

Matrimonio o pensione? La corsa ad ostacoli delle donne *transgender* per l'accesso al sistema pensionistico

di *Benedetta Profumo*

Title: Marriage or pension? The obstacle course of transgender women for the access to social security

Keywords: Equal treatment for men and women in matters of social security; Conditions for recognition of change of gender; Pensionable age for persons of the gender acquired.

1. – Con sentenza pronunciata il 5 dicembre 2017 (causa C-451/16, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*), la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è occupata di valutare la compatibilità tra la Direttiva 79/7, riguardante la parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, ed il Gender Recognition Act 2004 (da ora GRA), ovvero la normativa del Regno Unito che stabilisce le condizioni per ottenere un certificato di riconoscimento del cambiamento di sesso.

In particolare, la questione controversa sorgeva dal contrasto tra la normativa interna sul riconoscimento del mutamento di sesso ed in particolare l'art. 2, par. 1 del GRA – il quale, all'epoca dei fatti, prevedeva che il richiedente coniugato potesse esigere soltanto un riconoscimento provvisorio del nuovo sesso prima dell'annullamento del matrimonio – e la Direttiva 79/7. Tale direttiva stabilisce infatti, da un lato, all'articolo 4, paragrafo 1, che per l'accesso ai regimi assistenziali legali che assicurano una protezione contro i rischi della vecchiaia vige «il principio della parità di trattamento (che) implica l'assenza di qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente fondata sul sesso, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia». Dall'altro lato, prevede tuttavia che gli Stati membri possano fissare dei limiti di età per la concessione della pensione di vecchiaia.

2. – Preliminarmente alla questione oggetto di controversia, va specificato che la discriminazione può essere di tipo diretto od indiretto. Per stabilire la distinzione tra i due concetti è opportuno rifarsi alla Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che si occupa del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. In base a tale normativa si realizza discriminazione indiretta quando «una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari». Al contrario sussiste una discriminazione diretta quando «una persona è trattata meno

favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga».

Il caso in esame è inquadrabile nel secondo tipo di violazione, per le ragioni che saranno esposte in seguito.

Passando all'analisi del caso concreto, è opportuno precisare che il ricorrente era un soggetto di sesso maschile nato nel 1948 che, sposatosi nel 1974, dopo aver vissuto come donna dal 1991 al 1995, in quell'anno si era sottoposto ad un'operazione chirurgica di conversione sessuale.

MB tuttavia non aveva mai ottenuto un certificato che riconoscesse in modo definitivo il suo cambiamento di sesso. Ciò in quanto, come sopra accennato, la concessione di tale certificato presupponeva il previo annullamento del matrimonio contratto precedentemente, mentre la parte ricorrente e la moglie desideravano rimanere unite nel vincolo matrimoniale per motivi religiosi.

MB soddisfaceva quindi i criteri di ordine fisico, sociale e psicologico previsti dalla normativa nazionale in materia di stato civile ai fini del riconoscimento giuridico del suo cambiamento di sesso: infatti aveva vissuto da persona del sesso acquisito per almeno due anni anteriormente alla proposizione della domanda; aveva manifestato l'intenzione di vivere come tale fino alla fine dei suoi giorni; e soddisfaceva le condizioni di cui all'articolo 3 del GRA.

Perciò, qualora fosse stata nubile, avrebbe avuto diritto ad esigere immediatamente il certificato definitivo. Invece, essendo sposata, violava il criterio inerente lo stato matrimoniale, il quale subordinava il riconoscimento all'annullamento delle nozze contratte prima del cambiamento di sesso.

Questo requisito era giustificato dal fatto che, all'epoca, il Regno Unito non riconosceva il matrimonio tra persone dello stesso sesso; situazione che invece sarebbe venuta a crearsi qualora uno dei due coniugi avesse cambiato definitivamente genere pur rimanendo sposato.

766

3. – Premesso quanto sopra, è necessario valutare come i fatti appena esposti abbiano dato origine ad una situazione discriminatoria.

L'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 79/7 dispone che gli Stati membri possano prevedere la fissazione di un limite di età (differenziato in base al sesso) per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro.

In conformità a tale facoltà, l'articolo 122 della legge nazionale relativa ai contributi e alle prestazioni di sicurezza sociale (Social Security Contributions and Benefits Act 1992) e l'allegato 4, paragrafo 1, del Pensions Act 1995 (legge relativa alle pensioni di vecchiaia), stabilisce che una donna nata prima del 6 aprile 1950 maturi il diritto alla pensione statale di fine lavoro «di categoria A» al compimento del 60esimo anno di età, mentre un uomo nato prima del 6 dicembre 1953 matura tale diritto solo al compimento del 65esimo anno di età.

Alla luce di queste norme MB, raggiunta l'età di sessant'anni, cioè l'età al raggiungimento delle quali le donne possono ottenere una pensione statale «di categoria A», presentava una domanda intesa ad ottenere tale beneficio.

La domanda veniva respinta in quanto, ai fini della determinazione dell'età legale del pensionamento, MB non poteva essere trattata come donna, poiché non aveva un certificato definitivo di riconoscimento del suo cambiamento di sesso, ma soltanto una certificazione di tipo provvisorio.

MB impugnava tale decisione, ma il ricorso veniva respinto tanto dal Tribunale di primo grado, quanto dal Tribunale superiore e dalla Corte d'appello. MB presentava dunque ricorso dinanzi alla Corte suprema del Regno Unito, sostenendo che la normativa nazionale costituisse una discriminazione fondata sul sesso, vietata dall'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 79/7. Ciò in quanto di fatto introduceva un requisito per l'accesso al sistema pensionistico, inerente lo stato coniugale, che riguardava solo le donne transgender.

Il giudice, nel rimettere la questione alla Corte di Giustizia, poneva pertanto il quesito se la direttiva 79/7 e, in particolare, il suo articolo 4, paragrafo 1, primo trattino, in combinato disposto con i suoi articoli 3, paragrafo 1, lettera a), terzo trattino, e 7, paragrafo 1, lettera a), dovesse essere interpretata nel senso che essa ostava ad una normativa nazionale ai sensi della quale una persona che ha cambiato sesso doveva, per beneficiare di una pensione statale di fine lavoro a decorrere dall'età pensionabile legale prevista per le persone del sesso acquisito, soddisfare non soltanto criteri di ordine fisico, sociale e psicologico, ma anche la condizione di non essere coniugata con una persona del sesso che essa ha acquisito in seguito a tale cambiamento.

4.- Innanzitutto la Corte di Giustizia precisa che, seppure il diritto dell'Unione non interferisca nella competenza degli Stati membri nel settore dello stato civile e del riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso, gli Stati membri devono tuttavia, nell'esercizio di tale competenza, rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare le disposizioni relative al divieto di discriminazione. Pertanto una normativa nazionale che subordina il beneficio di una prestazione pensionistica a un presupposto relativo allo stato civile non può sottrarsi all'osservanza del principio di non discriminazione fondata sul sesso, sancito peraltro anche all'articolo 157 TFUE nell'ambito della retribuzione dei lavoratori, oltre che dalla direttiva 2006/54/CE.

Come chiarito dalla sentenza Richards, la quale costituisce un precedente simile in materia di sicurezza sociale – seppure la sentenza fosse precedente all'introduzione del GRA – la sfera di applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine nel mutamento di sesso dell'interessata [sentenza Richards, C-423/04, p.to 24]. Questa interpretazione è stata affermata dalla Corte di Giustizia a partire dal 1996, quando nella storica sentenza P. c. S. [sentenza P. c. S., C-13/94, p.to 20], essa ha respinto l'interpretazione di discriminazione fondata sul sesso quale nozione binaria basata sull'opposizione tra due categorie che si escludono vicendevolmente. Questa scelta è stata motivata dal fatto che il diritto a non subire discriminazioni basate sul sesso costituisce un diritto fondamentale della persona umana e pertanto tale inclusione risponde al dovere di rispettare la dignità e la libertà delle persone transessuali.

In questo contesto ci si deve dunque domandare quale sia il parametro di riferimento.

La questione in altre parole è se il termine di confronto – al fine di valutare se i soggetti che hanno mutato sesso siano discriminati – sia la condizione in cui si trovano gli individui cisgender del sesso acquisito, cioè quella degli individui che sentendosi a proprio agio con il proprio genere di nascita non lo hanno mutato.

Il Regno Unito, nelle osservazioni presentate davanti alla Corte, ha asserito la non comparabilità di tali situazioni, poiché le condizioni di transgender e cisgender non sono identiche. Infatti per le donne biologiche non rileva la considerazione dello stato matrimoniale – e perciò possono accedere alla pensione al compimento del sessantesimo anno di età, a prescindere da se siano sposate o meno – in quanto hanno conservato il proprio sesso di nascita e dunque, se sono sposate, lo sono con un individuo di sesso opposto.

Analoghe considerazioni non valgono invece in riferimento alle donne transgender. Queste infatti, qualora il riconoscimento definitivo del cambio di sesso non fosse subordinato all'annullamento del matrimonio, si ritroverebbero sposate con persone del medesimo sesso da esse acquisito.

Come sottolineato dall'Avvocato Generale tuttavia, la questione dello stato civile evidenziata dal Regno Unito è una caratteristica secondaria, non essenziale, dei termini della comparazione, che non esclude la comparabilità. Lo stato civile non costituisce infatti il criterio in relazione a cui deve essere valutata la disparità di trattamento, bensì

la condizione che conduce a una differenza di trattamento in merito all'accesso alle pensioni di fine lavoro.

In questo senso la Corte ricorda che il requisito della comparabilità delle situazioni non richiede che le situazioni siano identiche, ma soltanto che siano simili. L'esame della comparabilità peraltro deve essere condotto non in maniera generale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi [sentenza Hay, C-267/12, p.to 33; sentenza Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, p.to 25].

Alla luce di questo enunciato la Corte sottolinea che la normativa nazionale pensionistica, oggetto del procedimento, concedeva la pensione di anzianità a chiunque avesse raggiunto l'età legalmente prevista ed avesse versato al sistema pensionistico pubblico del Regno Unito contributi sufficienti – indipendentemente dalla sua situazione matrimoniale – pertanto, a parere dei giudici di Lussemburgo, le due situazioni erano pienamente comparabili.

5.- Accertata la comparabilità delle due situazioni, la Corte rileva che la normativa nazionale di cui si trattava nel procedimento principale riservava un trattamento meno favorevole, direttamente fondato sul sesso, alla persona che ha cambiato sesso dopo essersi sposata, rispetto alla persona che ha conservato il proprio sesso di nascita ed è sposata.

Essa respinge quindi l'eccezione formulata dal governo del Regno Unito, il quale aveva sostenuto che l'obiettivo di evitare l'esistenza di un matrimonio tra persone dello stesso sesso potesse giustificare l'applicazione del requisito dell'annullamento del matrimonio anteriormente contratto, alle sole persone che hanno cambiato genere.

Peraltro, l'obiettivo invocato dal governo del Regno Unito non corrispondeva alla deroga prevista rispetto al divieto di discriminazioni fondate sul sesso, stabilita nell'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 79/7 sopraccitata. Infatti tale disposizione, che attribuiva la possibilità per gli Stati membri di fissare dei limiti di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro, per costante giurisprudenza, va interpretata nel senso che essa si limita a concedere la facoltà agli Stati membri di stabilire una diversa età pensionabile per gli uomini e per le donne [v., in tal senso, sentenza Richards, C-423/04, p.ti 37 e 38].

Da ciò deriva che la condizione di non essere coniugati non rientrava tra le deroghe tassativamente consentite dall'ordinamento sovranazionale e pertanto creava una disparità di trattamento direttamente fondata sul sesso, che non può essere giustificata per motivi oggettivi (essendo tale giustificazione possibile esclusivamente nei casi di discriminazione indiretta).

Infatti seppure «spetta agli Stati membri determinare le condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso di una persona» – concetto chiarito nella sentenza Richards, espressamente richiamata dal governo del Regno Unito – è opportuno fare dei distinguo.

Va detto che la causa Richards riguardava l'impossibilità per una persona transessuale di ottenere il riconoscimento legale del sesso acquisito. Data la necessità di riconoscere un simile diritto, qualora una procedura per il riconoscimento del cambiamento di sesso esista, gli Stati membri possono discrezionalmente stabilire le relative condizioni. Il potere discrezionale di stabilire le condizioni del riconoscimento giuridico di tale cambiamento di genere, trova tuttavia dei limiti. Come correttamente sottolineato dall'Avvocato Generale il godimento dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione non può essere esposto all'arbitrio degli Stati membri.

Infatti le persone che si sottopongono al cambiamento di sesso devono essere tutelate dal divieto di discriminazione fondata sul sesso, già una volta che la procedura è in corso e non solo dopo che il sesso acquisito sia stato giuridicamente riconosciuto dalla procedura nazionale.

Altrimenti vi sarebbe il rischio che la discriminazione basata sul cambiamento di sesso e vietata dalla direttiva sia fatta rientrare per vie traverse sotto forma di requisiti o condizioni connessi al riconoscimento dello status, a prescindere dal loro contenuto [Conclusioni Avvocato Generale Bobek, p.ti 70-73].

Ulteriormente condizioni considerate in astratto «accettabili» potrebbero comunque produrre, in determinati contesti di fatto o di diritto, risultati inaccettabili.

Pertanto non si può ritenere che al momento di adottare tali procedure e di definire le condizioni, gli Stati membri agiscano completamente al di fuori dell'ambito del diritto dell'Unione sfuggendo dunque ad ogni tipo di controllo.

Infatti, come da premessa della sentenza in esame, gli Stati membri devono esercitare le loro competenze in modo conforme al diritto dell'Unione e, in particolare, alle disposizioni relative al principio di non discriminazione.

La conclusione inevitabile è che la direttiva 79/7 è incompatibile con una normativa nazionale, come quella all'epoca vigente nel Regno Unito, che impone alla persona che abbia cambiato sesso, qualora intenda beneficiare di una pensione statale di fine lavoro a partire dall'età pensionabile legale prevista per le persone del sesso da essa acquisito, di soddisfare non soltanto criteri di ordine fisico, sociale e psicologico, ma in aggiunta anche la condizione di non essere sposata con una persona del sesso da essa acquisito in seguito a tale cambiamento.

6.- In conclusione va precisato che, nonostante il pregevole sforzo della Corte di Giustizia e dell'Avvocato generale in un'ottica garantista, il problema è stato ad oggi, se non completamente risolto, tuttavia in larga parte ridimensionato dal legislatore britannico.

Infatti, da un lato, il Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 ha consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso, togliendo vigore anche all'obiezione rivolta nella presente causa dal governo del Regno Unito, che sosteneva che l'accertamento dell'incompatibilità con la direttiva 79/7 della condizione di essere non coniugati costringerebbe gli Stati membri a riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Dall'altro lato tale novità normativa ha comportato anche la diretta modifica dell'articolo 4 del GRA, nel senso che il certificato definitivo di cambiamento del sesso deve ora essere rilasciato qualora il coniuge del richiedente vi acconsenta.

Pertanto nello scenario attuale non è richiesto l'annullamento del matrimonio per poter ottenere il riconoscimento definitivo del nuovo sesso e dunque accedere al trattamento pensionistico.

Sembra che analogo problema non debba porsi con riferimento agli Stati ove per le coppie omosessuali è stata riconosciuta solo la possibilità di costituire un'unione civile. In materia infatti esistono già più pronunce della Corte EDU, la quale ha ritenuto proporzionato che, per ottenere il riconoscimento definitivo del nuovo sesso, l'interessato sia tenuto a convertire la propria relazione, prima matrimoniale, sotto forma di un'unione civile [Corte EDU, sentenza *Hämäläinen c. Finlandia*, p.ti 74 e 75].

Tale precedente, citato nella causa in esame ma ritenuto non pertinente rispetto al procedimento principale – in quanto riguardante strettamente il diritto alla vita privata e familiare e il diritto al matrimonio, e non la sicurezza sociale – potrebbe invece, a parere di chi scrive, essere un utile strumento cui rifarsi per risolvere future possibili controversie in materia riguardo agli Stati, come l'Italia, che non hanno ancora previsto una piena e totale parificazioni tra matrimonio eterosessuali ed unioni omosessuali.