

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentate il 10 giugno 2003¹

Introduzione

1. K.B., lavoratrice britannica, desidera che il suo compagno, R., che ha subito un'operazione di cambiamento di sesso da donna a uomo, possa, a momento debito, beneficiare di una pensione di reversibilità per vedovi che gli spetterebbe in qualità di coniuge superstite. Tuttavia, la legge del Regno Unito impedisce ad un transessuale di contrarre matrimonio conformemente al suo nuovo sesso.

2. La ricorrente nella causa principale ritiene di essere vittima di una discriminazione sessuale di natura retributiva. Siffatta pretesa può rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 75/117/CEE², sebbene l'asserita disparità di trattamento non derivi direttamente dalla condizione sessuale della ricorrente, né da quella del suo convivente, bensì dalle norme del diritto civile nazionale che disciplinano la determinazione del sesso di una persona: la normativa del Regno Unito non autorizza le rettifiche anagrafiche conseguenti ad

un'operazione di cambiamento di sesso, rettifiche che consentirebbero di contrarre un matrimonio necessariamente eterosessuale. È vero che in questa materia la Comunità non ha la benché minima competenza; tuttavia, se si ritiene che la normativa britannica violi un diritto fondamentale, diventa difficile ignorare tale circostanza.

3. La causa in esame presenta un interesse temporaneo, in quanto è prevedibile che nei prossimi mesi il Regno Unito emenda la legislazione in materia in modo da risolvere il problema di fondo, vale a dire, l'incapacità dei transessuali a contrarre matrimonio.

Fatti e procedimento nazionale

4. K.B., ricorrente nella causa principale, ha lavorato presso il National Health Service (in prosieguo: l'«NHS»), ente britannico incaricato del servizio sanitario

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Direttiva del Consiglio 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 (GU L 45, pag. 19; in prosieguo: la «direttiva»).

pubblico, dal 1976 al 1996. Durante questi venti anni di servizio ella ha versato contributi al regime previdenziale dell'NHS, acquisendo, tra l'altro, il diritto a percepire una rendita annuale pari a GBP 5 375,86.

Il detto regime previdenziale prevede la concessione di una pensione di reversibilità per vedovi al coniuge superstite di un iscritto. Per «coniuge» si intende unicamente una persona unita in matrimonio con l'iscritto.

5. R., di sesso femminile alla nascita e iscritta come tale all'anagrafe, era affetta da disforia di genere. Dopo essersi sottoposta ad un'operazione di cambiamento di sesso, R. cominciò a comportarsi come un uomo, sia nei suoi rapporti con K.B., sia con il resto della società. Da molti anni queste due persone hanno una relazione affettiva tra loro e convivono. Esse si sarebbero sposate se fosse stato possibile, ma hanno ritenuto, a ragione, che la legge glielo impedisse.

6. Poiché non ha diritto di sposarsi, R. non può aspirare ad ottenere una pensione di reversibilità per vedovi in caso di premorienza della convivente.

7. Per tale motivo, K.B. ha presentato un ricorso dinanzi all'Employment Tribunal (Tribunale del lavoro), sostenendo che il rifiuto da parte dell'NHS di concedere a R., al momento debito, una pensione di reversibilità per vedovi, costituiva una discriminazione fondata sul sesso in contrasto con l'art. 141 CE, interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in particolare, della sentenza 30 aprile 1996,

P./S. e Cornwall County Council³, nonché alla luce della direttiva 75/117. Secondo K.B., tali disposizioni impongono che in questo contesto sia data un'interpretazione del concetto di «vedovanza» che includa anche il convivente superstite che si sarebbe ritrovato in tale condizione se la sua appartenenza ad un determinato sesso non fosse stata il risultato di un intervento chirurgico di trasformazione.

8. I convenuti nel procedimento principale, ossia, l'ente gestore del regime previdenziale dell'NHS (NHS Pensions Agency) e il Ministro della Sanità (Secretary of State for Health), hanno asserito che, non soltanto la pretesa della ricorrente non teneva conto della sentenza 17 febbraio 1998, Grant⁴, in cui è stato affermato che il convivente omosessuale di un dipendente non può godere dei benefici in materia di trasporti concessi al convivente eterosessuale, ma altresì ignorava che, sebbene nella sentenza P./S. la Corte abbia dichiarato che il trattamento sfavorevole di un transessuale in ragione del mutamento di sesso intervenuto in seguito alla sua operazione viola il principio di uguaglianza, essa tuttavia non ha riconosciuto alla persona interessata tutti i diritti propri del suo nuovo sesso.

9. L'Employment Tribunal e l'Employment Appeal Tribunal, dinanzi al quale è stato

3 — Causa C-13/94 (Racc. pag. I-2143; in prosieguo: la «sentenza P./S.»).

4 — Causa C-249/96 (Racc. pag. I-621; in prosieguo: la «sentenza Grant»).

interposto appello, hanno ritenuto fondati gli argomenti dei convenuti. La causa è stata quindi deferita alla Court of Appeal, che a sua volta ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

13. Con lettera 4 ottobre 2002, la Court of Appeal informava la Corte di giustizia di essere obbligata, in forza del diritto nazionale, a convocare le parti prima di decidere se fosse utile proseguire il procedimento pregiudiziale.

Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

10. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta nella cancelleria della Corte il 15 marzo 2001.

14. Il 5 marzo 2003 il giudice del rinvio faceva sapere che continuava a ritenere necessaria una soluzione della questione proposta, poiché la sentenza Goodwin aveva un obiettivo diverso da quello della causa principale. Esso ha aggiunto che imminenti modifiche legislative o giurisprudenziali avrebbero potuto fornire una soluzione della causa principale rendendo superflua la pronuncia della Corte di giustizia.

11. In seguito alla presentazione delle osservazioni scritte di K.B., del governo del Regno Unito e della Commissione, si è tenuta un'udienza in data 23 aprile 2002.

Normativa nazionale rilevante

12. L'11 luglio 2002, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha pronunciato le sentenze nelle cause Goodwin/Regno Unito e I./Regno Unito, in cui, modificando la precedente giurisprudenza, ha dichiarato che l'impossibilità per i transessuali britannici di contrarre matrimonio conformemente al loro nuovo sesso è contraria alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (in prosieguo: la «Convenzione»). Alla luce di tale circostanza, il cancelliere della Corte ha chiesto al giudice del rinvio se fosse ancora utile per esso ottenere una pronuncia in via pregiudiziale della Corte di giustizia.

15. La Sex Discrimination Act (Legge sulle discriminazioni in base al sesso) del 1975 vieta al datore di lavoro di operare qualsiasi forma di discriminazione diretta che consista nel riservare alle persone di un determinato sesso un trattamento meno favorevole rispetto a quelle del sesso opposto. Essa proibisce anche le forme di discriminazione indiretta in base al sesso, che viene definita sostanzialmente come l'imposizione di condizioni o di requisiti uniformi, che pregiudicano le persone di un determinato sesso in maniera sproporzionata ed ingiustificata.

16. A seguito della sentenza P./S.⁵, il Regno Unito ha adottato i Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999 (normativa relativa alle forme di discriminazione legate al cambiamento di sesso). Tale normativa ha emendato la Sex Discrimination Act del 1975, includendo nell'ambito di applicazione di quest'ultima la discriminazione diretta nei confronti di qualsiasi lavoratore dipendente per il fatto di aver subito un intervento di cambiamento di sesso. In tale occasione non è stata tuttavia emendata la legislazione relativa alla parità di trattamento né in materia salariale (Equal Pay Act del 1970), né in materia pensionistica (Pensions Act del 1995).

Le nuove disposizioni definiscono il cambiamento di sesso come «un processo intrapreso sotto controllo medico avente lo scopo di mutare il sesso di una persona tramite l'alterazione dei suoi caratteri fisiologici e di altre caratteristiche legate al sesso».

Secondo quanto viene riportato nel preambolo delle nuove disposizioni «[s]i stima che la transessualità riguardi circa 5000 persone nel Regno Unito. Il trattamento medico che permette ai transessuali di cambiare le loro caratteristiche anatomiche per adeguarle alla loro identità sessuale è estremamente soddisfacente. Il processo è noto in medicina come cambiamento di sesso».

17. Il regime previdenziale dell'NHS prevede il pagamento di una pensione al vedovo o alla vedova di un dipendente. La condizione di vedovo o di vedova implica la presenza di un coniuge superstite.

18. 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 Corbett⁶, il sesso deve determinarsi con l'ausilio di criteri cromosomici, riproduttivi e genitali coincidenti, senza che possa essere preso in considerazione un intervento chirurgico.

19. Per di più, l'art. 11, lett. c), della Matrimonial Causes Act del 1973 (legge che disciplina il matrimonio) stabilisce che il matrimonio è nullo se i coniugi non sono un uomo e una donna.

20. Con la sentenza 10 aprile 2003, nella causa Bellinger⁷, la House of Lords ha respinto la richiesta con cui si chiedeva di riconoscere la validità del matrimonio contratto da un transessuale in base al sesso acquisito. La suprema Corte ha considerato che il diritto inglese non attribuisce efficacia giuridica sufficiente al cambiamento di sesso. Ciononostante, la detta Corte ha pronunciato una «dichiaratoria di incompatibilità» dell'art. 11, lett. c),

5 — Cit. supra, paragrafo 7.

6 — Probate Reports 1971, pag. 83.

7 — [2003] UKHL 21.

della Matrimonial Causes Act con la Convenzione, ai sensi dell'art. 4, n. 2, della Human Rights Act del 1998 (legge che ha recepito la Convenzione nel diritto interno). Tale dichiarazione ha lo scopo di spingere il governo ad adottare, con urgenza, i provvedimenti necessari per porre fine a tale incompatibilità⁸.

Diritto comunitario applicabile

21. L'art. 141 CE dispone 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 (n. 1). Per retribuzione si intende non solo il salario o trattamento normale, ma anche 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 (n. 2).

22. A tenore dell'art. 1, n. 1, della direttiva 75/117⁹, il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile implica, per uno stesso lavoro o per un lavoro al

quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni. In conformità dell'art. 3 della stessa direttiva, gli Stati membri sopprimono le discriminazioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile derivanti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e contrarie al principio della parità delle retribuzioni. In forza dell'art. 4, gli Stati membri debbono prendere le misure necessarie affinché le disposizioni contrarie al principio della parità delle retribuzioni e contenute in contratti collettivi, tabelle o accordi salariali o contratti individuali di lavoro siano nulle, possano essere dichiarate nulle o possano essere modificate.

23. Secondo una giurisprudenza costante, la nozione di retribuzione, così com'è definita all'art. 141 CE, non si estende ai regimi o alle prestazioni previdenziali, in specie alle pensioni di vecchiaia, direttamente disciplinate dalla legge¹⁰. Per contro, tale nozione comprende le prestazioni concesse in forza di un regime pensionistico convenzionale, che dipendono essenzialmente dal posto coperto dall'interessato, giacché si ricollegano alla retribuzione¹¹. Per valutare se una pensione di vecchiaia

¹⁰ — Sentenze 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-889, punto 22); 28 settembre 1994, causa C-7/93, Beune (Racc. pag. I-4471, punto 44), e 25 maggio 2000, causa C-50/99, Podesta (Racc. pag. I-4039, punto 24).

¹¹ — Sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka (Racc. pag. 1607, punto 22), e sentenze Barber, cit. supra (punto 28); Beune, cit. supra (punto 46); 10 febbraio 2000, cause riunite C-234/96 e C-235/96, Deutsche Telekom (Racc. pag. I-799, punto 32), e Podesta, cit. supra (punto 25).

⁸ — La House of Lords ha considerato che non fosse possibile interpretare la disposizione controversa in conformità della Convenzione, così come prevede l'art. 3, n. 1, della Human Rights Act.

⁹ — Cit. supra, paragrafo 2.

rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE, è criterio determinante l'esistenza di un collegamento tra il rapporto di lavoro e la prestazione, senza che gli elementi strutturali del sistema abbiano un ruolo decisivo¹².

24. La Corte di giustizia ha ugualmente dichiarato che la pensione superstiti prevista alle stesse condizioni rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE. In proposito, essa ha precisato che questa interpretazione non è infirmata dalla circostanza che la pensione di reversibilità per vedovi, per definizione, non è corrisposta al lavoratore, ma al superstita di questi, dato che il diritto a una tale prestazione è un vantaggio che trae origine dall'iscrizione al regime da parte del coniuge del superstita, talché la pensione spetta a quest'ultimo a seguito del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il detto coniuge e gli è corrisposta in conseguenza dell'occupazione di questi¹³. Il coniuge superstita può invocare l'art. 141 CE per ottenere il riconoscimento del principio dell'estensione del suo diritto al versamento di una pensione superstiti¹⁴.

Il diritto dei transessuali di contrarre matrimonio

25. Nella dottrina medico-forense il transessuale è definito come il soggetto che, pur

presentando le caratteristiche genotipiche e fenotipiche di un sesso, sente profondamente la sua appartenenza all'altro sesso, del quale ha assunto l'aspetto esteriore e il comportamento, e in quanto tale vuole essere accettato a tutti gli effetti e ad ogni costo. La transessualità viene quindi definita come una sindrome per la quale il sesso anatomico (gonadico) o biologico (cromosomico) di un paziente non coincide con il suo sesso psicologico¹⁵.

15 — Questa sindrome esiste da sempre ed ha incontrato maggior comprensione presso le culture primitive, estranee all'influenza del cristianesimo. Per esempio, M. Vargas Llosa in *El paraíso en la otra esquina*, Ed. Alfaguara, Madrid, 2003, alle pagg. 67 e 68, 434 e 436, raccontando le peripezie del pittore Paul Gauguin a Tahiti, riferisce della diffusione di tali tendenze fra i Maori.

Senza i progressi raggiunti dalla medicina e dalla chirurgia nella seconda metà del XX secolo, le donne che sentivano l'impulso di essere uomini dovevano ricorrere a complicati stratagemmi e vivere avventure difficili, che generalmente le portavano ad un destino infelice.

Nel 1566 Henry Estienne racconta di un caso accaduto a Fontaines, in cui una donna, travestita da uomo, lavorava come stalliere; ella giunse a sposarsi con un'altra donna, con cui visse felicemente per due anni finché fu scoperto lo strumento di cui si serviva per adempiere i propri doveri coniugali; fu arrestata e messa al rogo.

Nel secolo XVII vissero donne dedite alla pirateria, come Anne Bonney e Mary Read, o la francese Geneviève Premoy che, spacciandosi per il cavaliere Balthazar, fu decorata e insignita dell'ordine di San Luigi per mano del sovrano Luigi XIV. Molte donne riuscirono a diventare soldati o marinai. Dai procedimenti giudiziari che si susseguirono risulta che alcune di esse dicevano che il loro comportamento era predestinato da Dio; che quando erano venute alla luce i genitori attendevano la nascita di un figlio maschio e che, nonostante avessero sembianze femminili, la loro natura era in realtà maschile. La paura che il loro segreto venisse scoperto le spingeva talvolta al suicidio, come accadde nel 1765 a Catherine Rosenbrock, la quale, dopo aver trascorso dodici anni in Olanda lavorando come marinaio e soldato, tornò alla sua casa di Amburgo, dove fu accusata dalla madre di aver rinnegato il sesso femminile; fu arrestata per cattiva condotta e tentò di porre fine ai suoi giorni.

Madmoiselle de Maupin era una delle più celebri attrici del teatro francese del XVII secolo. Trionfava all'Opera di Parigi cantando in ruoli maschili. Durante una tournée scappò a Marsiglia con l'intento di sedurre una giovane di quella città, ma quando la sua identità fu smascherata, la donna fu messa in carcere e condannata a morte. La sua popolarità e la pressione dell'opinione pubblica provocarono l'annullamento del verdetto. A partire da tale momento, nonostante la donna continuasse a vestirsi come un uomo, le autorità decisero di ignorare le sue stravaganze. C. Spencer, in *Histoire de l'homosexualité*, Ed. Le Pré aux Clercs, Parigi, 1998, pag. 232 e segg., racconta di alcuni di questi casi.

12 — Sentenza 12 settembre 2002, causa C-351/00, Niemi (Racc. pag. I-7007, punto 45).

13 — Sentenze 6 ottobre 1993, causa C-109/91, Ten Oever (Racc. pag. I-4879, punti 12 e 13), e 17 aprile 1997, causa C-147/95, Evrenopoulos (Racc. pag. I-2057, punto 22).

14 — Sentenza 28 settembre 1994, causa C-200/91, Coloroll Pension Trustees (Racc. pag. I-4389, punto 19).

Il desiderio irrefrenabile del transessuale di ottenere il riconoscimento, anche sul piano giuridico, della sua appartenenza all'altro sesso, si manifesta, dal canto suo, con la volontà di sottoporsi a una terapia ormonale per modificare i caratteri sessuali secondari e di subire un intervento chirurgico di asportazione e ricostruzione che provoca la trasformazione anatomica dei genitali. La struttura cromosomica rimane invariata, per cui il cosiddetto sesso biologico continua ad essere lo stesso¹⁶.

Tale fenomeno si distingue nettamente dagli stati associati all'orientamento sessuale (eterosessuale, omosessuale o bisessuale), nei quali l'individuo riconosce inequivocabilmente il proprio sesso, mentre i problemi si manifestano fondamentalmente nell'ambito dell'espressione dell'affettività, e dal travestitismo, condizione di quegli individui che si sentono sessualmente gratificati indossando gli abiti dell'altro sesso.

26. Voglio precisare che, sebbene, in via di principio, ai transessuali sia opponibile, quale impedimento al matrimonio, l'impossibilità di rettificare i dati anagrafici al fine di adeguarli al mutamento di sesso, il punto è che, in questo modo, si pone un limite al diritto di queste persone di contrarre matrimonio, in mancanza di un'accettazione globale del vincolo tra persone

dello stesso sesso. Per tale ragione, nell'interesse della brevità e della precisione, analizzerò la questione esclusivamente dalla prospettiva del diritto dei transessuali di contrarre matrimonio, senza soffermarmi sugli ostacoli materiali di ordine tecnico da cui dipende.

27. Il desiderio dei transessuali di contrarre matrimonio con la controparte sessuale che deriva dal loro nuovo sesso¹⁷, ha avuto un riflesso giuridico tanto nella legislazione quanto nella prassi amministrativa degli Stati membri, nonché nella giurisprudenza, in particolare in quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questi elementi sono di fondamentale importanza ai fini dell'analisi che la Corte di giustizia deve effettuare, nei limiti in cui sia possibile ricavare l'esistenza di un principio generale di diritto comunitario da una tradizione costituzionale comune ai paesi dell'Unione europea o dalle indicazioni provenienti da uno strumento internazionale relativo alla protezione dei diritti umani, ratificato da tutti gli Stati membri.

28. Da uno studio comparativo della situazione giuridica degli Stati membri risulta che il matrimonio dei transessuali in conformità del loro nuovo sesso è globalmente ammesso. Vuoi mediante un intervento

16 — V. sentenza della Corte Costituzionale italiana 6 maggio 1985 (GURI n. 131 bis del 5 giugno 1985), punto 3. In tal senso, v., inoltre, sentenza della House of Lords 10 aprile 2003, Bellinger, cit. supra al paragrafo 20 (punti 7-9).

17 — D'ora in avanti mi riferirò sempre al caso del matrimonio fra persone di sesso diverso, tenuto conto della trasformazione sessuale di uno dei due coniugi. Infatti, nulla impedisce ai transessuali del Regno Unito di sposarsi con persone di sesso biologico diverso.

esplicito del legislatore (Germania¹⁸, Grecia¹⁹, Italia²⁰, Paesi Bassi²¹, Svezia²²), vuoi a seguito di prassi amministrative (Austria²³, Danimarca²⁴) o attraverso un'interpretazione giurisprudenziale (Belgio²⁵, Spagna²⁶, Finlandia²⁷, Francia²⁸, Lussemburgo²⁹ e Portogallo³⁰), gli interventi di cambiamento di sesso comportano rettifiche anagrafiche che aprono ai transessuali la possibilità di contrarre matrimonio.

Solo gli ordinamenti irlandese e britannico sembrano opporsi a tale tendenza generale, il che in ogni caso non impedisce di individuare una tradizione giuridica sufficientemente uniforme, tale da poter costituire la fonte di un principio generale del diritto comunitario.

18 — Artt. 8-12 della legge 10 settembre 1980 sul transessualismo (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen — Transsexuellengesetz).

19 — Art. 14 della legge n. 2503/1977, sullo stato civile (FEK A' 107/1997).

20 — Art. 1 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di sesso).

21 — Artt. 28-28c del codice civile (Burgerlijk Wetboek).

22 — Legge 1972/119, sulla determinazione del sesso (Lag om fastställande av könstillhörighet).

23 — Circolare del ministro degli Interni 27 novembre 1996 [Transsexuellen-Erlass] des Bundesministeriums für Inneres (36.250/66-IV/4/96)].

24 — Circolare 10 novembre 1976, n. 12003 (Cirkulæreskrivelse om ændring af fødselstilførsler som følge af kønsskifte).

25 — V., per esempio, sentenze 19 febbraio 1996 del Tribunale di primo grado (Tribunal de première instance) di Verviers, e 27 gennaio 1999 della Corte d'appello (Hof van Beroep) di Anversa.

26 — V., per esempio, sentenze 11 febbraio 1994 dell'Audiencia Provincial di Barcellona, e 21 settembre 1999 del Tribunale di primo grado (Juzgado de primera instancia) di Lerida.

27 — Sentenza 1988-A-46 della Corte suprema amministrativa (Korkein Hallinto Hoikeus).

28 — Sentenza 11 dicembre 1992 della Corte di cassazione (Cour de cassation) a sezioni unite.

29 — Sentenze 28 gennaio 1987 e 31 maggio 1989 della prima sezione del Tribunale amministrativo (Tribunal administratif).

30 — V., ad esempio, sentenza 9 novembre 1993 della Corte d'appello (Tribunal da Relação) di Lisbona.

29. In ogni caso, si debbono nutrire meno dubbi quanto alle indicazioni che provengono dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

30. A norma dell'art. 8, n. 1, della Convenzione «[o]gni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza». Una qualunque ingerenza nell'esercizio di tale diritto è lecita solo se è prevista dalla legge, persegue un fine legittimo e costituisce una misura necessaria in una società democratica (n. 2).

D'altra parte, l'art. 12 della Convenzione stabilisce che «[u]omini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto».

31. Di fronte ad un susseguirsi di ricorsi presentati da transessuali, soprattutto cittadini britannici, in cui gli interessati facevano valere gli artt. 8 e 12 della Convenzione chiedendo il riconoscimento del loro diritto di contrarre matrimonio conformemente al sesso riattribuito, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha risposto, nella sentenza 17 ottobre 1986, Rees/Regno Unito³¹, che «per il momento, occorre

31 — Serie A, n. 156.

lasciare che lo Stato convenuto decida fino a che punto può andare incontro alle esigenze dei transessuali. (...). La necessità di misure giuridiche appropriate deve spingere ad effettuare un esame costante, che tenga presente l'evoluzione della scienza e della società»³².

La sentenza 27 settembre 1990, nella causa *Cossey/Regno Unito*³³, conferma l'ampio margine di discrezionalità che, in questa materia, i giudici di Strasburgo riconoscono ai singoli Stati, orientamento espresso anche nella sentenza 30 luglio 1998, *Sheffield e Horsham/Regno Unito*³⁴. In quest'ultimo caso è stato ricordato che «la transessualità presenta tuttora complesse problematiche di ordine scientifico, giuridico, morale e sociale, per le quali non esiste negli Stati contraenti una soluzione universalmente accettata»³⁵.

33. L'11 luglio 2002, la Corte europea dei diritti dell'uomo, statuendo a sezioni unite, ha pronunciato la sentenza *Goodwin/Regno Unito*³⁶, operando in tale occasione una svolta radicale della giurisprudenza.

34. I giudici di Strasburgo, dopo aver analizzato la giurisprudenza anteriore e l'evoluzione giuridica e sociale, hanno affermato, all'unanimità e con toni particolarmente decisi, che «lo Stato convenuto non può far valere un suo margine discrezionale in materia, al di là dei mezzi necessari a garantire il rispetto del diritto tutelato dalla Convenzione. Nessun fattore importante di interesse pubblico osta all'interesse della ricorrente ad ottenere il riconoscimento giuridico del suo cambiamento di sesso, per cui la nozione di giusto equilibrio inerente alla Convenzione comporta che il piatto della bilancia debba inclinarsi decisamente in favore della ricorrente. Di conseguenza, vi è stata un'inoservanza del diritto dell'interessata al rispetto della sua vita privata, in violazione dell'art. 8 della Convenzione»³⁷.

32. Questa era la situazione come si presentava all'avvio della causa principale ed essa era invariata al momento in cui è stata presentata la domanda di pronuncia pregiudiziale in esame e sino a dopo l'udienza tenutasi il 23 aprile 2002.

32 — Sentenza *Rees*, punto 47. Traduzione libera. Il corsivo è mio.

33 — Serie A, n. 256.

34 — Corte europea dei diritti dell'uomo, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-V.

35 — Punto 58 della sentenza *Sheffield e Horsham*. La traduzione è libera.

35. Nell'ambito dell'art. 12, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha considerato artificiosa l'affermazione secondo cui le persone che si sono sottoposte ad un'operazione di cambiamento di sesso non sarebbero private del diritto di contrarre matrimonio, poiché la legge consente loro

36 — *Recueil* 2002-VI. V. anche la sentenza pronunciata lo stesso giorno nella causa *I/Regno Unito*, di contenuto simile.

37 — Punto 93 della sentenza *Goodwin*.

di sposarsi con una persona di sesso opposto rispetto a quello a cui appartenevano in precedenza. Tale giudice ha riconosciuto che la ricorrente, la quale vive come una donna ed ha una relazione con un uomo con cui desidera sposarsi, non gode di questa possibilità³⁸. Essa ha aggiunto che «sebbene spetti allo Stato contraente stabilire, inter alia, le condizioni che deve soddisfare il transessuale, il quale rivendica il riconoscimento della sua nuova identità sessuale, per dimostrare che il suo cambiamento è reale, quelle in presenza delle quali un precedente matrimonio perde la sua validità o anche le condizioni applicabili ad un futuro matrimonio (per esempio, le informazioni che debbono scambiarsi i futuri sposi), non si ravvisa alcun motivo a giustificazione del fatto che ai transessuali venga negato, in assoluto, il diritto di sposarsi»³⁹. I giudici hanno inoltre dichiarato unanimemente che sussisteva una violazione dell'art. 12 della Convenzione.

Questione pregiudiziale proposta

36. Con ordinanza 14 dicembre 2000, la Court of Appeal ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla seguente questione:

«se il fatto di escludere il convivente transessuale (originariamente di sesso femminile), di una donna iscritta al regime previdenziale del National Health Service, in forza del quale le prestazioni per la persona a carico spetterebbero solo al vedovo, costituisca una discriminazione fondata sul sesso in contrasto con l'art. 141 CE e con la direttiva 75/117».

37. Come risulta dall'ordinanza medesima, la Court of Appeal nutre i seguenti dubbi:

«a) le conclusioni cui è giunta la Corte di Giustizia, rispettivamente, nelle cause P./S. e Grant sono chiare, ma non è altrettanto chiaro il criterio distintivo su cui si fondano. Se si suppone che l'esclusione dei conviventi omosessuali dalle prestazioni non sia discriminatoria qualora si applichi indistintamente agli uomini ed alle donne, allora lo stesso principio deve valere nella causa in esame riguardo all'esclusione dal diritto alle dette prestazioni di coppie non sposate. Se invece il detto criterio significa che il sesso, come motivo di discriminazione, comprende l'identità sessuale ma non le tendenze sessuali, allora l'esclusione nel caso in esame deve ritenersi basata direttamente sul sesso e quindi discriminatoria.

b) Se sussiste una violazione dell'art. 14, ed eventualmente anche dell'art. 8, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la por-

38 — Punto 101 della sentenza Goodwin.

39 — Punto 103 della sentenza Goodwin.

tata di tale violazione nell'interpretazione del termine "vedovo" è incerta. Dato che la vita familiare comporta che chi lavora provveda per le persone a carico eventualmente superstiti, e che il rispetto della vita privata comporta l'esclusione di un'analisi non necessaria delle caratteristiche biologiche di una persona, si potrebbe arguire che, a seguito del rifiuto ai conviventi transessuali superstiti del beneficio della prestazione controversa, K.B. verrebbe pregiudicata riguardo al godimento tanto della sua vita familiare, quanto della sua intimità, se non perfino ingiustificatamente privata di ambedue i diritti. Se tale argomento risultasse fondato, dovrebbe allora prendersi in considerazione il suo impatto in relazione all'art. 141 CE e alla direttiva relativa alla parità delle retribuzioni».

essere accertata la presenza di una discriminazione indiretta. Per di più, se tale criterio si applica indistintamente ad uomini e donne, è difficile immaginare quali circostanze potrebbero avere un impatto diverso su un sesso piuttosto che sull'altro. Si chiede perciò se la direttiva consideri lo stato matrimoniale o di famiglia come equivalente al sesso, per quanto si riferisce alla discriminazione diretta, ovvero come criterio per determinare, non già la neutralità — dal punto di vista del sesso — di un requisito, bensì l'impatto differenziato di una conseguenza, al fine di identificare una discriminazione indiretta contraria al diritto.

38. Il giudice a quo ritiene che non si possa parlare di discriminazione indiretta, poiché non vi è motivo di ritenere che la condizione del matrimonio incida in modo differenziato sugli uomini e sulle donne che hanno una relazione con transessuali; sostenere che tale condizione ha un impatto diseguale su queste persone significherebbe considerarle erroneamente come un terzo sesso.

39. Ciononostante, il giudice nazionale nutre dubbi in merito al significato dell'art. 2, n. 1, della direttiva, che vieta qualsiasi «discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia». Questa norma sembra considerare lo stato matrimoniale come l'unico criterio in base al quale deve

Analisi della questione pregiudiziale

40. Tutte le parti intervenienti che si sono pronunciate in proposito concordano sul fatto che la pensione di reversibilità controversa costituisce una forma di retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE. Non vi è motivo per non attenersi a questa constatazione.

Secondo una giurisprudenza costante, le prestazioni erogate in base ad un regime pensionistico, che variano in relazione al

posto coperto dall'interessato, rientrano nella nozione di retribuzione⁴⁰. Lo stesso può dirsi delle pensioni di reversibilità per vedovi che presentano questa caratteristica⁴¹.

Orbene, dagli atti di causa si deduce che la pensione concessa dal regime dell'NHS viene calcolata in base alla situazione lavorativa della dipendente, in particolare in base al suo stipendio, per cui dobbiamo presumere che essa sia collegata alla retribuzione dell'interessata.

41. Concordo inoltre sul fatto che non vi è un motivo valido per valutare in modo diverso le discriminazioni che consistono in una disparità di trattamento, vietate dalla direttiva 76/207⁴², da quelle che comportano una disparità della retribuzione, cui si applica la direttiva 75/117. È consigliabile seguire un'interpretazione uniforme, poiché, da un lato, l'art. 141 CE non istituisce regimi di tutela diversi, e, dall'altro, le due direttive presentano tra loro forti somiglianze quanto alla formulazione e agli obiettivi perseguiti.

42. La ricorrente nella causa principale e il giudice a quo non concordano del tutto circa la definizione dell'oggetto della questione pregiudiziale.

40 — V. supra, paragrafo 23.

41 — V. supra, punto 24.

42 — Direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40).

43. Secondo K.B., la causa in esame non è connessa al diritto dei transessuali di contrarre matrimonio, materia che non rientra fra le competenze comunitarie, né con la discriminazione di cui sono vittime le coppie appartenenti ad uno stesso sesso in ragione delle loro tendenze sessuali, poiché, in questo caso, si tratta di una relazione, a tutti gli effetti, tra un uomo e una donna. Per tale motivo, secondo la ricorrente nella causa principale, la Corte di giustizia dovrebbe applicare la dottrina della sentenza P./S., a tenore della quale il diritto comunitario⁴³ «osta al licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso», per cui basterebbe sostituire l'espressione «licenziamento di un transessuale» con «diniego di una pensione ad un transessuale»⁴⁴.

Come ha essa stessa evidenziato all'udienza, la ricorrente nella causa principale non chiede, quindi, il riconoscimento del diritto dei transessuali a contrarre matrimonio, ma soltanto il riconoscimento di un diritto di tali soggetti a che le coppie da essi formate siano equiparate a coppie di coniugi quanto alla concessione di prestazioni pecuniarie.

44. Nell'ordinanza di rinvio, la Court of Appeal si chiede quale sia il criterio che distingue le sentenze P./S. e Grant: la questione relativa all'applicazione paritaria

43 — In pratica, la direttiva 76/207, sulla parità di trattamento; inoltre, come ho precisato poc'anzi, non vi è motivo per non applicare tale dottrina nell'ambito della direttiva sulla parità della retribuzione.

44 — Dispositivo della sentenza P./S.

a uomini e donne, l'inclusione dell'identità sessuale e l'esclusione delle tendenze sessuali dai motivi che stanno a fondamento di una discriminazione inammissibile. Il giudice nazionale si pone altresì interrogativi in merito all'eventuale menomazione dei diritti dei transessuali derivanti dagli artt. 14 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che potrebbe risultare dal diniego di una pensione di reversibilità. Infine, lo stesso giudice nutre dubbi circa la questione se la nozione di «stato matrimoniale o di famiglia» contenuta nell'art. 2, n. 1, della direttiva sulla parità di trattamento, debba essere intesa come equivalente al «sesso» o unicamente come una circostanza in base alla quale possa essere identificata una discriminazione indiretta contraria al diritto.

Per di più, la Court of Appeal respinge qualsiasi valutazione relativa ad una discriminazione indiretta, che significherebbe accettare l'errata tesi secondo cui i transessuali costituiscono un terzo sesso.

45. Mi preme unicamente segnalare come dal ragionamento del giudice a quo si possa almeno dedurre che esso non esclude che la corretta impostazione della causa in esame possa riguardare l'impossibilità dei transessuali di contrarre matrimonio come una discriminazione diretta fondata sul sesso.

46. In pratica, così come è formulata la questione pregiudiziale, la sussistenza, nella fattispecie, di una discriminazione contra-

ria all'art. 141 CE e alla direttiva 75/117, dipende dalla circostanza che sia ad essa applicabile la giurisprudenza contenuta nella sentenza P./S. Oltre tale aspetto, non sembra facile, come pretende la ricorrente nella causa principale, ignorare l'incidenza sulla soluzione del problema relativo alle condizioni imposte dal diritto nazionale per contrarre matrimonio e, in concreto, l'ostacolo che, a tali fini, presuppone l'impossibilità di rettificare l'annotazione corrispondente del registro di stato civile in conseguenza di un'operazione di cambiamento di sesso.

47. Ciononostante, intendo anzitutto verificare se dalla giurisprudenza della Corte di giustizia possa dedursi che il diniego di una pensione di reversibilità per vedovi ad un transessuale sia contrario all'art. 141 CE. Seguo, in tal modo, l'impostazione preferita dalla ricorrente nella causa principale e condivisa, sostanzialmente, dal giudice del rinvio.

48. Nella causa all'origine della sentenza P./S. si chiedeva se il licenziamento di un lavoratore, per essersi esso sottoposto ad un'operazione di mutamento di sesso, costituisse una discriminazione vietata dalla direttiva sulla parità di trattamento tra gli uomini e le donne.

49. La Corte di giustizia ha ricordato che il principio della parità di trattamento

implica l'assenza di qualsiasi discriminazione *fondata sul sesso* e costituisce, pertanto, espressione del diritto fondamentale all'uguaglianza, di cui essa garantisce il rispetto ⁴⁵.

Da quanto precede si desume quindi, nella sentenza, che la sfera di applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma si estende anche alle discriminazioni che hanno origine nel mutamento di sesso della persona interessata. *Infatti, tali discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato.* Pertanto, una persona, se licenziata in quanto ha intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione e contrario al rispetto *della dignità e della libertà* al quale essa ha diritto e che la Corte di giustizia deve tutelare ⁴⁶.

50. La tesi sostenuta dal rappresentante di K.B. si basa sull'asserzione che il diritto rivendicato a favore del convivente transessuale di quest'ultima si ricava dalla semplice sostituzione dell'espressione letterale «una persona, se licenziata» con l'espressione «se ad una persona venga negato il diritto di ricevere una pensione

di reversibilità per vedovi», giacché, nell'uno e nell'altro caso, si tratta di diritti il cui godimento paritario è garantito, rispettivamente, dalle direttive 76/207 e 75/117.

51. Concordo con questa affermazione in quanto, ai fini della valutazione della Corte di giustizia, è del tutto indifferente la circostanza che la disparità denunciata consista in un licenziamento o nel diniego di una pensione di reversibilità per vedovi.

52. Per il resto, a fronte dell'interpretazione data dalla ricorrente nei procedimenti nazionali, si può legittimamente obiettare, a mio parere, che il diniego della pensione controversa non trae origine dal mutamento di sesso della persona interessata, bensì dall'incapacità di quest'ultima di soddisfare uno dei requisiti necessari stabiliti dal diritto nazionale perché sia validamente contratto un matrimonio con la persona titolare della pensione principale, vale a dire, la diversità di sesso dei futuri coniugi. Seguendo tale ragionamento, si può ritenere che il diniego della forma di retribuzione controversa si spieghi non con il mutamento di sesso, ma precisamente con *il mancato cambiamento di sesso*, secondo la legge, della persona transessuale, elemento, questo, che impedisce di contrarre un matrimonio valido. Tale argomentazione porta inevitabilmente a chiedersi se un analogo diniego di riconoscere pieni effetti ad un'operazione di cambiamento di sesso risulti conforme ai valori fondamentali dell'ordinamento e, parallelamente, spinge a interrogarsi sulla competenza del giudice comunitario a pronunciarsi in proposito.

45 — Sentenza P./S., cit. supra, paragrafo 7 (punti 17-19).

46 — Ibidem, punti 20-22.

53. Prima di proseguire su questa linea, che si allontana dall'impostazione iniziale della questione pregiudiziale, occorre ricordare altri precedenti giurisprudenziali, allo scopo di precisare il contenuto della dottrina della Corte di giustizia in materia. Mi riferisco, in primo luogo, alle sentenze Grant, citata, e 31 maggio 2001, D. e Svezia/Consiglio⁴⁷.

54. Nella causa Grant, la dipendente di una compagnia ferroviaria asseriva che la concessione di riduzioni sul prezzo dei trasporti al lavoratore ed al coniuge di questi, ovvero alla persona di sesso diverso con cui il lavoratore abbia una relazione significativa e stabile, e il parallelo diniego a coppie che si trovano in circostanze simili alle prime ma sono formate da persone dello stesso sesso costituiva una violazione del divieto di discriminazioni sancito dall'allora art. 119 del Trattato CE.

La Corte di giustizia, seguendo un peculiare schema espositivo, ha respinto questa tesi. In primo luogo, essa ha risolto la questione se una norma come quella controversa nella causa principale configurasse una discriminazione fondata direttamente sul sesso del lavoratore. Successivamente, essa ha accertato se il diritto comunitario esigesse che le relazioni stabili tra persone dello stesso sesso fossero equiparate da qualunque

datore di lavoro alle relazioni tra persone sposate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio di due persone di sesso diverso. Infine, la Corte ha esaminato la questione se una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale del lavoratore costituisca una discriminazione fondata sul sesso⁴⁸.

Con riferimento alla prima questione, la Corte si è limitata a verificare che la regola controversa si applicava nello stesso modo ai lavoratori di sesso femminile e a quelli di sesso maschile, non potendo pertanto essere considerata una discriminazione diretta fondata sul sesso⁴⁹.

Quanto al secondo problema, dopo aver analizzato la situazione giuridica prevalente nell'ordinamento comunitario, negli Stati membri e nell'ambito della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte è giunta alla conclusione che, allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso diverso alle relazioni tra coniugi. Di conseguenza, un datore di lavoro non è tenuto, in forza del diritto comunitario, ad equiparare la situazione di una persona che abbia una rela-

48 — Sentenza Grant, cit. supra (punto 24).

49 — Ibidem, punto 28.

47 — Cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P (Racc. pag. I-4319).

zione stabile con un compagno dello stesso sesso a quella di una persona che sia coniugata o abbia una relazione stabile fuori del matrimonio con un compagno di sesso opposto⁵⁰. Come spiegherò in prosieguo, questo modo di procedere può essere assai utile al fine di risolvere la questione pregiudiziale.

Infine, quanto al terzo problema, la Corte ha dichiarato che la nozione di discriminazione fondata sul sesso non comprende la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Essa ha inoltre considerato che la giurisprudenza pronunciata nella sentenza P./S. si limita al caso del cambiamento di sesso di un lavoratore.

55. La sentenza Grant è utile al governo del Regno Unito per sostenere l'argomento che tende a negare l'esistenza, nel caso di specie, di una discriminazione vietata. Con tale obiettivo, il detto governo traspone il suesposto ragionamento articolato in tre parti.

Secondo il Regno Unito, la prima parte del ragionamento sarebbe interamente applicabile alla fattispecie in esame: rimangono escluse dal beneficio della pensione di reversibilità per vedovi tutte le persone non coniugate, siano esse di sesso maschile o femminile, talché non si può far valere una discriminazione diretta fondata sul sesso. A tal fine, non ha alcuna importanza

il particolare che l'impedimento consista nel fatto che il compagno della persona interessata è dello stesso sesso, oppure è un transessuale, o in qualsiasi altro motivo.

Anche la seconda parte del detto ragionamento avvalorerebbe la tesi del governo britannico, giacché lascia intendere che l'art. 12 della Convenzione tutela solamente il matrimonio tradizionale tra persone di sesso biologico diverso, con riferimento, in particolare, alle sentenze della Corte di Strasburgo 17 ottobre 1986, Rees/Regno Unito, e 27 settembre 1990, Cossey/Regno Unito⁵¹. Queste due sentenze rifletterebero il contenuto del diritto europeo in materia.

Secondo il governo britannico, la terza parte della motivazione della sentenza Grant non sarebbe pertinente al caso di K.B.

56. La sentenza Grant non è idonea a corroborare la tesi della ricorrente nella causa principale, poiché nega l'esistenza di

50 — Ibidem, punto 35.

51 — V. supra, paragrafo 31.

una qualsiasi violazione del diritto alla parità di trattamento tra uomini e donne. Ciononostante, merita rilevare che il governo del Regno Unito sembra comprendere che la soluzione della questione in esame non può prescindere da una valutazione, da parte della Corte di giustizia, della legittimità del fatto di impedire ad un transessuale il matrimonio conformemente al suo nuovo sesso.

Per tale motivo, il governo britannico, pur continuando a sostenere la compatibilità della normativa britannica con gli art. 8 e 14 della Convenzione, avverte che un'eventuale incompatibilità del genere non potrebbe avere l'effetto di rendere la norma controversa contraria all'art. 141 CE.

Esso richiama i punti 45-47 della sentenza Grant, in cui si dichiara che, benché il rispetto dei diritti fondamentali che formano parte integrante dei detti principi generali costituisca un presupposto della legittimità degli atti comunitari, tali diritti non possono di per sé comportare un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri che sono propri della Comunità. La portata di qualunque disposizione di diritto comunitario può essere determinata solo tenendo conto del suo dettato e del suo scopo, nonché della sua collocazione nel sistema del Trattato e del contesto giuridico in cui si iscrive.

57. Nelle cause riunite D./Consiglio, un dipendente delle Comunità europee, cittadino svedese, facente parte di una coppia omosessuale registrata in conformità della legge svedese, aveva chiesto il beneficio dell'assegno familiare, che la normativa applicabile al personale riserva alle persone coniugate. D. asseriva che termini quali «coniuge» o «dipendente coniugato» dovevano essere interpretati con riferimento al diritto nazionale e non in forma autonoma, motivo per cui il diniego costituiva una discriminazione fondata sul sesso.

58. In sede di impugnazione, la Corte di giustizia ha dichiarato che il termine «matrimonio», secondo la definizione generalmente accolta dagli Stati membri, indica un'unione tra persone di sesso diverso e, benché sia vero che in un numero sempre maggiore di casi, a fianco del matrimonio sono stati istituiti regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unione tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso attribuendo a tali unioni taluni effetti identici o paragonabili a quelli del matrimonio, tanto fra i conviventi quanto nei confronti dei terzi, tuttavia tali regimi sono, negli Stati membri che li prevedono, distinti da quelli che disciplinano il matrimonio in sé. Di conseguenza, il giudice comunitario non può interpretare lo Statuto del personale delle Comunità europee in modo da equiparare al matrimonio situazioni giuridiche diverse⁵².

52 — Sentenza D./Consiglio, cit. supra (punti 35-37).

Riguardo all'asserita discriminazione fondata sul sesso, la Corte ha rilevato, in primo luogo, che questa non sussisteva, essendo indifferente il fatto che il richiedente fosse uomo o donna e, in secondo luogo, che non si ravvisava neppure una disparità di trattamento fondata sulle tendenze sessuali dell'interessato, in quanto non è neppure il sesso del convivente la condizione per la concessione dell'assegno familiare, bensì la natura giuridica dei legami che uniscono quest'ultimo al dipendente⁵³. Questa affermazione sembra indicare che il giudice comunitario non è competente a valutare la compatibilità con i diritti fondamentali delle condizioni imposte dal diritto interno per contrarre matrimonio. Nonostante ciò, la Corte ha di seguito esaminato i concetti prevalenti nell'insieme della Comunità, traendo la conclusione che le legislazioni sono difformi e manca, in generale, un'equiparazione tra il matrimonio e le altre forme di unione legalmente riconosciute⁵⁴.

59. Neppure la sentenza D./Consiglio può avvalorare le tesi sostenute da K.B. Come è avvenuto nella causa Grant, anche in questo caso la Corte di giustizia ha considerato che non si era verificata una discriminazione fondata sul sesso.

60. Di interesse più marginale per il presente procedimento, a mio parere, è la

sentenza 22 giugno 2000, nella causa C-65/98, Safet Eyüp⁵⁵, in cui la ricorrente nella causa principale crede di ravvisare un riconoscimento, da parte del giudice comunitario, dell'equiparazione di un vincolo stabile tra persone non coniugate ad un'unione coniugale.

In tale causa si doveva risolvere la questione se una donna straniera, convivente more uxorio con un lavoratore turco stabilito legalmente in uno Stato membro dovesse essere considerata un «familiare» ai sensi dell'art. 7, primo comma, della decisione del Consiglio di associazione 19 settembre 1980, n. 1/80, relativa allo sviluppo dell'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia. I fatti dai quali traeva origine la questione pregiudiziale erano molto particolari: nel 1983 la sig.ra Eyüp si sposava con un lavoratore turco che, dal 1975, era inserito nel mercato del lavoro austriaco; i due coniugi divorziavano nel 1985, ma si risposavano nel 1993. Nell'intervallo tra i due matrimoni, i due continuavano a coabitare in Austria, dando alla luce quattro dei loro sette figli. Si trattava di stabilire se tale periodo dovesse essere preso in considerazione ai fini del computo del periodo di residenza legale di cinque anni, a cui la decisione n. 1/80 subordina la possibilità per familiari di un lavoratore turco di accedere al mercato del lavoro del paese ospitante.

53 — Ibidem, punti 46 e 47.

54 — Ibidem, punti 49 e 50.

55 — Racc. pag. I-4747; in prosieguo: la sentenza «Eyüp».

La Corte di giustizia ha tenuto conto dell'obiettivo dell'effettivo ricongiungimento familiare che ha ispirato l'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80, e ha dichiarato che «considerati i particolari elementi di fatto della causa principale e in particolare la circostanza che il periodo di coabitazione extramatrimoniale del signor e della signora Eyüp si collocava tra i loro due matrimoni», il detto periodo non aveva interrotto la loro vita familiare comune, di modo che doveva essere preso integralmente in considerazione ai fini del calcolo dei periodi di residenza legale⁵⁶.

Dai termini circostanziati impiegati dalla Corte di giustizia si capisce con assoluta chiarezza come essa non abbia affermato che per il diritto comunitario un vincolo stabile tra due persone sia equiparato al matrimonio. Si aggiunga inoltre che la decisione n. 1/80 si riferisce genericamente ai «familiari» del lavoratore turco, nozione dai tratti più elastici di quella di «vedovo» o «vedova», utilizzata dal regime previdenziale britannico.

In ogni modo, la sentenza Eyüp può far luce sulla questione pregiudiziale in esame, anche se per motivi diversi da quelli

individuati dalla ricorrente nella causa principale. Occorre rilevare, da un lato, l'inclinazione dimostrata dalla Corte di giustizia ad interpretare concetti appartenenti al diritto di famiglia secondo lo spirito e la finalità della norma contenente il rinvio, e, dall'altro lato, la valutazione delle particolari caratteristiche del caso concreto che induce ad adottare soluzioni equitative («ex aequo et bono»). Questi elementi tuttavia, non possono rivestire importanza decisiva al momento di risolvere la domanda di pronuncia pregiudiziale della Court of Appeal.

61. Dalla precedente analisi della giurisprudenza risulta, a mio parere, che non può dedursi dalla direttiva sulla parità delle retribuzioni né dall'art. 141 CE che si debba attribuire al convivente non coniugato di una lavoratrice un beneficio, quale la pensione, riservato al coniuge superstite. La circostanza che questa persona sia un transessuale non è, in via di principio, determinante, poiché la stessa soluzione si imporrebbe di fronte ad impedimenti al matrimonio di altra natura. Così, naturalmente, avverrebbe nel caso di conviventi dello stesso sesso, ma anche in quello di persone che non avessero raggiunto l'età per sposarsi, che non avessero capacità di agire, che fossero già sposate o che fossero legate tra loro da vincoli di sangue. In nessuno di questi casi si potrebbe reclamare, a tempo debito, una pensione di reversibilità per vedovi, senza che questi impedimenti costituiscano espressione di una disparità di trattamento fondata sul sesso.

⁵⁶ — Sentenza Eyüp (punto 36).

62. Questa stessa analisi induce a porsi interrogativi, come ho già detto, sull'elemento che sta al centro della controversia concreta: il fatto che i transessuali del Regno Unito non possano contrarre matrimonio con persone appartenenti al loro stesso sesso biologico, indipendentemente dalla loro avvenuta trasformazione fisiologica sul piano anatomico. Il rappresentante di K.B. ha ribadito che essa non chiedeva alla Corte di giustizia il riconoscimento di tale diritto. Tuttavia, a parte il fatto che tale argomento poteva rispondere ad una determinata strategia processuale, in considerazione della situazione giuridica prevalente quando è stata avviata la causa principale, la Corte di giustizia dispone di un margine di apprezzamento sufficiente per poter scegliere, giunto il momento di fornire una soluzione utile al giudice del rinvio, l'orientamento interpretativo adeguato.

63. Alla Corte di giustizia si offre un'altra possibile via interpretativa per affrontare il presente problema. Essa si ricava da alcuni degli argomenti addotti dalle parti che hanno presentato osservazioni.

Ci si potrebbe chiedere se sia ragionevole scegliere il rapporto coniugale come vincolo dal quale dipenda la concessione, a momento debito, di una pensione di reversibilità per vedovi. Un tale esame richiederebbe che ci si interrogasse sull'obiettivo perseguito da una pensione di questa natura e, parallelamente, sull'idoneità di un mero contratto formale a rappresentare una comunione solidale. In alternativa, almeno, si dovrebbe valutare la possibilità

che rapporti di altra natura meritino una simile tutela. Questo tipo di analisi, caratteristico di una società matura, in cui la sostanza prevale sulla forma, si sta facendo strada nella pratica. Così, da un lato, è consentito sindacare il carattere effettivo del matrimonio nell'ambito, per esempio, del diritto dell'immigrazione⁵⁷ e, nel contempo, situazioni caratterizzate da una coabitazione effettiva, non riconosciute ufficialmente, vengono, per motivi di equità, equiparate al matrimonio⁵⁸.

Sono convinto che l'evoluzione del diritto debba andare in questa direzione, tuttavia è probabilmente prematuro applicare tali linee guida al caso di specie, soprattutto in considerazione del fatto che esistono soluzioni alternative meno audaci.

64. La questione pregiudiziale in esame, se riformulata, verterebbe quindi sulla compatibilità, con il diritto comunitario, di una normativa nazionale che, non ammettendo il matrimonio dei transessuali, nega a questi ultimi la possibilità di ottenere una pensione di reversibilità per vedovi.

57 — V., in proposito, la risoluzione del Consiglio 4 dicembre 1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi (GU C 382, pag. 1).

58 — V. sentenza Eyüp, cit. supra.

65. Perché la pretesa di fondo possa essere accolta, dev'essere soddisfatta una duplice condizione, e cioè:

- a) che la normativa nazionale risulti contraria al diritto comunitario, e
- b) che la Corte di giustizia sia competente a pronunciarsi, ossia che la lite verta su una delle materie del Trattato.

66. Ebbene, non vi sono dubbi sul fatto che l'impossibilità dei transessuali britannici di contrarre matrimonio conformemente allo loro nuovo sesso fisiologico sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario.

È giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia che, in materia di diritti fondamentali, il contenuto dei principi generali del diritto comunitario dev'essere accertato muovendo dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁵⁹, alla luce delle indicazioni fornite dai trattati internazio-

nali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, ratificati dagli Stati membri⁶⁰. Per di più, a questo proposito, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo presenta una particolare rilevanza⁶¹.

67. Da quanto esposto in precedenza, ai paragrafi 28 e 29, si deve dedurre, in primo luogo, che il diritto dei transessuali di unirsi in matrimonio con persone dello stesso sesso biologico è parte degli ordinamenti della stragrande maggioranza degli Stati membri. Al momento attuale, tredici su quindici paesi dell'Unione lo riconoscono, o mediante una espressa disposizione legislativa, o attraverso pratiche amministrative o giudiziarie. Questo fatto deve bastare, di per sé, per considerare questo diritto come facente parte del patrimonio giuridico comune, poiché sostenere che la determinazione dei principi generali dipende da una perfetta coincidenza tra gli ordinamenti dell'insieme degli Stati membri priverebbe questo metodo di indagine di qualunque utilità.

68. In secondo luogo, a partire dalla pronuncia, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, della sentenza 11 luglio 2002⁶², il suddetto diritto rientra nel contenuto dell'art. 12 della Convenzione. I giudici di Strasburgo riconoscono alle

59 — V. sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft (Racc. pag. 1125, punto 4).

60 — V. sentenza 14 maggio 1974, causa 4/73, Nold (Racc. pag. 491, punto 13).

61 — V. sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT (Racc. pag. I-2925, punto 41).

62 — V. supra, paragrafo 33.

autorità pubbliche soltanto un limitato margine discrezionale per quanto riguarda le condizioni che devono essere soddisfatte perché un cambiamento di sesso sia effettivo, le conseguenze che un tale cambiamento comporta rispetto ai matrimoni celebrati anteriormente e l'obbligo di informare l'altro contraente del detto cambiamento di sesso⁶³.

69. Di conseguenza, applicando i due metodi utilizzati dalla Corte di giustizia per dare un contenuto ai principi generali del diritto comunitario, si giunge al medesimo risultato: i transessuali godono del diritto fondamentale di contrarre matrimonio in condizioni che tengano conto del loro sesso acquisito.

70. Tuttavia, tale constatazione non è sufficiente. Come avverte il governo britannico, la mera incompatibilità di una normativa interna con un diritto fondamentale riconosciuto in ambito comunitario non può avere l'effetto di estendere tale ambito oltre le competenze attribuite dal Trattato.

71. Occorre pertanto accertare se la detta incompatibilità incida su uno dei diritti tutelati da normative della Comunità, nel caso di specie, dal divieto di discrimina-

zioni fondate sul sesso riguardo alla retribuzione dei lavoratori.

72. È evidente e pacifico che il diritto di percepire una pensione di reversibilità per vedovi, nelle circostanze proprie della causa principale, è tutelato dall'art. 141 CE e dalla direttiva 75/117, in quanto si tratta di una prestazione collegata alla retribuzione⁶⁴.

73. Non provoca seri dubbi neppure la qualificazione della disparità di trattamento di cui sono oggetto i transessuali come una discriminazione fondata sul sesso. Così si evince dalla sentenza P./S., secondo la quale tale nozione non può essere ridotta «soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso ma include quelle che hanno origine nel mutamento di sesso dell'interessato. Siffatte discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato»⁶⁵.

Questa posizione riflette inoltre la conclusione che i problemi relativi alla transessualità non si confondono con quelli propri delle tendenze sessuali⁶⁶. Qualora la discriminazione di cui sono vittime i transessuali non si considerasse fondata sul sesso, si giungerebbe alla situazione paradossale per cui questa categoria di persone, particolarmente vulnerabili, sarebbe privata di una tutela specifica in ambito comunitario. Si

63 — Punto 103, in fine, della sentenza Goodwin, cit. supra, al paragrafo 33.

64 — V. supra, paragrafi 23-24 e 40.

65 — Sentenza P./S., cit. supra, al paragrafo 7 (punti 20 e 21).

66 — V. supra, paragrafo 25.

tenga a mente che né l'art. 13 CE, né l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contengono un riferimento esplicito ai transessuali⁶⁷.

74. Il problema originale risultante dal procedimento in esame, che distingue quest'ultimo dalla causa decisa con la sentenza P./S., consiste nel 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 reversibilità per vedovi, ma soltanto su quello di una condizione previa necessaria: la capacità di contrarre matrimonio.

75. Questa differenza non può, di per sé sola, condurre ad una soluzione diversa da quella adottata allora. La Corte di giustizia deve vigilare, sia perché l'esercizio dei diritti tutelati dal Trattato venga sottratto ad ogni forma di discriminazione vietata, sia perché tali diritti non vengano subordinati a condizioni contrarie all'ordine pubblico europeo.

67 — Mentre il primo si riferisce alle «discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali», il secondo si applica a casi di «discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

76. Non si tratta di edificare un «diritto matrimoniale europeo», ma di garantire la piena efficacia del divieto di discriminazioni fondate sul sesso. Si pensi, per esempio, ad una ipotetica normativa nazionale che escludesse le donne dalla conclusione di un determinato negozio giuridico o dal conseguimento di una qualificazione da cui dipendesse necessariamente la possibilità di ottenere una retribuzione. Tale limitazione, salvo una giustificazione adeguata basata su criteri oggettivi, costituirebbe una discriminazione diretta in contrasto con l'art. 141 CE.

Lo stesso accade nel caso di specie: anche se la disparità di trattamento opera in forma indiretta, la discriminazione rimane diretta. Si potrebbe parlare di discriminazione indiretta soltanto se venissero applicati criteri diversi dal sesso, ma l'impedimento al matrimonio in questione trae origine e si spiega unicamente in base al mutamento di sesso dell'interessato, elemento che rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE, conformemente all'interpretazione della Corte di giustizia ricordata in precedenza.

77. Oltre alla questione della parità in ambito lavorativo, si tratta — come viene ammesso nella sentenza P./S. — di garantire il rispetto della dignità e della libertà cui i transessuali hanno diritto. «La dignità umana e il diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità rendono imperativo l'adeguamento della condizione personale dell'individuo al sesso cui appartiene, in conformità della sua costituzione psicologica e fisica (...). Per motivi di certezza del diritto, il legislatore dovrebbe disciplinare

le questioni relative allo stato civile collegate ad un cambiamento di sesso e agli effetti di quest'ultimo. Tuttavia, finché non è adottata tale legislazione, i giudici sono tenuti ad applicare il divieto di discriminazioni tra uomini e donne fino all'entrata in vigore di una normativa che tratti le persone di ambo i sessi su un piano di parità»⁶⁸.

78. Mi rendo conto che siffatta interpretazione comporta problemi tecnici di applicazione. Finché il Regno Unito non adotti le norme necessarie per consentire il matrimonio dei transessuali, il giudice nazionale — che è anche giudice comunitario — deve garantire, nel rispetto del diritto interno, che la discriminazione di cui i transessuali sono vittime non incida sui diritti di questi ultimi derivanti dal Trattato. Le possibili soluzioni variano da un'interpretazione dei termini «uomo» e «donna» che autorizzi il matrimonio dei transessuali⁶⁹, all'istituzione ad hoc di un matrimonio fittizio o di un vincolo diverso, meno rigido, che consenta al transessuale di percepire una pensione dopo la morte della persona che sarebbe stata il suo coniuge se una norma ingiusta non glielo avesse vietato.

79. I transessuali sono soggetti ad una sofferenza ossessiva, essendo convinti di essere vittime di un errore della natura. Molti di loro hanno scelto il suicidio. Al termine di un lungo e doloroso processo, in cui al trattamento ormonale seguono delicate operazioni chirurgiche, la medicina riesce ad offrire loro un sollievo parziale, avvicinando il più possibile le loro caratteristiche somatiche esteriori a quelle del sesso cui sentono di appartenere⁷⁰. Mi pare aberrante che il diritto possa farsi scudo di meri espedienti tecnici per negare i pieni effetti ad un'equiparazione così faticosamente conquistata.

80. Concluderò, come fece l'avvocato generale Tesauro nelle sue conclusioni nella causa P./S., parafrasando le parole dell'avvocato generale Trabucchi, pronunciate in una causa che risale a quasi trent'anni fa: 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 dell'integrazione europea a livello non solo dell'economia, ma anche dei popoli, non possiamo deludere l'aspettativa che viene in noi riposta⁷¹.

68 — Ordinanza del Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale tedesca) 11 ottobre 1978 (BVerfGE 49, pag. 286).

69 — Benché la House of Lords abbia appena rifiutato di farlo, nella sentenza cit. supra, al paragrafo 20, facendo prevalere le difficoltà di applicazione pratica sull'efficacia del diritto fondamentale, seguendo una logica diametralmente opposta a quella del giudice costituzionale tedesco.

70 — V. l'opinione dissidente del giudice Mertens nella sentenza Cossey/Regno Unito, della Corte europea dei diritti dell'uomo, già citata.

71 — Conclusioni 10 giugno 1975, causa 7/75, Coniugi F./Belgio (Racc. pag. 679, paragrafo 6).

Conclusione

81. Di conseguenza, occorre risolvere la questione pregiudiziale proposta dalla Court of Appeal nei seguenti termini:

«Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, sancito dall'art. 141 CE, osta all'applicazione di una normativa nazionale che, negando ai transessuali il diritto di contrarre matrimonio conformemente al loro sesso acquisito, priva questi ultimi della possibilità di ottenere una pensione di reversibilità per vedovi».