione con un approccio dinamico dell'evoluzione sociale e scientifica in materia: c'è un conflitto tra realtà sociale e diritto, che pone «il transessuale in una situazione anomala, suscitandogli sensazioni di vulnerabilità, umiliazione e angoscia»<sup>46</sup>. E afferma che comincia a formarsi un consenso tra gli Stati contraenti in merito al riconoscimento giuridico del mutamento di sesso, cosa che non c'è al tempo del caso *Rees*, e che la modifica del registro delle nascite non pregiudica la finalità di attribuirgli rilevanza storica<sup>47</sup>.

Ma l'aspetto innovativo e rilevante ai fini della decisione è l'attenzione posta dai giudici al concetto di «dignità e libertà dell'uomo come nocciolo della Convenzione»<sup>48</sup>. Questa attenzione è il nodo centrale. *Tempus fugit*. E finalmente la Corte si sofferma sul concetto di dignità umana. È la dignità umana che va riconosciuta come diritto fondamentale di tutti gli individui senza discriminazione alcuna, come *Grundrecht aller Rechten*, come *Ur-Prinzip des Rechts*<sup>49</sup>. Sebbene la CEDU non faccia menzione del diritto alla dignità umana, esso è desumibile dall'intera Carta, soprattutto dall'art. 3, concernente il divieto di tortura, e dall'art. 4, relativo al divieto di schiavitù e di lavoro forzato. Ci sono voluti ben sedici anni perché la Corte giungesse a dire che la Convenzione è totalmente permeata dal rispetto della dignità umana. Di conseguenza, la dignità umana dei

---

<sup>44</sup> Punto 60, sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, cit.

<sup>45</sup> Punto 72, sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, cit.

<sup>46</sup> Punto 77, sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, cit.

<sup>47</sup> Punto 87, sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, cit.

<sup>48</sup> Punto 90, sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, cit.

<sup>49</sup> Su tale argomento, A. MARCHESI, *Europa e diritti dell'uomo: uno sguardo d'insieme*, in *Queste Istituzioni*, n. 103, 1995, p. 128 e ss.; G. COHEN-JONATHAN, *La Convention Européen des droits de l'homme*, seconda edizione, Paris 1989; NEDJIATI, *Human Rights under the European Convention*, Amsterdam 1978.

transessuali deve essere rispettata dalle leggi nazionali di tutti gli Stati contraenti, quale diritto fondamentale e inviolabile di ciascun individuo. C'è allora da chiedersi come mai le doglianze del Sig. Rees e delle Sig.ne Sheffield e Horsham non vengano riconosciute come relative al “superiore” diritto al rispetto della dignità umana, fondamento degli artt. 8 e 12 CEDU dedotti in giudizio. Forse perché il margine di discrezionalità di cui godono gli Stati relativo all'adempimento degli obblighi positivi discendenti da tali artt. viene esclusivamente commisurato sulla nozione di giusto equilibrio tra interesse generale e interesse individuale, ed in quei casi è sempre il primo a prevalere. Ma se si introduce il concetto di diritto al rispetto della dignità umana, necessariamente l'ago della bilancia pende verso l'interesse individuale. Infatti, non ci può essere interesse generale che tenga dinanzi alla frustrazione della dignità dell'uomo. Se, come diceva Rousseau, è la «volontà generale» degli uomini a creare lo Stato attraverso lo strumento contrattuale, allora lo Stato, espressione di tale volontà, non può assolutamente mortificare la dignità di quegli uomini che gli hanno dato vita<sup>50</sup>.

La Corte rileva quindi l'inosservanza dell'art. 8 e impone allo Stato convenuto l'obbligo di modificare la legislazione vigente sul registro delle nascite in modo da poter consentire la rettificazione di sesso<sup>51</sup>. Violando l'art. 8, il Regno Unito ha inoltre violato l'art. 12<sup>52</sup>. Infatti, se il diritto interno avesse riconosciuto la nuova identità sessuale della ricorrente, questa avrebbe potuto validamente contrarre matrimonio con il suo compagno. In questo passaggio i giudici tengono conto del fatto che in numerosi paesi, essendo riconosciuta legalmente la nuova identità sessuale, nulla osta alla valida contrazione del matrimonio: questo non è più ritenuto il tradizionale legame tra due persone di *sexu biologico differente*, ma più semplicemente un legame tra *persone di sesso differente*.

### **Ordinamento comunitario e giustizia sociale**

Gli effetti della sentenza *Goodwin* saranno significativi<sup>53</sup>. Tutte le Corti nazionali devono tenerne conto nelle loro decisioni relative alla transessualità. Anche le legislazioni nazionali restrittive dei

---

<sup>50</sup> Il riferimento è a J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* [1762], Paravia, Bologna 1956.

<sup>51</sup> Punto 93, sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, cit.

<sup>52</sup> Punti 102-104, sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, cit.

<sup>53</sup> A tal proposito, K. M SMITH, *International Decisions*, in *The American Journal of International Law*, 2003, p. 659 e ss.

diritti di cui agli artt. 8 e 12 CEDU devono essere modificate abolendo i criteri biologici per l'attribuzione di sesso nei relativi registri delle nascite. A tal proposito, nel Regno Unito, il 13 dicembre 2002, il *Lord Chancellor's Department* ha indicato la necessità di introdurre una legislazione che permetta il riconoscimento del nuovo sesso dei transessuali, il rilascio di certificati di nascita conformi al sesso acquisito e il diritto di contrarre validamente matrimonio<sup>54</sup>.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha reso giustizia al popolo dei transessuali. Ha reso giustizia alle umiliazioni e discriminazioni patite per decenni. Finalmente, è riconosciuta la libertà di identità sessuale, la libertà di decidere chi essere indipendentemente da criteri freddamente scientifici che nulla hanno a che fare con la dimensione vitale dell'individuo.

La sentenza *Goodwin* è una sentenza che, a mio avviso, può essere definita *etica*. È etica perché conforme all'evoluzione dell'atteggiamento di accettazione sociale nei confronti dei transessuali. È etica perché riconosce il diritto a vivere senza vergognarsi della propria identità di genere. È infine etica perché riconosce ai transessuali i medesimi diritti di cui sono titolari i soggetti non affetti da «disforia di genere» o da «turbe dell'identità sessuale».

In tutti gli Stati democratici, anche i transessuali hanno i loro diritti fondamentali e inviolabili.

### **Il divieto della discriminazione**

La Corte di giustizia delle Comunità europee si è trovata a decidere su questioni relative a discriminazioni fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale nell'interpretazione del Trattato della Comunità europea [TCE] (divenuto Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea [TFUE] con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007). In particolare, ha dovuto esaminare il problema dell'analisi ermeneutica dell'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE), concernente il *principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile*<sup>55</sup>, e della

---

<sup>54</sup> Lord Chancellor's Department, Press Notice 441|02, reperibile sul sito ufficiale d'informazione sull'attività del governo del Regno Unito, in <http://www.gnn.gov.uk>

<sup>55</sup> Art. 141 TCE (art. 157 TFUE): «1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. 2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica: a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base ad una stessa unità di misura; b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro. 3. *omissis*. 4. *omissis*».

direttiva emanata in applicazione di tale disposizione<sup>56</sup>. Inoltre si è confrontata con il *principio di parità di trattamento tra uomini e donne nell'ambito del rapporto di lavoro*, quale risultante dalla direttiva 76|207|CEE<sup>57</sup>.

I casi riguardano il fenomeno del transessualismo e dell'omosessualità nell'ambito del rapporto di lavoro: i giudici nazionali hanno chiesto alla Corte, con domanda pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 TCE (oggi art. 267 TFUE), se il divieto di discriminazione fondata sul sesso significhi anche *divieto di discriminazione fondata sul mutamento di sesso*, e ancora *divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*<sup>58</sup>.

Prima di esaminare le sentenze e le soluzioni prospettate dalla Corte di Lussemburgo, occorre fare un accenno al rapporto esistente fra i Trattati istitutivi delle Comunità europee e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cioè fra Unione Europea e diritti fondamentali.

L'art. 6 comma 2 del Trattato sull'Unione Europea fa riferimento al rispetto dei «diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario». I diritti derivanti dalla CEDU fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di quei principi che, insieme alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, costituiscono un parametro di legittimità dell'intera azione comunitaria.

La Comunità non è formalmente vincolata al rispetto della CEDU, in quanto non è “Stato contraente”. Prima del Trattato di Maastricht, e del conseguente inserimento dell'art. 6 comma 2 [ex art. F comma 2], è stata la giurisprudenza della Corte di giustizia ad introdurre, nell'ordinamento

---

<sup>56</sup> Direttiva n. 75|117|CEE del 10 febbraio 1975, «per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile», in *Guce* n. L 45 del 19 febbraio 1975, p. 19.

<sup>57</sup> Direttiva n. 76|207|CEE del 9 febbraio 1976, «relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e alle condizioni di lavoro», in *Guce* n. L 39 del 14 febbraio 1976, p. 40.

<sup>58</sup> Cfr. P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, pp. 609-619.

comunitario, la necessità del rispetto dei diritti fondamentali della persona umana<sup>59</sup>, in modo da colmare le lacune dei Trattati precedenti<sup>60</sup>.

Non un'adesione formale, ma un'adesione sostanziale alla Convenzione<sup>61</sup>.

### **Il divieto di licenziamento di un transessuale per motivi connessi al mutamento di sesso: il caso P. c. S. e Cornwall County Council<sup>62</sup>**

Nel 1994 l'*Industrial Tribunal* di Truro sottopone alla Corte di giustizia una domanda pregiudiziale concernente l'interpretazione della direttiva 76|207|CEE [d'ora in poi: direttiva], «relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e alle condizioni di lavoro»<sup>63</sup>. Il *Tribunal* chiede se il licenziamento di un lavoratore a causa della sua condizione di transessuale costituisca violazione di tale direttiva, cioè se sia avvenuta una discriminazione fondata sul sesso, o meglio sul “mutamento di sesso”. Più in particolare, la presunta denunciata violazione è quella riguardante l'art. 5, che dispone: «L'applicazione del principio di parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, *comprese le condizioni di licenziamento*, implica che siano

---

<sup>59</sup> Sentenza *Stauder*, 12 novembre 1969, causa 29|69, in *Racc.*, p. I-419; sentenza *Internationale Handelgesellschaft*, 17 dicembre 1970, causa 11|70, in *Racc.*, p. I-1125.

<sup>60</sup> Cfr. L. SCUDIERO, *Comunità europea e diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire?*, in *Rivista di diritto europeo*, 1996, pp. 263 e ss.; E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità Europea dopo Maastricht*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p.163 e ss.

<sup>61</sup> Esiste in materia un'ampia letteratura, alla quale rimando per un approfondimenti: P. PESCATORE, *The Protection of Human Rights in the European Communities*, in *C.M.L.R.*, 1972, p. 73 e ss.; M.A. DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rev. Trim. de Dr. Eur.*, 1984, p. 401 e ss.; M. SØERENSEN, *Punti di contatto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978, p. 163 e ss.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 1992, p. 426 e ss.; L. FERRARI BRAVO, *Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto europeo*, 1979, p. 347 e ss.; M.R. SAULLE, *Recenti sviluppi della tutela dei diritti individuali in Europa*, in *Rivista di diritto europeo*, 1976, p. 226 e ss.; F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *R.D.I.*, 1980, p. 5 e ss.; A. ROTTOLA, *L'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto europeo*, 1980, p. 19 e ss.; G. SPERDUTI, *La rattachement des Communautés Européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Revue du Marché Commun.*, 1980, p. 170 e ss.; R. ADAM, *La prospettata adesione delle Comunità alla Convenzione di Roma: si devono anche modificare i Trattati comunitari?*, in *R.D.I.*, 1980, p. 883 e ss.; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *R.D.I.*, 1980, p. 574 e ss.; G. GAJA, *Verso l'adesione della Comunità Europea alla Convenzione di Roma*, in *I diritti dell'uomo*, 1991, p. 13 e ss.; G. COHEN-JONATHAN, *L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Jour. Trib. Droit. Europ.*, 1995, p.50 e ss.

<sup>62</sup> Corte giust., 30 aprile 1996, causa C-13|94, *P. c. C. e Cornawall County Council*, in *Racc.*, p. I-2143 e ss.

<sup>63</sup> Direttiva 76|207|CEE, cit.



garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso»<sup>64</sup>.

La fattispecie in esame si riferisce al licenziamento di una donna di sesso biologico maschile, dopo l'annuncio di sottoporsi all'operazione chirurgica per il mutamento di sesso. È impiegata come amministratore presso un istituto di insegnamento, dipendente dal Cornwall County Council. Nel settembre del 1992 riceve un preavviso di licenziamento e nel dicembre dello stesso anno viene licenziata. Si rivolge quindi all'*Industrial Tribunal* di *Truro* sostenendo di essere vittima di una discriminazione fondata sul sesso.

I convenuti rispondono che il licenziamento è dovuto ad esubero del personale<sup>65</sup>. In effetti il *Tribunal* rileva che il licenziamento è dovuto all'intenzione della ricorrente di cambiare sesso: se P. fosse stata di sesso biologico femminile prima dell'operazione di mutamento di sesso, S. l'avrebbe comunque licenziata. A parere del giudice inglese, sussiste una discriminazione fondata sul sesso<sup>66</sup>. Ma il problema centrale del caso è costituito dal *Sex Discrimination Act* del 1975, Statute law di diritto interno britannico, che non fornisce alcuna soluzione utile della fattispecie. In tale Statute law si fa esclusivo riferimento ai concetti che il senso comune ha di uomo e di donna, "biologicamente intesi": nessuna disposizione è dettata per vietare le discriminazioni nei confronti dei transessuali<sup>67</sup>. Necessariamente i giudici inglesi devono guardare all'"ambito comunitario".

L'avvocato generale Tesauo, grazie alle sue innovative argomentazioni, chiede alla Corte una «scelta coraggiosa»<sup>68</sup>. E riesce a convincere i giudici di Lussemburgo. Dopo vari riferimenti al concetto di transessualismo, al diritto al mutamento di sesso e alla rettificazione nel registro delle nascite garantito da molti Stati della Comunità, passa ad esaminare i punti di diritto. E rileva che la direttiva in questione, quando parla di parità di trattamento, si rifà alla naturale dicotomia uomo|donna. Ma allarga il concetto di discriminazione uomo|donna al concetto di discriminazione

---

<sup>64</sup> Corsivo mio.

<sup>65</sup> Punto 5, causa *P.*, cit.

<sup>66</sup> Punti 6 e 7, causa *P.*, cit.

<sup>67</sup> In effetti, è impensabile che negli anni '70 ci sia nel Regno Unito una disciplina a tutela dei transessuali, dato che nemmeno nel 1986 la tutela viene accordata con la citata sentenza *Rees*, e che il fenomeno del transessualismo è di recente evoluzione.

<sup>68</sup> Punto 24, *Conclusioni dell'avvocato generale*, causa C-13|94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, in *Racc.*, p. I-2143 e ss.

fondata sul *fattore sesso*<sup>69</sup>: negare tutela a chi non appartiene alla tradizionale distinzione uomo|donna è discriminatorio. P. non sarebbe stata licenziata se fosse rimasta uomo.

Non solo. Tesauro pone anche l'accento sul principio di uguaglianza, dal quale sorgono diritti fondamentali e inviolabili per ciascun individuo<sup>70</sup>. Il principio d'uguaglianza sta alla base del divieto di discriminazione, e dunque ispira l'intera direttiva. Non c'è uguaglianza se c'è discriminazione. A parità di situazioni, è sempre necessaria una parità di trattamento. E l'uguaglianza, che la direttiva intende garantire, è *sostanziale*: per dirla con l'art. 3 comma 2 della nostra Costituzione, si vuole rimuovere ogni ostacolo che offenda la pari dignità e promuovere una politica che consenta la piena e libera affermazione della persona. La discriminazione è possibile esclusivamente se vagliata alla luce del *principio di ragionevolezza*. E la discriminazione fondata sul sesso del transessuale è irragionevole.

Esistendo la libertà d'identità sessuale, garantita dalla maggior parte degli Stati membri che permettono il mutamento di sesso e un riconoscimento giuridico della loro condizione, non può non applicarsi ai transessuali il principio di parità di trattamento nell'ambito lavorativo. E come dice Tesauro, al termine delle sue *Conclusioni*, «una diversa soluzione suonerebbe come una condanna morale, peraltro fuori dal tempo, del transessualismo»<sup>71</sup>.

La Corte fa proprie le *Conclusioni* di Tesauro<sup>72</sup>. Rinvia alla definizione di transessualismo data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Rees*<sup>73</sup>. E afferma che la direttiva è espressione del principio d'uguaglianza, quale principio fondamentale del diritto comunitario, e che di conseguenza la sfera d'applicazione della direttiva deve estendersi alla discriminazioni fondate sul mutamento sessuale.

---

<sup>69</sup> Punto 16, secondo considerando, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>70</sup> Punto 19, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>71</sup> Punto 24, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>72</sup> P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, cit.

<sup>73</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Rees*, cit.

Nel constatare la violazione dell'art. 5 della direttiva, la Corte dichiara: «Il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare»<sup>74</sup>.

Alla luce della sentenza *P.* il Regno Unito ha adottato i *Sex Discrimination Gender Reassignment Regulations* del 1999. Tale normativa ha emendato il *Sex Discrimination Act* del 1975, includendo nell'ambito di applicazione di quest'ultimo la discriminazione diretta nei confronti di qualsiasi lavoratore dipendente per il fatto di aver mutato sesso.

Se nel caso *Goodwin*, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, è il concetto di dignità umana ad offrire la soluzione, nel caso *P.* è il concetto d'uguaglianza ad assurgere a criterio principale per la soddisfazione dell'interesse del ricorrente transessuale. Il principio d'uguaglianza non è che uno dei molteplici risvolti giuridici del diritto al rispetto della dignità umana. Il principio di parità di trattamento sancito nella direttiva è quindi espressione del diritto alla dignità della persona umana.

Non si può negare tutela al transessuale per il solo fatto di essere tale, perché si violerebbe la dignità della persona: e la dignità della persona è *Grundnorm* di ciascun ordinamento interno degli Stati membri, e di conseguenza dell'intero ordinamento comunitario. La dignità comporta il libero e pieno sviluppo della personalità di ciascun individuo. Il transessuale sceglie liberamente di disporre del proprio corpo in modo da adattarlo al suo sesso psichico. È questo adattamento del corpo a determinare lo sviluppo pieno della personalità del transessuale. Senza il mutamento del sesso si sentirebbe privato della propria *suitas*, con conseguente mortificazione della sua dignità di individuo. La giustizia comunitaria non può non ravvisare una discriminazione fondata sul sesso del lavoratore: tutti hanno diritto alla parità di trattamento in ambito lavorativo, anche i "diversi", quelli che sfuggono alla tradizionale distinzione uomo|donna.

La sentenza in questione travalica la portata della direttiva. Investe l'intero ambito comunitario diventando un monito per le istituzioni della Comunità e per quelle degli Stati membri, per i giudici della Corte e per i giudici nazionali: la discriminazione sessuale, come tutte le altre forme di discriminazione, non deve far parte dell'Unione Europea, in quanto fondata e composta da Stati

---

<sup>74</sup> Punto 22, causa *P.*, cit.

democratici che ripudiano per essenza qualsiasi forma di irragionevole differenziazione di trattamento.

### **Il mancato riconoscimento della libertà di orientamento sessuale caso Grant c. SWT<sup>75</sup>**

Traendo spunto dalla sentenza *P.*, la Sig.na Grant, dipendente della *South West Trains Ltd*, si rivolge all'*Industrial Tribunal* di Southampton, lamentando la violazione dell'art. 141 TCE<sup>76</sup> (oggi art. 157 TFUE), da parte dello *Staff Travel Facilities Privilege Ticket Regulation* della suddetta compagnia ferroviaria e sostenendo la presenza di una discriminazione fondata sul sesso. In particolare, la Sig.ra Grant chiede al datore di lavoro che vengano concesse agevolazioni di viaggio alla sua compagna, la Sig.ra Percey, convivente da più di due anni; tali agevolazioni, però, sulla base del *Ticket Regulation*, le vengono rifiutate. Infatti l'art. 8 prevede che le agevolazioni di viaggio possano essere concesse al coniuge del dipendente o al *convivente di sesso opposto*, in caso di coabitazione significativa protratta oltre due anni<sup>77</sup>. La Sig.ra Grant sostiene che il dipendente che occupava in precedenza il suo posto di lavoro ha ottenuto agevolazioni di viaggio per la convivente e che questo fatto costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso.

Poiché con la sentenza *Garland* la Corte di giustizia ha dichiarato che le agevolazioni di trasporto a favore dei dipendenti di una società costituiscono una retribuzione ai sensi dell'art. 141 TCE<sup>78</sup> (oggi art. 157 TFUE), l'*Industrial Tribunal* di Southampton chiede ai giudici di Lussemburgo, con domanda pregiudiziale, se il diniego di concedere agevolazioni di trasporto nel caso specifico sia compatibile con l'art. 141 TCE e con la direttiva 75|117<sup>79</sup>.

L'avvocato generale Michael B. Elmer, nelle sue *Conclusioni*, afferma che la nozione di discriminazione fondata sul sesso, alla luce della sentenza *P.*, possa essere estesa fino a ricomprendere la nozione di *discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*<sup>80</sup>. Infatti, se da un lato l'art. 8 richiede come requisito per la concessione dei benefici la convivenza significativa da

---

<sup>75</sup> Corte giust. 17 febbraio 1998, causa C-249|96, *Grant c. South West Trains Ltd*, in *Racc.*, p. I-621.

<sup>76</sup> Per il contenuto dell'art. 141, *supra*, nota 1.

<sup>77</sup> L'art. 8 parla di «*common law opposite sex spouse*» per indicare il convivente di sesso opposto.

<sup>78</sup> Corte giust. 9 febbraio 1982, causa n.12|81, *Garland*, in *Racc.*, 1982, p. I-359.

<sup>79</sup> Direttiva n. 75|117|CEE, cit.

<sup>80</sup> *Conclusioni dell'avvocato generale*, causa C-249|96, in *Racc.*, p. 621 e ss.

più di due anni con una persona di sesso opposto, investendo indirettamente l'orientamento sessuale del dipendente, dall'altro gli artt. 10 e 12 in tema di agevolazioni per figli e familiari a carico prescindono da qualsiasi riferimento al sesso o alle preferenze sessuali<sup>81</sup>. Secondo Elmer, dal punto di vista della fattispecie astratta dell'art. 8, la discriminazione viene effettuata in base al sesso, quale criterio decisivo della disposizione: se la norma si fosse riferita al *sex spouse*, al convivente *more uxorio*, senza il requisito dell'*opposite*, l'agevolazione di trasporto sarebbe stata concessa.

Consapevole della portata innovativa della sentenza *P.*, Elmer afferma, inoltre, che l'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE) osta a qualunque discriminazione dei lavoratori subordinati fondata sul sesso, anche sul sesso del compagno convivente<sup>82</sup>.

Il nodo centrale intorno al quale ruota l'intera vicenda è proprio la definizione di *common law opposite sex spouse*. Più in generale, ci si chiede se la causa riguardi una questione di diritto di famiglia che esula dal TCE e se, nel caso di specie, la situazione delle coppie omosessuali debba essere equiparata a quella delle coppie eterosessuali.

L'espressione *common law spouse* non corrisponde nel Regno Unito ad una definizione di Statute law o di common law<sup>83</sup>. È una definizione meta-giuridica, utilizzata esclusivamente nel linguaggio corrente: nulla vieta che tale definizione possa ricomprendere conviventi dello stesso sesso. La discriminazione fondata sul sesso, in effetti, non risulta dal diritto vigente nel Regno Unito perché la materia del diritto di famiglia non è devoluta alla competenza della Comunità: ciascuno Stato membro può disciplinare lo *status* delle coppie di fatto, e a maggior ragione delle coppie omosessuali, nella maniera che ritiene più opportuna. Di conseguenza, il dubbio sollevato nel processo *a quo* ricade nell'ambito comunitario.

«The judgement in *Grant* neatly divided its consideration of the application of Article 141 E.C. into two main elements»<sup>84</sup>. La Corte prima valuta se il rifiuto di concedere agevolazioni alla ricorrente, concesse al suo predecessore, costituisce una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale, espressione della più generica discriminazione fondata sul sesso. Poi esamina se le

---

<sup>81</sup> Punto 21, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>82</sup> Punto 16, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>83</sup> Punto 30, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>84</sup> T. CONNOR, *Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in Employment in Respect of Same Sex Partners*, in *European Law Review*, 1998, p. 378.

relazioni stabili fra due persone dello stesso sesso debbano equipararsi, nel diritto comunitario, a quelle fra persone di sesso diverso.

In primo luogo i giudici non ravvisano un'ipotesi di discriminazione diretta: la condizione stabilita dal *Ticket Regulation* si applica allo stesso modo ai lavoratori di sesso maschile e a quelli di sesso femminile: la Sig.ra Grant non è discriminata, semplicemente non possiede i requisiti previsti dal regolamento aziendale<sup>85</sup>. In secondo luogo, sostengono che, sebbene i diritti di vari Stati membri equiparino sempre più spesso le coppie omosessuali alle coppie coniugate o conviventi eterosessuali, la Comunità non ha emanato norme che implicano una equiparazione del genere<sup>86</sup>. E che mancando tale equiparazione, il datore di lavoro può legittimamente discriminare la situazione di una coppia omosessuale rispetto a una coppia formata da individui di sesso opposto. È compito del diritto interno incidere su tale situazione<sup>87</sup>. Inoltre il rispetto dei diritti fondamentali non può comportare l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità<sup>88</sup>.

La sentenza *Grant* è, a mio parere, regressiva. Rappresenta un passo indietro rispetto al caso *P*. Sotto il profilo giuridico ed etico, è difficile da comprendere. Difficile da accettare. È una condanna irragionevole dell'omosessualità.

Le motivazioni della Corte sono poi insoddisfacenti. Non convince l'argomentazione secondo la quale il concetto di discriminazione fondata sul sesso non possa comprendere quello di discriminazione sessuale, perché nell'appartenenza sessuale si trova la libertà di preferenza sessuale. Sesso non significa solamente appartenenza ad un genere dal punto di vista prettamente anatomico, significa anche inclinazione sessuale<sup>89</sup>. Come il transessuale muta il proprio sesso perché vuole adattarlo al suo sesso psichico e intrattenere una effettiva relazione sessuale con una persona di sesso opposto al suo sesso acquisito, non vedo perché l'omosessuale non possa intrattenere una relazione senza essere discriminato dal suo datore di lavoro. Non sono quindi

---

<sup>85</sup> Punto 28, causa *Grant*, cit.

<sup>86</sup> Punto 31, causa *Grant*, cit.

<sup>87</sup> Punti 35 e 36, causa *Grant*, cit.

<sup>88</sup> Punto 45, causa *Grant*, cit. Sul tema del rapporto tra Comunità e diritti fondamentali, *supra*, cap. II.

<sup>89</sup> A conforto di questa mia interpretazione, rinvio al *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, 19 dicembre 1966, in *Raccolta dei trattati delle Nazioni Unite*, vol. 999, p. 171. A parere del Comitato dei diritti dell'uomo, la nozione di «sesso» riguarderebbe anche «le preferenze sessuali».

d'accordo con Pallaro, che scrive: «la libertà di scelta di comportamenti e costumi sessuali non concerne l'appartenenza ad un determinato sesso»<sup>90</sup>. E che ne è del principio d'uguaglianza tanto sbandierato dalla Corte nella sentenza *P.*?

Siamo in presenza di una discriminazione irragionevole: c'è parità di situazioni, ma non parità di trattamento giuridico. La Corte si basa sull'assunto che non esiste negli Stati membri una disciplina uniforme che equipari le coppie omosessuali a quelle eterosessuali. Si perde nel labirinto di una interpretazione restrittiva dell'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE). Accorda protezione giuridica ai transessuali, ma non agli omosessuali. C'è una ragione di fondo, una ragione quasi inconscia, che pretende di giustificare tale comportamento. I transessuali, già nella sentenza *Rees* della Corte europea dei diritti dell'uomo, sono considerati malati da aiutare, da comprendere e proteggere, da tutelare a livello sociale e giuridico. Al contrario, gli omosessuali non godono di alcuna protezione. La stessa Corte di Strasburgo considera le relazioni omosessuali durevoli non rientranti nell'ambito d'applicazione del diritto al rispetto della vita familiare tutelato dall'art. 8 CEDU<sup>91</sup>.

Finché gli Stati membri non adotteranno una disciplina giuridica uniforme a tutela dell'omosessualità, con la conseguenza di cambiare l'approccio comunitario in materia, gli omosessuali saranno calpestati nei propri diritti fondamentali, vittime innocenti, vittime sacrificali.

### **Il diritto alla pensione di reversibilità per il compagno transessuale: il caso K. B. c. Regno Unito**

Nel 2001 la *Court of Appeal of England and Wales* presenta alla Corte di giustizia domanda pregiudiziale circa l'interpretazione dell'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE), delle direttive 75|117|CEE e 76|207|CEE<sup>92</sup>. Il caso riguarda il rifiuto del *National Health Service* [NHS] di concedere, al momento debito, una pensione di reversibilità per il compagno transessuale della ricorrente.

---

<sup>90</sup> P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, cit., p. 617.

<sup>91</sup> Corte eur. dir. uomo, 3 maggio 1983, *X. e Y. c. Regno Unito*, n. 9369|81, D R 32, p. I-220; Corte eur. dir. uomo, 14 maggio 1986, *S. c. Regno Unito*, n. 11716|85, D R 47, p. I-274.

<sup>92</sup> Corte giust. 7 gennaio 2004, causa C-117|01, *K.B. c. Regno Unito*, non ancora pubblicata. È reperibile sul sito ufficiale della Corte di Giustizia: <http://curia.eu.int>.

K. B. ha lavorato come infermiera presso l'*NHS* per 20 anni, durante i quali ha versato i contributi al regime previdenziale dell'*NHS* [*NHS Pension Scheme*]: questo prevede la pensione di reversibilità per il coniuge superstite. Il suo compagno, R., è un transessuale operato, di sesso biologico femminile. K. B. si rivolge ai giudici inglesi, chiedendo che R. possa beneficiare della pensione di reversibilità. Il problema è posto dal diritto interno: K. B. ed R. non possono contrarre matrimonio perché non è consentita la rettifica di sesso nel registro delle nascite. K. B. sostiene di essere vittima di una discriminazione sessuale di natura retributiva, in contrasto con l'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE) e la direttiva 75/117/CEE: la discriminazione non deriverebbe direttamente dalla condizione sessuale della ricorrente o da quella del suo convivente, bensì dal diritto nazionale britannico che, non consentendo la rettifica di sesso, impedisce il matrimonio, requisito determinante per la concessione della pensione di reversibilità.

Così ragionando, K. B. afferma che la doglianza non è connessa al diritto dei transessuali a contrarre matrimonio, poiché tale materia non rientra nelle competenze comunitarie, né alle discriminazioni di cui sono vittime le coppie omosessuali, dato che in questo caso c'è una relazione di tipo *sostanzialmente* eterosessuale. Infatti, se K. B. avesse ancorato la propria pretesa all'argomento secondo cui una coppia omosessuale è vittima di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, tale sua pretesa «sarebbe naufragata sullo scoglio della giurisprudenza *Grant*»<sup>93</sup>. La ricorrente non chiede il riconoscimento della possibilità per i transessuali di contrarre matrimonio. Chiede il riconoscimento del diritto a che le coppie composte da un transessuale siano equiparate alle coppie di coniugi per quanto riguarda la concessione di prestazioni pensionistiche.

K. B. asserisce che la Corte dovrebbe seguire la giurisprudenza *P.*<sup>94</sup>, secondo cui il diritto comunitario «osta al licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso»: basterebbe sostituire l'espressione «licenziamento di un transessuale» con l'espressione «diniego di una pensione a un transessuale»<sup>95</sup>. Per dirla con la giurisprudenza *P.*, K. B. è discriminata sulla base del mutamento di sesso del compagno. Se questi non fosse stato un transessuale, avrebbe potuto sposare K. B. e di conseguenza essere validamente designato quale

---

<sup>93</sup> E. BATTAGLIA, *Sesso e orientamento sessuale nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K. B. c. Regno Unito*, cit., p. 602.

<sup>94</sup> Corte giust., 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. C. e Cornwall County Council*, cit.

<sup>95</sup> Punto 43, *Conclusioni dell'avvocato generale*, 10 giugno 2003, causa C-117/01, non pubblicate ma reperibili al sito internet <http://curia.eu.int>.



beneficiario della pensione di reversibilità in qualità di coniuge superstite. Inoltre K. B. sostiene che la condizione del matrimonio costituisce una discriminazione indiretta nei confronti dei transessuali: in una coppia eterosessuale, in cui uno dei partner è transessuale, questa condizione non può mai essere soddisfatta.

Per quanto riguarda il diritto comunitario applicabile, secondo una giurisprudenza costante, la nozione di retribuzione definita dall'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE) non si estende alle prestazioni previdenziali e alle pensioni di vecchiaia disciplinate dalla legge<sup>96</sup>. Ma tale nozione comprende le prestazioni concesse in virtù di un regime pensionistico convenzionale. Dipendono dal posto coperto dall'interessato, poiché si ricollegano alla retribuzione<sup>97</sup>.

La Corte di giustizia ha dichiarato che la pensione di reversibilità al coniuge superstite rientra nel principio di parità di retribuzione sancito dall'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE): la pensione spetta al superstite in virtù del *rapporto di lavoro* tra datore di lavoro e coniuge lavoratore. Di conseguenza, il coniuge superstite può invocare l'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE) per ottenere il riconoscimento della pensione di reversibilità<sup>98</sup>.

L'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, nelle sue *Conclusioni*<sup>99</sup>, rinvia alla sentenza *Goodwin* della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>100</sup>. E sostiene che la fattispecie deve essere esaminata alla luce della giurisprudenza innovativa della Corte di Strasburgo<sup>101</sup>.

Il caso *K. B.* presenta profili ricollegabili ai casi *P.* e *Grant*, di cui la Corte tiene debitamente conto. Come risulta dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 14 dicembre 2000, la *Court of Appeal* domanda quale sia il criterio distintivo su cui si fondano le sentenze *P.* e *Grant*<sup>102</sup>. Se si suppone, seguendo la giurisprudenza *Grant*, che l'esclusione dei conviventi omosessuali (K. B. e R. risultano tali secondo il diritto britannico) dalle prestazioni pensionistiche non sia direttamente

---

<sup>96</sup> Corte giust., 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, in *Racc.*, p. I-889, punto 22; Corte giust., 28 settembre 1994, causa C-7/93, *Beune*, in *Racc.*, p. I-4471, punto 44; Corte giust., 25 maggio 2000, causa C-50/99.

<sup>97</sup> Corte giust., 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka*, in *Racc.*, p. I-1607, punto 22; *Barber*, cit., punto 28; *Beune*, cit., punto 46; Corte giust., 10 febbraio 2000, cause riunite C-234/96 e C-235/96, *Deutsche Telekom*, in *Racc.*, p. I-799, punto 32.

<sup>98</sup> Corte giust., 28 settembre 1994, causa C-200/91, *Coloroll Pension Trustees*, in *Racc.*, p. I-4389, punto 19.

<sup>99</sup> *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>100</sup> Corte eur. dir. uomo 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*, esaminata nel cap. I, § 4.

<sup>101</sup> Punti 34 e 35, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>102</sup> Punto 37 a, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

discriminatoria qualora si applichi indistintamente agli uomini e alle donne, allora questo principio deve valere anche per la causa *K. B.* riguardo all'esclusione di coppie non sposate. Se invece, in base alla giurisprudenza *P.*, il sesso, come motivo di discriminazione, comprende l'identità sessuale ma non l'orientamento sessuale, allora nel caso *K. B.* deve ravvisarsi una discriminazione diretta fondata sul sesso, specificamente sul mutamento di sesso. Inoltre la *Court of Appeal* chiede se siano violati gli artt. 8 e 14 della CEDU.

I giudici inglesi ritengono che non si possa parlare di discriminazione indiretta, perché il matrimonio non è una condizione che incide in maniera differenziata sugli uomini e sulle donne che hanno una relazione con un transessuale: significherebbe considerare a torto i transessuali come un "terzo sesso"<sup>103</sup>.

Il Regno Unito, come già nei procedimenti nazionali dinanzi all'*Employment Tribunal* e all'*Employment Appeal Tribunal* di Londra, rinvia alla sentenza *Grant* per sostenere che non c'è una diretta discriminazione fondata sul sesso: il diniego della pensione di reversibilità opera tanto nei confronti di un uomo quanto nei confronti di una donna non legati da vincolo matrimoniale, indipendentemente dal motivo per cui non possono contrarre valido matrimonio<sup>104</sup>. Ciò avverrebbe, non solo nel caso in cui un compagno sia transessuale, ma anche nel caso di impedimenti di altra natura, come l'incapacità d'agire, il legame stretto di parentela, etc.

L'avvocato generale Colomer analizza la questione pregiudiziale alla luce delle sentenze *P.* e *Grant*. E sostiene che queste due sentenze sono irrilevanti perché il diniego della pensione di reversibilità non ha origine nel mutamento di sesso o nell'orientamento sessuale, ma nell'incapacità di soddisfare il requisito per la concessione della pensione di reversibilità, cioè la contrazione di un valido matrimonio, o meglio la diversità di sesso della coppia<sup>105</sup>. La questione pregiudiziale verte di conseguenza sulla compatibilità di una normativa nazionale, che, non consentendo a un transessuale di contrarre matrimonio, gli nega il diritto alla pensione di reversibilità. Il punto centrale, a differenza che nella sentenza *P.*, è dunque il fatto che «la discriminazione controversa non riguarda direttamente il godimento di un diritto tutelato dal Trattato, bensì uno dei suoi presupposti. Naturalmente, la disparità di trattamento incide non sul riconoscimento di una pensione di

---

<sup>103</sup> Punto 38, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>104</sup> Punto 20, causa *K. B. c. Regno Unito*, cit.

<sup>105</sup> Punto 52, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

reversibilità per vedovi, ma soltanto su quello di una condizione previa necessaria: la capacità di contrarre matrimonio»<sup>106</sup>.

La Corte fa propria questa argomentazione dell'avvocato generale. Se da un lato la possibilità di riservare determinati benefici alle coppie sposate spetta unicamente alla scelta discrezionale del legislatore, e di conseguenza non si può parlare di discriminazione fondata sul sesso, dall'altro nel caso in esame esiste una discriminazione che incide su un requisito per la concessione della pensione di reversibilità<sup>107</sup>. E quindi una disparità di trattamento che non verte su uno dei diritti tutelati dal Trattato, ma su uno dei suoi presupposti principali. I giudici di Lussemburgo, come suggerito da Colomer, rinviano alla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, in specie alla sentenza *Goodwin*, che ha censurato il diniego del Regno Unito di rettificare il registro delle nascite e di riconoscere il sesso postoperatorio dei transessuali. Di conseguenza, alla luce di quanto stabilisce l'art. 6 comma 2 TUE, ovvero che l'Unione europea rispetta i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU quali principi generali del diritto comunitario, e di quanto detto a proposito dell'idoneità di tali principi ad assurgere a parametri di legittimità dell'azione comunitaria, la Corte non può che constatare una disparità di trattamento. Infatti, una legislazione che, impedendo il matrimonio a una coppia in cui un partner è transessuale, non gli riconosce il diritto a godere di un elemento della retribuzione dell'altro, è in linea di principio contraria all'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE)<sup>108</sup>.

La Corte rimette al giudice del rinvio il compito di verificare se K. B. possa invocare l'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE) ai fini del riconoscimento di una pensione di reversibilità a favore del compagno transessuale<sup>109</sup>.

Come si spiega allora questo rinvio che la Corte opera a favore della discrezionalità del giudice nazionale?

Innanzitutto occorre ribadire che la Corte di Strasburgo, con la sentenza *Goodwin*, ha stabilito che le normative nazionali devono consentire ai transessuali il diritto a contrarre matrimonio. Ma la stessa Corte ha rimesso alla discrezionalità degli Stati membri la scelta del criterio in base al quale

---

<sup>106</sup> Punto 74, *Conclusioni dell'avvocato generale*, cit.

<sup>107</sup> Punti 28, 29 e 30, sentenza *K. B. c. Regno Unito*, cit.

<sup>108</sup> Punto 34, sentenza *K. B. c. Regno Unito*, cit.

<sup>109</sup> Punto 37, sentenza *K. B. c. Regno Unito*, cit.

il mutamento di sesso debba ritenersi avvenuto. Il giudice inglese ha il compito di valutare se, ai sensi della legislazione britannica, R. possa essere considerato un transessuale. Qualora R. sia considerato un transessuale a tutti gli effetti di legge, K. B. è legittimata ad invocare l'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE) perché il compagno sia beneficiario di una pensione di reversibilità. La *Court of Appeal* dovrà disapplicare la normativa nazionale contrastante con il diritto comunitario.

La sentenza *K. B.* si pone in linea con il generale riconoscimento dei diritti a favore dei transessuali. Il fulcro della decisione consiste nel riferimento alla sentenza *Goodwin*. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è un limite invalicabile tanto per il giudice comunitario quanto per il giudice nazionale. I diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione sono presupposti dai quali la Comunità non può e non deve prescindere. Senza la sentenza *Goodwin* la Corte di giustizia non avrebbe mai preso una decisione favorevole alla ricorrente K. B. Se nella sentenza *Grant* la Corte di giustizia sostiene che il rispetto dei diritti fondamentali non può comportare l'ampliamento della sfera d'applicazione del Trattato oltre i poteri della Comunità, con la sentenza *K. B.* i giudici comunitari lasciano intendere che l'interpretazione delle norme del Trattato alla luce dei principi fondamentali può rinnovarne ed estenderne l'ambito di applicazione: in caso contrario, il diritto comunitario sarebbe un sistema immutabile, non adattabile alle variegate esigenze del contesto sociale.

## Conclusioni

I transessuali hanno vinto. Hanno vinto tanto sul fronte del diritto comunitario, e di conseguenza del diritto nazionale, quanto sul fronte dei diritti fondamentali e inviolabili dell'individuo. Nessuna istituzione nazionale o comunitaria potrà emanare una legislazione irragionevolmente discriminatoria nei loro confronti. Le istituzioni, soprattutto quelle degli Stati membri più conservatori, come il Regno Unito e l'Irlanda, dovranno, volenti o nolenti, rinunciare alle loro concezioni morali fondate su retaggi del passato in favore di leggi che tutelino effettivamente i transessuali.

La vittoria della minoranza transessuale non è giunta subito, ma attraverso un lungo e doloroso cammino d'interpretazione giurisprudenziale. Ci sono state sentenze che tutto hanno fatto tranne che rendere giustizia. E in questo lasso di tempo consumato nell'ingiustizia, le Corti nazionali hanno potuto (e voluto) interpretare le leggi in maniera discriminatoria, conformemente alle proprie

concezioni. Solo grazie al coraggio dei giudici comunitari e dei giudici di Strasburgo la situazione è cambiata. Questi hanno dimostrato che il diritto non è né inalterabile, né costante. Il diritto è storico, muta con il mutare delle esigenze sociali, politiche, economiche. E tali esigenze, nel XXI secolo, pur con qualche eccezione, pendono dalla parte dei transessuali.

Inoltre, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito che l'ordinamento comunitario non è esclusivamente un ordinamento economico, ma è anche un ordinamento basato sulla giustizia sociale. Come sostenne l'avvocato generale Trabucchi in una delle sue *Conclusioni* del 1975, «se vogliamo che il diritto comunitario non sia soltanto una meccanica disciplina dell'economia, ma costituisca invece un ordinamento a misura della società che deve reggere, se vogliamo che sia un diritto rispondente all'idea di giustizia sociale e alle esigenze di integrazione europea al livello non solo dell'economia ma anche dei popoli, non possiamo deludere l'aspettativa, più che legittima, in noi riposta»<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> *Conclusioni dell'avvocato generale, causa 7/75, Coniugi F. c. Belgio, in Racc., p. 679, punto 6.*



Sesto San Giovanni (MI)  
via Monfalcone, 17/19

© Metabasis.it, rivista semestrale di filosofia e comunicazione.  
Autorizzazione del Tribunale di Varese n. 893 del 23/02/2006.  
ISSN 1828-1567



Quest'opera è stata rilasciata sotto la licenza Creative Commons Attribuzione- NonCommerciale-NoOpereDerivate 2.5 Italy. Per leggere una copia della licenza visita il sito web <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/> o spedisci una lettera a Creative Commons, 559 Nathan Abbott Way, Stanford, California 94305, USA.