



IL MUTAMENTO DI SESSO NEL DIRITTO ITALIANO ED EUROPEO ALLA LUCE DELLE RECENTI PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI

VALENTINA BARELA

SOMMARIO: 1. Introduzione alle problematiche inerenti il mutamento del sesso. - 2. Le condizioni richieste dalla legge per la rettificazione dell'attribuzione di sesso. - 3. Il percorso interpretativo tracciato dalla Corte di Cassazione. - 4. Esperienze europee a confronto: un'ipotesi applicativa di *cross-fertilization*. - 5. La reiterata posizione della Corte Costituzionale nel solco tracciato dalla Corte di Cassazione. Le pronunce del 5 novembre 2015, n. 221 e del 13 luglio 2017, n. 180. - 6. Alcune riflessioni conclusive e nuovi interrogativi sulla genitorialità del transessuale.

1. Negli ultimi anni il tema relativo alla posizione giuridica del transessuale e alle condizioni, richieste dall'ordinamento, per il conseguimento del mutamento del sesso è stato al centro del dibattito dottrinale, nonché oggetto dell'attenzione dei giudici, anche costituzionali, non soltanto nel nostro ordinamento ma in tutta Europa.

Si tratta di una delle problematiche che, per la natura e l'importanza delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, più di tutte si sono prestate al "dialogo" tra le corti costituzionali nazionali, favorendo dunque una condivisione di principi giuridici e di orientamenti giurisprudenziali tra i diversi ordinamenti nazionali e quello europeo, ad essi sovraordinato. Il coinvolgimento di diritti costituzionali relativi ai diritti inviolabili della persona, quali il diritto alla salute, il diritto alla identità di genere, elemento costitutivo dell'identità personale, attribuisce alla questione una valenza transnazionale¹. L'espressione «identità di genere» ha per la

¹ Sulla lettura sociale del diritto alla salute, adottata non solo dagli ordinamenti nazionali ma anche dal sistema giuridico integrato europeo si v. I. RIVERA, *La comparazione giuridica nel concetto di "salute": possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, fasc. 1, p. 117.

Invero, già nella Carta di Ottawa per la promozione della salute, redatta nel 1948, il concetto è descritto nella sua triplice dimensione, fisica, mentale e sociale. Sembra così che vi sia una conformità tra i tre elementi dell'identità sessuale (corpo, autopercezione e ruolo sociale) e quelli



prima volta trovato ingresso in un testo normativo con la Direttiva 2011/95/UE che l'ha definita identificativa degli aspetti connessi al sesso che possono costituire motivi di persecuzione, soprattutto ove sia evidente un contrasto tra i dati anagrafici e la rappresentazione esterna di un genere diverso. La tutela della persona che richiede il mutamento di sesso postula in particolar modo l'adozione del duplice approccio, sollecitato da attenta dottrina, in tema di diritti della persona; si tratta dell'approccio statico e al tempo stesso dinamico: l'uno espressivo della dignità umana, l'altro rappresentato dal svolgimento della personalità².

L'evoluzione della legislazione italiana nella materia, estremamente frammentaria e problematica³, così come il ripetuto intervento – soprattutto recente – da parte della Corte di Cassazione⁴ e della Corte Costituzionale⁵, testimoniano proprio le difficoltà di contemperamento degli interessi inerenti questa situazione giuridica soggettiva, nonché quelli che da essa sono coinvolti, che risentono anche del carattere eminentemente politico ed etico sociale che la regolamentazione di una siffatta materia inevitabilmente finisce per assumere.

E se il dibattito politico ed ideologico⁶ non ha certamente giovato alla coerenza ed alla sistematicità degli interventi legislativi, bisogna anche registrare una certa disparità di approccio da parte di alcuni ordinamenti giuridici europei, nonostante i tentativi di armonizzazione effettuati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha comunque ribadito anche il diritto del singolo legislatore nazionale di dettare i principi informativi di ciascuna normativa, trattandosi di scelte intimamente legate anche all'aspetto costituzionale degli ordinamenti stessi.

che rappresentano il concetto di salute. Così, G. APRILE, G. MALGIERI, F. PALAZZI, *Transessualismo e identità di genere: sviluppi dinamici di un'originaria staticità? Considerazioni giuridiche, mediche e filosofiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, fasc. 1, p. 61. Per un'analisi che colga la complessità dell'identità delle persona e superi rigide predefinizioni si v. P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 11. Cfr. anche N. POTESTARO, *Transessualismo, identità di genere e effettività del diritto alla salute*, in *Diritto e società*, 2016, 4, p. 737; C. PARRINELLO, *Riflessioni sull'appartenenza di genere come diritto fondamentale all'identità personale*, in www.comparazionedirittocivile.it/.

² Questo è quanto da lungo tempo segnalato da P. STANZIONE, voce *Persona fisica* (dir. civ.), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, XXIII, p. 1 ss.

³ La materia è disciplinata dalla Legge 14.4.1982 n. 164, in *Gazz. Uff.* 19 aprile 1982, n. 106; la legge è stata modificata dal D. P. R. 3 novembre, n. 396, dal D. Lgs. 1 settembre 2011, n.150 e dal D.Lgs. 19.1.2017 n. 5.

⁴ Cfr. Cass., 20.7.2015, n. 15138, in *Giur. it.*, 2016, 1, p.63.

⁵ Cfr. Corte Cost., 15.05. 2010, n. 138, Corte Cost., 5.11.2015, n. 211, Corte cost. 13.07. 2017, n. 180, in www.cortecostituzionale.it/.

⁶ Questa tematica presenta una forte complessità non solo dal punto di vista giuridico, ma soprattutto *in primis* di tipo medico, psicologico, religioso e spirituale.



Come è noto, in Italia la materia inerente la rettificazione di sesso e le relative conseguenze è regolata dagli artt. 1 e 4 della Legge 14.4.1982 n. 164⁷, rubricata «Norme in tema di rettificazione di sesso», nonché dall'art. 31 del D.Lgs. 1.9.2011⁸,

⁷ Cfr. P. STANZIONE *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/1982*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 2, p. 713; G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso. Il governo del corpo*, in *Tratt. di Biodiritto*, I, Milano, 2011, p. 729.

⁸ Il d.lgs. n. 150/2011 ha previsto che il giudizio si svolga secondo il rito ordinario di cognizione, risolvendo ogni quaestio relativa al rito applicabile, visto che la dottrina aveva dubitato sulla natura contenziosa o di volontaria giurisdizione. Cfr. V. MANTOVANI, Legge 14 aprile 1982, n. 164, art. 2, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1983, p. 36. *Contra*, R. CILIBERTI, *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 1, p. 350. A seguito del d.lgs. n. 150/2011, pertanto, è previsto: l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, la notifica dell'atto di citazione al coniuge e ai figli, e la decisione attraverso sentenza.

Pe maggiore chiarezza è utile riferite la disposizione dell'art. 31: «1. Le controversie aventi ad oggetto la rettificazione di attribuzione di sesso ai sensi dell'articolo 1 della legge 14 aprile 1982 n. 164 sono regolate dal rito ordinario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo. 2. E' competente il tribunale, in composizione collegiale, del luogo in cui ha residenza l'attore. 3. L'atto di citazione è notificato al coniuge ed ai figli dell'attore e al giudizio partecipa il pubblico ministero. 4. Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato. Il procedimento è regolato dai commi 1, 2 e 3. 4-bis. Fino alla precisazione delle conclusioni la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso e il coniuge possono, con dichiarazione congiunta, resa personalmente in udienza, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di costituire l'unione civile, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome ed il regime patrimoniale. Il tribunale, con la sentenza che accoglie la domanda, ordina all'ufficiale dello stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione se avvenuto all'estero, di iscrivere l'unione civile nel registro delle unioni civili e di annotare le eventuali dichiarazioni rese dalle parti relative alla scelta del cognome ed al regime patrimoniale. 5. Con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro. 6. La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1 dicembre 1970 n. 898». Il comma 4-bis è stato inserito da ultimo dall'art. 7 comma 1 del D.Lgs. 19.1.2017 n. 5, introdotto, a seguito dell'emanazione, da parte della Corte Costituzionale, della sentenza n. 170 dell'11.6.2014.

Sulle criticità della scelta del legislatore in merito all'adozione del rito ordinario di cognizione si v. N. POSTERARO, *Il diritto alla salute delle persone transessuali e la rettificazione chirurgica del sesso biologico: problemi pratici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2017, 3, p. 1085. L'A., oltre ai costi e alla tempistica, evidenzia le difficoltà di individuare il soggetto legittimato passivo, laddove la parte attrice non abbia



avente ad oggetto disposizioni complementari al codice di procedura civile sulle controversie in materia di rettificazione di sesso, e marginalmente anche dall'art. 3 n. 2 lett. g) della Legge 1.12.1970 n. 898 (c.d. legge sul divorzio)⁹.

Una rapida disamina dell'intero quadro normativo palesa la sovrapposizione, non sempre ordinata, dei successivi interventi legislativi, e soprattutto mostra quali siano le tematiche rilevanti e gli interessi costituzionali che entrano in gioco all'interno delle stesse, talvolta coniugati in principi e talvolta più rigorosamente in diritti; si pensi alla libertà d'espressione, al rispetto della dignità della persona, al diritto di autodeterminazione, al diritto al matrimonio e via enumerando, tutti letti in conformità della clausola generale della personalità (art. 2 Cost) e dell'art. 3, comma 2, Cost.

Punto focale è l'individuazione delle modifiche necessarie nel soggetto affinché venga dichiarata la rettificazione del sesso, nonché gli strumenti interpretativi che consentono di accertare quando la rettifica del sesso si rilevi opportuna nel rispetto, anche da parte di terzi, dell'identità personale e del diritto all'autodeterminazione della persona.

Ad ogni modo, l'analisi deve muovere dalla differenza ontologica tra la omosessualità e il transessualismo¹⁰, ossia tra l'orientamento sessuale e l'identità sessuale, posto che il primo identifica il genere verso cui è orientata l'identità di una persona, il secondo invece identifica la percezione che la persona ha di sé, ossia come una persona si sente psicologicamente rispetto al dato biologico constatato al momento della nascita; quest'ultimo aspetto, invero coinvolge anche il tema della scissione tra "soma" e "psiche" e il valore della c.d. psicosessualità, ossia la

un coniuge o figli; difatti, negli ultimi anni la prassi odierna individua nel Procuratore della Repubblica il convenuto (Trib. Venezia, 30 gennaio 2015, n. 355.) ed è evidente che in questo caso si verifica una sovrapposizione tra la figura del P.M. interveniente necessario e il P.M. legittimato ad agire e a resistere in una controversia di status.

La disposizione non compie nessuna specificazione in merito ai caratteri sessuali dei quali autorizzare l'adeguamento, né quali siano le indagini tecniche che debbono essere compiute; il tutto è rimesso alla discrezione del giudice, e alla luce della prassi, ad oggi, richiede CTU estremamente onerosa. Tuttavia, il legislatore del 2011 ha abrogato anche la previgente disposizione (art. 2, comma 4, della l. 14 aprile 1982 n. 164) per cui il giudice istruttore, se necessario, era tenuto a disporre la consulenza tecnica obbligatoria volta ad accertare le condizioni psicosessuali dell'interessato.

⁹ Tale norma, il cui contenuto è comunque superato da quanto poi previsto dalla Legge 14.4.1982 n. 164, dispone: «1. Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi (...) 2) nei casi in cui (...) g) è passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge 14 aprile 1982, n. 164».

¹⁰ Nello specifico si v. Corte Cost. n. 138 /2010 che ha escluso ogni trasposizione agli omosessuali dei principi in materia di transessualità.



dissociazione tra chi si sente di appartenere ad un genere diverso da quello individuato al momento alla nascita. L'aspetto psicologico ed emotivo deve prevalere su quello corporeo giacché è nella psiche che "si annida, si realizza e si ricerca l'identità sessuale"¹¹, soprattutto ove essa sia palesemente emblematica della disarmonia esistenziale della persona.

Sulle condizioni necessarie per ottenere la rettifica del sesso negli ultimi anni hanno prestato particolare attenzione sia la dottrina che la giurisprudenza. Gli interventi della Cassazione e della Corte Costituzionale, oltre che quello dei giudici di merito, si sono mostrati preoccupati di mantenere fermi i principi informatori dell'ordinamento giuridico italiano, ma - allo stesso tempo - consapevoli della necessità di aderire agli orientamenti sovranazionali ed in particolare agli insegnamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, al fine di adeguare l'interpretazione giuridica delle fattispecie maggiormente interessate al cambiamento culturale, oltre che alle innovazioni scientifiche registrate nel corso degli anni, soprattutto successivamente all'emanazione della normativa del 1982.

A tal proposito, la dottrina più avveduta ha già avuto modo di sottolineare, commentando le più recenti decisioni della Corte di Cassazione¹² in merito al fenomeno del transessualismo, che il trascorrere del tempo e il cambiamento dell'atteggiamento socio-culturale rispetto a tale fenomeno¹³, hanno fatto sì che le stesse istanze dei soggetti coinvolti, siano profondamente diverse rispetto al passato. D'altronde il superamento del carattere statico del complesso normativo della legge n. 164 del 1982, è stato già evidenziato nella nota sentenza della Corte Costituzionale, la n. 161 del 1985, secondo la quale «i diritti in gioco costituiscono parte integrante di una civiltà giuridica in continua evoluzione»¹⁴.

¹¹ Così, P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in www.comparazioneDirittocivile.it, p. 11. L'A. richiama le suggestive parole di Sant'Agostino, secondo il quale «l'uomo non è un'anima separata, né un corpo separato; ma un'anima che si serve di un corpo».

¹² Cfr. a tale proposito S. PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 11, p. 643, secondo cui rispetto al periodo in cui è stata licenziata la normativa in vigore è mutato lo stesso fenomeno del transessualismo essendo diversi i desideri e le richieste dei soggetti interessati».

¹³ Per apprezzare meglio il cambiamento culturale avvenuto nel tempo in merito al fenomeno del transessualismo si pensi al tenore della relazione alla proposta di legge, risalente al 1980, nella quale i transessuali venivano definiti come coloro i quali hanno operato «da modifica dei loro caratteri genitali esterni da maschili in femminili, ottenendo una certa quale identificazione sessuale con le donne» al fine di porre «termine al loro dramma esistenziale ed alla loro dissociazione psichica».

¹⁴ Cfr. Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 161, in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 420. La Corte ha evidenziato come il transessuale più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad un'esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo «naturale» modo di essere (al punto 4 del considerando in diritto). Ed in ogni caso la terapia è necessaria laddove soddisfi sia



Al riguardo assume rilevanza la fonte legislativa sovranazionale ed in particolare, per quanto qui rileva, l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁵, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare per cui qualunque ingerenza di un'autorità pubblica sull'esercizio di tale diritto deve essere giustificata da necessità di tutela di un interesse pubblico, che può essere costituito dall'esigenza di prevenire reati, proteggere la salute o la morale, o tutelare i diritti e le libertà altrui; infatti, l'art. 8 CEDU è stato più volte richiamato dai giudici italiani¹⁶ anche al fine di mettere in dubbio la costituzionalità della normativa interna in tema di transessualismo¹⁷.

L'art. 8 CEDU è stato elevato a criterio interpretativo sia da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia dei giudici nazionali, in grado di espandere e delimitare i confini delle libertà individuali coinvolte nella scelta della persona richiedente la rettifica della propria attribuzione di sesso rispetto a quella anagrafica

un diritto alla salute quanto un diritto all'identità di genere. Così, G. PALMERI, M.C. VENDUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, vol. IV, p. 1339.

¹⁵ Tale articolo, rubricato «Diritto al rispetto della vita privata e familiare», prevede quanto segue: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹⁶ Le due notissime sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 22.10.2007 hanno analizzato il rapporto tra ordinamento italiano e organismi internazionali, riconducendo l'applicabilità delle norme della Convenzione nel diritto interno all'art. 117 della Costituzione, in base al quale il legislatore italiano deve rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, ivi compresi quelli inerenti all'adesione alla CEDU. Le norme di tale convenzione, pertanto, rappresentano a tutti gli effetti, secondo il giudice costituzionale, delle norme interposte, ovvero sia che si pongono a metà strada da quelle di rango ordinario e quelle costituzionali, il che le rende, da un lato, parametro per vagliare la costituzionalità delle norme interne, e, dall'altro, criterio di interpretazione costituzionalmente orientata delle norme interne stesse.

¹⁷ Ad esempio, il Tribunale di Trento, nel rimettere alla Corte Costituzionale la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 della Legge 14.4.1982 n. 164 ai sensi degli artt. 2, 3, 32 e 117 Cost., ha richiamato questo ultimo articolo relativamente al contrasto della predetta normativa con l'art. 8 della CEDU in quanto la previsione della necessità dell'intervento chirurgico, con conseguente modifica dei caratteri sessuali primari del soggetto, ai fini della rettificazione del sesso, postulata dal Tribunale stesso, avrebbe pregiudicato gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere, a propria volta esplicitazione di quello al rispetto della vita privata e familiare.



originariamente indicata¹⁸. La trattazione di questo tema, invero, pone in rilievo interessi fondamentali dell'individuo e dello Stato, protetti dalla pressoché totalità delle carte costituzionali, europee e non solo; si pensi all'identità personale e di genere, al diritto alla salute, alla certezza dell'identificazione anagrafica, nonché al diritto relativo al mantenimento del vincolo coniugale. Quest'ultimo ha avuto una regolamentazione, parzialmente "satisfattiva", con la legge n. 76 del 10 maggio 2016¹⁹ che ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze, disponendo, al comma 27 dell'art. 1, che alla rettificazione anagrafica di sesso, laddove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone di stesso sesso.

2. La legge n. 164 del 1982 ha subito nel tempo interventi di modifica, resi in parte necessari a seguito di alcune pronunce della Corte Costituzionale. Tuttavia, ancora oggi, perché sia riconosciuta dall'ordinamento giuridico la rettificazione di attribuzione di sesso occorre una sentenza dell'organo giurisdizionale, che deciderà in tal senso, ove siano intervenute modificazioni dei caratteri sessuali del soggetto richiedente, sulle quali, ad oggi, nessuna specificazione è offerta dal legislatore.

La legge non dà indicazioni precise in merito alla transizione, il che non agevola l'interpretazione uniforme sulle verifiche e controlli necessari per il percorso; quest'ultimo è spesso interrotto a causa di esiti negativi di un'indagine, quando invece sarebbe opportuno il contestuale apprezzamento di più fattori, al fine di

¹⁸ In passato i Giudici di Strasburgo hanno negato la protezione al diritto di identità di genere e la possibilità di ricondurre gli interessi connessi alla rettificazione del sesso all'art. 8 CEDU.

¹⁹ Cfr. Gaz uff., serie generale, n. 118 del 21 maggio 2016. Per un commento, *ex pluribus* si v. E. CALÒ, *Le unioni civili*, Napoli, 2016; AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, p. 859; O. LANZARA, *Profili patrimoniali dell'unione civile*, in www.comparazioneDirittocivile.it; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondante sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016)*, in *Nuove leggi commentate*, 2016, 3, p. 367; G. FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in www.juscivile.it, 2016, 3, p. 38 ss. E. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corriere giur.*, 2016, 7, 893; G. SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, Perugia, 2016; G. DE CRISTOFARO, *Le unioni civili tra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1° -34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1, p. 101 ss.; A.G. PARISI, *Unioni civili: le grandi riforme del terzo millennio tra effettività e problematiche*, in www.comparazioneDirittocivile.it/.



evitare che la valutazione negativa di un elemento possa invalidare l'intero percorso. Ancora forte è, dunque, la preoccupazione che l'esito negativo di una verifica interrompa l'intero percorso, escludendo la valutazione di altri aspetti che invero potrebbero determinare l'opportuna rettifica anagrafica del sesso.

In questa materia il dato empirico, veicolato dalla comparazione giuridica²⁰, consente ai giudici della legge di ampliare la tutela di taluni diritti fondamentali laddove appaiano come forma di declinazione del diritto alla salute²¹. Parte della dottrina al riguardo auspicherebbe la configurazione di un parametro di ragionevolezza scientifica quando la decisione abbia una valenza anche politica ed implichi il diritto alla salute²². Infatti, l'irragionevolezza di protocolli medici è stata più volte denunciata, soprattutto nelle pronunce della Corte Costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita²³.

Oltre ai caratteri sessuali primari e secondari visibili, la sessualità invero è la risultante di diverse componenti, quali quella biologica, psicologica e sociale. Il fattore psicologico mette in risalto la valenza dell'accezione psicosomatica che rileva «il dinamismo insito nel fenomeno stesso del transessualismo e di categorie

²⁰ E' opportuno porre mente a quanto autorevole dottrina ci insegna, riferendo così testualmente che «la comparazione è divenuta una scienza composita, ma al contempo flessibile, votata ad un raffronto che prescinde dalle identità nazionali», in una visione in cui «i comparatisti non sono però, come nel passato, ambasciatori nazionali, protesi alla difesa del diritto interno nel comune sforzo di uniformazione, ma giuristi globali, interessati a rispondere a domande reali, a problemi per loro natura sovranazionali e, infine, a concorrere a determinare l'emersione di un diritto che non è più la convergenza o la sintesi di singole esperienze nazionali, ma che, sempre più spesso, nasce autonomamente e originariamente come un diritto fondato su regole sue proprie». Si v. G. AUTORINO, *La comparazione come fonte del diritto tra scienza e conoscenza*, in www.comparazionedirittocivile.it, pp. 225-25.

²¹ In tal senso si v. I. RIVERA, *La comparazione giuridica nel concetto di "salute": possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale*, cit., p. 128. L'A. ritiene, in particolare, che questo rapporto giustifica un ampliamento della tutela degli istituti giuridici anche ad altri soggetti, che non sono i principali diretti destinatari, come è accaduto, a titolo esemplificativo, per l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa nella sentenza n. 162/2014.

²² Così, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, p. 8 ss. Ad ogni modo, il diritto alla salute è intrinsecamente connesso al diritto di libertà. Al riguardo si v. L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giur. cost.*, 1999, II, p. 2058. Sulla valenza polisemica del diritto alla salute si v. I. RIVERA, *La comparazione giuridica nel concetto di "salute": possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale*, cit., p. 117 ss.

²³ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 162 del 2014 e Corte Cost., sentenza n. 151 del 2009.



fondamentali ad esso connesse»²⁴. D'altronde sia il concetto di identità sessuale che di salute sono diacronici e dinamici e, dunque, non statici ed uniformi nel tempo²⁵. Ne consegue che il diritto alla salute e il diritto all'identità non sono mai in conflitto quando sono entrambi sottesi alla tutela dell'autodeterminazione del soggetto. Pertanto, non è possibile riconoscere pienamente i diritti della personalità di una persona sacrificandone la salute.

La norma di cui all'art. 1 di tale legge non si sofferma sulla descrizione di quali siano i caratteri sessuali oggetto della modifica (e quindi se quelli primari o quelli secondari²⁶), e non prevede la necessità di un intervento chirurgico di demolizione ed eventuale ricostruzione dei caratteri sessuali primari come requisito indispensabile per l'emanazione della sentenza di rettificazione.

²⁴ Si v. G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002, p. 24. Anche la giurisprudenza ha dato rilevanza non esclusivamente agli organi genitali esterni, ma ad elementi di carattere psicologico e sociale chiarendo che la concezione del sesso è il risultato di una serie di fattori, dei quali rileva il carattere dominante degli stessi e non la loro mera presenza. Di estrema rilevanza al riguardo è la sentenza della Corte Cost. n. 161 del 6 maggio 1985, cit., p. 420. La Corte, sebbene in questa pronuncia lasci intendere che la rettificazione del sesso sia conseguente ad una convergenza tra soma e psiche, ottenuta attraverso un intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari, legittima quest'ultimo quale forma riparatoria di una situazione di "disperazione e angoscia", ponendo al centro l'aspetto soggettivo della situazione "drammatica e discriminatoria" in cui versa il transessuale. Diversamente la Cass. n. 15138/2015 ha dato una lettura divergente offrendo un'interpretazione evolutiva, ritenendo l'intervento chirurgico sui caratteri primari non sempre necessario, proprio in ragione di una lettura conforme al mutamento delle condizioni sociologiche e culturali e al progresso della scienza. Tuttavia nella pronuncia del 1985 la Corte costituzionale specifica che la decisione è presa in considerazione dello «stadio attuale delle conoscenze scientifiche» che appunto allora consideravano l'intervento demolitorio-ricostruttivo l'unico trattamento che potesse consentire al transessuale «di godere una situazione di, almeno relativo, benessere, ponendo così le condizioni per una vita sessuale e di relazione quanto più possibile normale».

²⁵ Così L. VIOLA, *Al di là del genere*, Milano, 2013, p. 154; F. BILOTTA, *Transessualismo* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2013, p. 732.

²⁶ Cfr. F. BILOTTA, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, n. 12, p. 1116, che spiega come «bisogna distinguere i caratteri sessuali primari (ossia gli organi genitali e riproduttivi) dai caratteri sessuali secondari (che a partire dalla pubertà consentono di distinguere i maschi dalle femmine: come la distribuzione delle masse muscolari e della forza, dell'adipe, dei peli, della laringe e della voce, delle mammelle)». L'orientamento prevalente della giurisprudenza sino all'intervento della Cassazione con sentenza n. 15138 del 2015, riteneva necessario l'adeguamento dei caratteri sessuali primari (*ex pluribus*, Trib. Trento, ord. 19 agosto 2014, in *www.articolo29.it*).



La norma si limita a considerare quale unico presupposto della rettificazione la modifica dei caratteri sessuali, e la sua lettura deve essere effettuata in combinato disposto con l'art. 31 del D.Lgs. 1.9.2011 n. 150, che prevede l'autorizzazione del tribunale all'intervento chirurgico "quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico"²⁷.

Sull'utilizzo e sul conseguente significato dell'espressione "quando" si è aperto, nel tempo, un interessante e serrato dibattito in dottrina²⁸, ed anche la giurisprudenza è tornata sull'argomento in numerose occasioni. Per molto tempo, infatti, si è ritenuto che il legislatore avesse utilizzato la parola "quando" in modo sostanzialmente pleonastico, oppure con esclusivo riferimento a quelle situazioni nelle quali l'intervento chirurgico non sia più necessario in quanto sia già stato precedentemente eseguito da chi richieda l'autorizzazione alla rettifica del sesso²⁹.

Alcuna giurisprudenza di merito³⁰ ha perfino ipotizzato che la mera eventualità prevista dalla norma con l'utilizzo della parola "quando" fosse riferita alla particolare casistica degli ermafroditi, e dunque alla evidenza, successiva alla nascita del soggetto, dell'errore nella diagnosi al momento della nascita stessa sul sesso del soggetto. Secondo questa impostazione, pertanto, la legge italiana avrebbe previsto, ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso, un vero e proprio "costringimento al bisturi", come è stato chiamato dagli interpreti³¹, ovvero una

²⁷ Analoga formulazione conteneva l'ormai abrogato art. 3 della predetta legge del 1982.

²⁸ Cfr. S. PATTI, M.R. WILL, *La rettificazione di attribuzione di sesso: prime considerazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, vol. II, p. 730; G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, cit., p. 73; A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, vol. III, p. 253, e C. CARICATO, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, vol. IV, p. 589.

²⁹ Cfr., ad esempio, Trib. Piacenza 19.2.2012, secondo cui l'opzione dell'intervento chirurgico è l'unica concretamente configurabile, anche perché il trattamento sanitario è «facoltativo essendo ben possibile per l'interessato vivere la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile». Particolarmente significativa, in tal senso, è altresì la sentenza del Trib. Roma 18.7.2014, che ha rigettato la domanda di rettifica del sesso da parte di un soggetto che non si era sottoposto ad intervento chirurgico di rimozione, pur avendo optato per una cura ormonale ed avendo subito un intervento di mammoplastica additiva, in quanto ad avviso del Giudice non era stato «perfezionato dal punto di vista fisico l'adeguamento dei caratteri sessuali del ricorrente», non essendo «avvenuta modificazione della struttura anatomica del soggetto con l'eliminazione quanto meno degli organi riproduttivi», dato che «quand'anche non possa reputarsi necessaria la ricostruzione degli organi genitali femminili (...) non può tuttavia prescindere dall'intervenuta asportazione degli organi riproduttivi».

³⁰ Cfr. la già citata Trib. Roma 18.7.2014. Per una critica a tale impostazione, cfr. S. PATTI, *Mutamento di sesso e costringimento al bisturi: il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, cit., p. 39.

³¹ *Ult. op. cit.*



pregiudiziale assoluta a fronte della richiesta di rettifica, rappresentata appunto dall'intervento chirurgico.

Un diverso orientamento³², più moderno e fondato su un'interpretazione della legge non soltanto letterale, ma piuttosto costituzionalmente orientata ed attenta alle istanze provenienti anche dalle legislazioni straniere e sovranazionali, ha invece considerato consapevole la scelta del legislatore di non esplicitare una modalità di modifica dei caratteri sessuali precisa, al fine di ottenere la rettifica, e tale scelta è anche maggiormente aderente alle nuove sensibilità etico-sociali e culturali che la tematica del transessualismo porta con sé, nonché alle chiare tendenze della legislazione europea.

D'altronde l'operatività dell'art. 5 c.c. non può non essere letta alla luce dell'art. 2 della Costituzione che comporta la sua espansione in termini di una tutela più ampia relativa all'integrità psicofisica della persona, tutela che legittima atti di disposizione del proprio corpo nella misura in cui non violino la dignità, il libero sviluppo della persona umana e il diritto alla salute, costituzionalmente inteso³³. Questo orientamento lascia anche maggiore spazio alle più recenti interpretazioni mediche del concetto di transessualismo, non legate *sic et simpliciter* al dato meramente fisico, ma ad una più complessa interazione tra fattori biologici, psicologici e sociali, e quindi anche inerenti all'autopercezione del soggetto (che non sente come "proprio" il sesso biologico constatato al momento della nascita, e ne avverte anzi il peso psicologico rispetto al "genere" cui egli sente di appartenere) ed alla relazione che il soggetto medesimo sviluppa con la società nel corso della propria vita e dunque dell'esercizio del suo diritto all'identità³⁴.

³² Cfr. P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, cit.; ID., *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/1982*, cit., p. 713; G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002, *passim*; S. PATTI, M.R. WILL, op. cit., p. 739 e ss., nonché F. BILOTTA, *Transessualismo* (voce), cit., 759 e ss., e D. AMRAM, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2011, p. 11068.

³³ Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 133 ss.

La giurisprudenza costituzionale ha enunciato a chiare lettere che gli accertamenti invasivi integranti trattamenti sanitari «trovano un limite non valicabile nel rispetto della dignità della persona (...) in questo ambito il rispetto della persona esige l'efficace protezione della riservatezza, necessaria anche per contrastare il rischio di emarginazione nella vita lavorativa e di relazione». Così Corte Cost., sentenza n. 218 del 1994.

³⁴ Invero, anche la Cassazione nella stessa decisione n. 15138 del 2015 chiarisce che l'identità sessuale è composta da tre elementi: corpo (soma), autopercezione (psiche) e ruolo sociale (polis). Di qui la dottrina è giunta ad una formulazione di tre concetti di sesso, ovvero quello biologico, percepito e anagrafico. Così F. Bilotta, *Transessualismo* (voce), cit., pp. 760-761. Si v. C. PARRINELLO, *Riflessioni sull'appartenenza di genere come diritto fondamentale all'identità personale*, in www.comparazionedirittocivile.it. L'A. ripercorre l'evoluzione del rapporto tra sesso anatomico e ruolo



3. L'orientamento prevalente sinora descritto, oltre ad essere stato espresso dalla più recente giurisprudenza di merito dominante³⁵, negli ultimi anni – ed in particolare nel corso del 2015 – ha dato origine ad una sorta di assestamento interpretativo della legge n. 164 del 1982, grazie a due fondamentali interventi della Corte di Cassazione prima e della Corte Costituzionale poi, a pochi mesi di distanza l'uno dall'altro. La Corte Costituzionale – come a breve si riferirà – è ritornata sul tema in modo incisivo nello scorso 2017, rafforzando l'orientamento interpretativo adottato nel 2015.

Nel luglio 2015, la Suprema Corte, con sentenza n. 15138, ha statuito³⁶ che l'intervento chirurgico non è un postulato imprescindibile ai fini della rettifica del

di genere e la nascita del concetto di identità di genere (*core gender identity*) alla luce degli studi aglo-americani. Volgendo lo sguardo all'esperienza all'esperienza anglo-americana si v. J. MONEY, A. ANKE EHRHARDT, *Man, Woman, Boy & Girl, The differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Baltimore- London, 1972, p. 16; R. STOLLER, *Sex and Gender. The development of Masculinity and Femininity*, New York City, 1968, p. 383. Da ultimo si v. JENS M. SCHERPE, *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Intersentia Cambridge-Antwerp, Portland (UK), 2015, *passim*, ampio volume che esamina la disciplina dettata in tema di transessualismo in una ventina di paesi, la maggior parte europei e nel quale si evince come in gran parte dei paesi si sia assistito ad un'evoluzione delle questioni giuridiche, dapprima sollevate dalla volontà della persona transessuale di sottoporsi all'intervento chirurgico, oggi invece nate dal diffuso rifiuto di sottoporsi ad interventi chirurgici, rifiuto che ha richiesto l'intervento delle Corti Costituzionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

³⁵ Cfr. Trib. Pordenone 18.5.2017, secondo cui «deve ritenersi non obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri anatomici primari. Infatti, l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere frutto di un processo individuale che ne postula la necessità»; Trib. Vicenza 4.10.2016, secondo cui «vanno accolte le domande di rettificazione dell'atto di nascita e di ogni altro atto dello stato civile ancor prima e a prescindere dalla effettuazione degli interventi chirurgici, attesa l'importanza che il nome ha nella identificazione e qualificazione del soggetto come appartenente all'uno piuttosto che all'altro sesso»; Trib. Genova 23.5.2016, che ha statuito che «appare ormai superata la tesi che identificava il concetto di mutamento dei caratteri sessuali con l'obbligo di sottoporsi a un intervento chirurgico al fine di eliminare i caratteri sessuali primari in favore della tesi che tale obbligo va autorizzato solo nei casi in cui tale intervento sia finalizzato a consentire un pieno raggiungimento del benessere psico-fisico dell'istante».

³⁶ Cfr. Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I Civile, del 20.7.2015 n. 15138, in *Giur. it.*, 2016, 1, p. 63 ss. La Corte accoglie il ricorso e pertanto la domanda di rettificazione di sesso da maschile a femminile negata al ricorrente perché non sottopostosi al trattamento medico chirurgico di modificazione definitiva dei caratteri sessuali primari di cui aveva ottenuto l'autorizzazione, e ciò



nesso, purché sia accertata di volta in volta la serietà del percorso scelto dal soggetto ai fini del mutamento dei caratteri sessuali, nonché la compiutezza dell'approdo finale, e purché tale accertamento sia fatto, se necessario, anche mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale. Le motivazioni logico-argomentative muovono dalla presa d'atto che le problematiche coinvolte nella vicenda sono direttamente riconducibili ai diritti inviolabili della persona³⁷ e che la lettera della legge vada interpretata nel senso di collocare il diritto all'identità di genere nell'alveo di questi ultimi diritti³⁸.

La Corte di Cassazione ha stabilito che, al fine di determinare la necessità di un mutamento di sesso, deve essere effettuato un corretto bilanciamento tra l'interesse pubblico dell'ordinamento giuridico alla certezza delle relazioni giuridiche - dunque ovviando alla "creazione" un *tertium genus* tra maschio e femmina e ad ambiguità nell'identificazione del genere sessuale - e il diritto del soggetto alla propria identità di genere senza che questa comporti il sacrificio della propria integrità psico-fisica, ove l'esercizio del diritto anzidetto sia subordinato ad un trattamento così altamente invasivo, se non addirittura pericoloso, per la salute del soggetto stesso. Eppure si sta manifestando sempre più spesso la volontà di molte persone, definite transgender, che rifiutano la dicotomia di genere, perché non sentono di appartenere ad alcun genere, oppure sentono di appartenere ad entrambi. Il Tribunale Costituzionale tedesco, di recente, con decisione del 30 giugno 2017 ha dichiarato l'incostituzionalità del § 22 del *Civil Status Act (Personenstandsgesetz – PStG)*

in ragione della serenità raggiunta in merito alla propria identità sessuale a seguito della sola modifica dei caratteri sessuali secondari.

³⁷ La sentenza della Corte di Cassazione in questione rimanda, a tale proposito, a quanto già statuito dalla Corte Costituzionale, a pochi anni dall'emanazione della normativa del 1982, con la sentenza n. 161 del 6 maggio 1985, secondo cui «la legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale». Con la sentenza in questione la Corte Costituzionale aveva altresì osservato che andava accolto «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero naturalmente evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale».

³⁸ La sentenza in questione espressamente afferma che «nel sistema creato con la legge n. 164 del 1982 tale correzione chirurgica non è imposta dal testo delle norme in esame, essendo sufficiente procedere ad un'interpretazione di esse che si fondi sull'esatta collocazione del diritto all'identità di genere all'interno dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuiscono allo sviluppo equilibrato della personalità degli individui, mediante un adeguato bilanciamento con l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche ma senza ricorrere a trattamenti ingiustificati e discriminatori».



per violazione degli artt. 1 e 3 Basic Law GG che sanciscono la tutela della dignità umana e il divieto di discriminazione di cui all'art. 3. In particolare ciò che viene censurato è l'assenza di un terzo genere, e la sola possibilità offerta alla persona, che non si identifichi nel genere femminile o in quello maschile, di astenersi da uno di questi due inquadramenti.

Di primaria importanza, dunque, diventa il profilo dell'identificazione del soma con la psiche, ovverosia la tutela dell'integrità psico-fisica del soggetto interessato e dell'avvicinamento dell'aspetto biologico a quello psicologico, tramite un percorso che sia il frutto della scelta personale del soggetto stesso. I giudici del Supremo Collegio, inoltre, svolgono un approfondito esame anche storico-sociale della fattispecie del transessualismo, riconoscendo che ad oggi per le persone transessuali «è possibile, diversamente che in passato, poter scegliere il percorso medico-psicologico più coerente con il personale processo di mutamento dell'identità e di genere» ponendo mente pertanto che «il momento conclusivo di tale percorso è individuale e certamente non standardizzabile».

Deve essere raggiunto un adeguato temperamento degli interessi di rango costituzionale e, a tal fine, la Suprema Corte esige che, al momento della concessione della rettifica del sesso, venga effettuato un rigoroso controllo, anche attraverso tutti gli appositi strumenti tecnico-scientifici di cui al giudice è consentito avvalersi, al fine di verificare il carattere certo ed irreversibile della scelta compiuta dal soggetto richiedente. Quest'ultimo aspetto, ossia l'irreversibilità della scelta, è importante e non inequivocabile, giacché anche se la giurisprudenza³⁹ sembra esprimersi negativamente in tal senso, negando una rettificazione dei dati anagrafici che consenta alla persona un percorso a ritroso per il sesso di partenza, la lettera della norma non lo escluderebbe e, pertanto, l'ordinamento astrattamente sarebbe tenuto a consentire questo nuovo cambiamento qualora corrispondesse alle sopravvenute reali esigenze e volontà della persona.

In sostanza, a giudizio della Cassazione se il percorso per giungere all'obiettivo è frutto di una innegabile scelta personale del soggetto, attinente ai suoi più intimi ed inviolabili diritti, costituzionalmente protetti, così l'obiettivo deve invece essere certo nel suo raggiungimento al fine di preservare l'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici e all'identificazione anche sessuale dei soggetti, a tutela anche dei rapporti familiari e di filiazione⁴⁰. Ciò anche al fine di evitare la omogenitorialità,

³⁹ Trib. Velletri, 2 novembre 2005, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 3, p. 1183.

⁴⁰ Gli ermellini osservano, a tale proposito, che «l'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria identità psico-fisica, sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico, inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche».



aspetto trascurato dinanzi all'apparente soluzione individuata nel divieto dell'inseminazione eterologa e della maternità surrogata disposta dal nostro ordinamento⁴¹. I motivi della decisione si fondano, dunque, principalmente sulla soggettività del percorso e sulle molteplici sfaccettature che definiscono l'identità sessuale di una persona, servendosi non solo dei preziosi principi costituzionali, ma anche delle fonti giurisprudenziali sovranazionali. Ciò testimonia, tra l'altro, come il fenomeno di *cross-fertilization* si riveli necessario per una piena attuazione dei diritti fondamentali della persona⁴²; ma sul punto si tornerà a breve.

E' però interessante osservare come la Corte si sia servita anche di argomentazioni strettamente legate all'interpretazione del testo della legge che tuttavia appaiono marginali rispetto allo sviluppo della c.d. *identité substantielle* della persona⁴³. La Corte spiega che la scelta di sottoporsi ad un intervento chirurgico dei caratteri sessuali è sacrificabile solo quando vi siano interessi superiori di carattere collettivo espressamente indicati dal legislatore, sui quali, invero – osserva la Corte – il legislatore ha omesso un'espressa specificazione⁴⁴, sancendo così, di fatto, la non necessità della sottoposizione ad uno specifico intervento chirurgico. La Corte chiarisce poi che l'impossibilità in natura - non inconsueta - di essere sottoposti ad un intervento demolitorio e/o ricostruttivo chirurgico «esclude in radice la necessità di una norma che possa anche solo astrattamente imporne l'esecuzione»⁴⁵. Bisogna però osservare che se la Corte si fosse limitata a compiere questa interpretazione letterale della norma, non avrebbe trovato ingresso lo sviluppo del ben più complesso e delicato tema dei diritti fondamentali della persona, ed in particolare del diritto del transessuale e delle altre persone che sono a lui strettamente legate, quali il coniuge e i figli.

⁴¹ Tuttavia, occorre riferire della recente Cass. civ. Sez. VI-1, ordinanza, 18.12.2017, n. 30294, nonché della sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, in caso di sterilità e infertilità assolute ed irreversibili. Per altro verso, si v. le ultime pronunce sulla omogenitorialità, ed in particolare la Cass. Civ., sez. I, del 20.09.2016, 19599 in *Giur. it.*, 2017, 11, p. 2365, con commento di A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*, p. 2368.

⁴² In argomento si v. G. AUTORINO, *Diritti fondamentali e "cross fertilization": il ruolo delle Corti Supreme*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, IV, p. 2057; G. De VERGOTTINI, *Il dialogo costituzionale tra le Corti*, Napoli, 2010, *passim*; GG. FERRARI, A. GAMBARO, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli-Roma, 2006, *passim*.

⁴³ Cfr. P.STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 3.

⁴⁴ In ogni caso, vengono messe in evidenza anche le difficoltà e complessità degli interventi sui caratteri secondari.

⁴⁵ Cfr. Corte di Cassazione, Sezione I Civile, del 20.7.2015 n. 15138, in *Giur. it.*, 2016, 1, p. 66.



4. L'identità sessuale, il diritto alla salute, il diritto all'autodeterminazione sono diritti che consentono una condivisione di scelte con altri ordinamenti giuridici, posto che il diritto alla rettificazione dell'attribuzione del sesso, esercitabile laddove sia espressione di principi costituzionali, è un diritto a-territoriale, il cui pieno riconoscimento non ammette limiti territoriali⁴⁶. La Corte di Cassazione, infatti, ha ritenuto opportuno confrontarsi con le realtà europee più vicine per cultura giuridica e sensibilità costituzionale e ha citato i recenti interventi delle corti costituzionali austriaca e tedesca, servendosi - quale corollario - della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In Germania, la BVG (BundesVerfassungsGericht, ossia la Corte Costituzionale tedesca) con due diverse sentenze, a distanza di tre anni l'una dall'altra⁴⁷, ha statuito l'illegittimità costituzionale della legislazione tedesca: prima, laddove essa prevedeva l'incapacità di procreare e l'intervento chirurgico come prerequisiti indispensabili per la rettificazione del sesso⁴⁸; successivamente, laddove imponeva l'obbligo di intervento chirurgico al fine di godere dei privilegi di un'unione civile una volta ottenuta la rettificazione di sesso (a seguito della modifica della normativa precedente all'esito della prima sentenza della BVG).

Del pari, in Austria la VfGH (Verwaltungsgerichtshof, ossia la Corte Costituzionale austriaca)⁴⁹ ha considerato illegittima la normativa interna in tema di transessualismo nella parte in cui richiedeva la necessità di un intervento chirurgico che prevedesse l'eliminazione delle caratteristiche sessuali primarie quale requisito per la dichiarazione di rettificazione del sesso.

⁴⁶ Un *favor* verso una comparazione che si spinga sino ad un dialogo tra le corti costituzionali è molto visibile in tema di filiazione. Si V. G. FERRANDO, *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 167. F.D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1447 ss.

⁴⁷ Sentenze della BVG del 27.5.2008 e dell'11.1.2011.

⁴⁸ Nella legge tedesca è possibile infatti ottenere due diverse tipologie di provvedimento, una di semplice modifica del nome (*kleine losung*: piccola soluzione), per la quale era sufficiente - prima dell'intervento della BVG del 2008 - sottoporsi ad un trattamento ormonale che avvicinasse il più possibile i caratteri fisici del richiedente all'altro sesso; l'altra di vera e propria rettifica anagrafica del sesso (*grosse losung*: grande soluzione), per la quale era indispensabile il doppio requisito dell'incapacità di procreazione e del previo intervento chirurgico. Sull'argomento, cfr. S. PATTI, C. WILL, op. cit., p. 736 e ss.

⁴⁹ Cfr. sentenza della VfGH del 3.12.2009.



Queste pronunce della giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca, richiamate dalla Suprema Corte italiana e molto importanti perché hanno determinato modifiche legislative nei rispettivi Paesi di appartenenza, sono state certamente influenzate da una più ampia nuova sensibilità alla tematica del transessualismo e ai diritti inviolabili che nella stessa vengono in rilievo⁵⁰, grazie anche all'indirizzo scelto dalla Corte CEDU e da altri organismi sovranazionali⁵¹.

La Corte CEDU, per altro, nella sentenza contro la Turchia emessa nel 2015⁵², ha ribadito con forza il concetto che la legittima capacità di autodeterminazione di qualsiasi ordinamento statale interno trova il proprio limite, di fronte al diritto internazionale ed alla Corte stessa, nella natura dei diritti e delle libertà individuali dei soggetti coinvolti e nella modalità di interferenza statale che l'ordinamento interno intende imporre ai soggetti stessi. Nel caso di specie, a giudizio della Corte, lo Stato turco avrebbe violato il diritto al rispetto della vita privata di un soggetto che aveva chiesto l'autorizzazione al trattamento chirurgico, autorizzazione che gli era stata negata in virtù del fatto che egli non aveva dimostrato di non essere in grado di procreare "in modo permanente", anche prima che il processo di

⁵⁰ Al riguardo, cfr. S. PATTI, *Mutamento di sesso e costringimento al bisturi: il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, cit., p. 39.

⁵¹ Si pensi ai rapporti delle Nazioni Unite del 15.12.2011 (diffuso dall'Ufficio ONU dell'Alto Commissario per i diritti umani – OHCHR), che esplicitamente parla, a proposito della discriminazione nei confronti dei soggetti transgender, di "un modello di violazione dei diritti umani che richiede un intervento", e del Consiglio d'Europa (2009 e 2010) sulla discriminazione ed il diritto all'identità di genere, citati anche nella predetta sentenza della Corte di Cassazione, così come alla Risoluzione n. 2048 del 22.4.2015 del Parlamento Europeo, dove in ordine alla tematica qui trattata viene osservato quanto segue: "*L'Assemblea è preoccupata per le violazioni dei diritti fondamentali, in particolare il diritto alla vita privata e all'integrità fisica, affrontate dalle persone transgender al momento della richiesta di riconoscimento del genere legale; le relative procedure spesso richiedono la sterilizzazione, il divorzio, una diagnosi di malattia mentale, interventi chirurgici e altri trattamenti medici come precondizioni alla transizione. Inoltre, gli oneri amministrativi e ulteriori requisiti, come ad esempio un periodo di "esperienza di vita" nel genere di scelta, rendono le procedure di riconoscimento generalmente pesanti. Inoltre, un gran numero di paesi europei non regola in alcun modo il riconoscimento di genere a nessuno, rendendo impossibile per le persone transgender di cambiare nome e genere sui documenti d'identità personali e sui pubblici registri*"; tutte circostanze, quelle appena citate, che certamente hanno contribuito a strutturare una maggiore sensibilità ed una nuova mentalità europea, e più in generale internazionale, sul tema del transessualismo e sui diritti di rango costituzionale in esso coinvolti.

⁵² Si tratta della sentenza del 10.3.2015, nel caso XY v. Turkey, application n. 14793/08 riguardante una situazione di transizione da genere femminile a maschile, effettuata tramite terapia ormonale efficace e mastectomia dei seni, all'esito della quale però il tribunale turco non aveva concesso la richiesta autorizzazione alla luce della mancata prova della permanente incapacità di procreazione.



transizione di genere fosse intrapreso attraverso l'intervento⁵³. Secondo la Corte CEDU, tale requisito non poteva essere considerato come preliminarmente indispensabile ai fini dell'autorizzazione all'intervento, in quanto avrebbe violato il diritto all'autodeterminazione ed all'integrità fisica del soggetto richiedente. Per tale ragione, la Corte ha statuito la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo da parte della Turchia, stante il mancato rispetto del diritto alla tutela della vita privata del soggetto richiedente da parte dell'ordinamento statale interno.

In verità, a giudizio di chi scrive, la quaestio non può essere risolta sommariamente invocando il diritto al rispetto della vita privata, ma occorre compiere distinzioni che considerino lo specifico percorso scelto ed intrapreso dalla persona intenzionata al mutamento di sesso. La possibilità di procreare attraverso l'organo genitale di iniziale appartenenza di genere, ad esempio, lascia taluni dubbi sulla meritevolezza giuridica di tale situazione soggettiva dal momento che questa situazione renderebbe possibile la nascita di figli che potrebbero subire gravi disagi e destabilizzazioni, in grado di nuocere alla formazione e allo sviluppo della loro personalità. L'interesse del minore⁵⁴ deve sempre prevalere perché la realizzazione di ogni suo diritto è strettamente legata alla guida offerta dai genitori o dagli adulti che ne fanno le veci. D'altronde, il diritto alla vita privata, tutelato ex art. 8 CEDU, si estende anche alle manifestazioni dell'identità personale e quindi alla conoscenza delle proprie origini e alla necessità di riferimenti solidi e coerenti ai fini della

⁵³ La sentenza in questione afferma: «anche supponendo che il motivo del rigetto della richiesta iniziale del richiedente di sottoporsi a un intervento chirurgico di riassegnazione di genere fosse rilevante, la Corte ritiene che non possa essere considerato sufficiente. L'ingerenza con il diritto del richiedente al rispetto della sua vita privata derivante da tale rifiuto non può quindi essere considerata necessaria all'interno di una società democratica».

⁵⁴ Cfr. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nelle problematiche della persona umana*, Napoli, 1975, *passim*; ID., *La tutela dei soggetti "deboli"*, Milano, 2004, p. 19 ss. Si v. anche E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Famiglia e diritto*, 1, 1999, p. 80; L. LENTI, *Best interest of child*" on "best interest of the children?", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2010, p. 157; R. DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. fam. e pers.*, 1, 2012, p. 473; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minoriegiustizia*, 3, 2011, p. 15 ss.; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4, 2010, p. 981 ss.; G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2, 2017, p. 181; M. FARINA, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore*, in *Famiglia e Diritto*, 8-9, 2015, p. 825. Sia consentito anche il rinvio a V. BARELA, *Riflessioni sull'interesse del minore, dal diritto di unificazione di status al diritto di autodeterminazione nella scelta religiosa: un'esigenza sovranaazionale*, in *Diritto e religioni*, 2017, 2, p. 71.



costruzione della propria identità personale⁵⁵. In questo caso la criticità è determinata non da una dissociazione tra profilo genetico/biologico e relazione giuridica (come quella che si verifica in conseguenza della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo⁵⁶), bensì dall'instabilità e promiscuità dei caratteri sessuali, non necessariamente primari. Altra situazione è quando la rettifica del sesso sia successiva alla maternità o paternità già acquisita; in questo caso i dubbi di meritevolezza giuridica sorgono quando muta l'atteggiamento genitoriale rispetto a quello mostrato precedentemente alla rettifica anagrafica del sesso. D'altronde, le tendenze sessuali non hanno alcun legame con l'idoneità di un genitore ad educare, istruire e mantenere i figli in grado di garantire un sereno e armonico sviluppo della sua personalità⁵⁷; ma sul punto si ritornerà a breve.

Ora, rimanendo sul tema degli interventi su caratteri sessuali primari, occorre riferire che la Corte CEDU, già in precedenza, aveva emesso decisioni del medesimo segno, ritenendo l'imposizione di trattamenti chirurgici demolitori, anche parziali, un'indebita ingerenza statale nella vita privata del soggetto richiedente la rettificazione del sesso⁵⁸, stabilendo anche il principio che in simili casi lo Stato dovesse essere sanzionato e condannato a rifondere al soggetto stesso le spese mediche da questi sostenute⁵⁹. La tendenza interpretativa fatta propria dalla Corte CEDU va analizzata in una più ampia ottica, soprattutto europea, di *favor* verso la tutela dei diritti delle persona, che è stata fatta propria da numerosi

⁵⁵ In argomento *ex pluribus* si v. M.G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in www.comparazioneDirittocivile.it; C. MURGO, *Ricerca delle origini, diritto all'identità personale e tutela della riservatezza: un tentativo di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 2, p. 255; L. GATT, *Il problema dei minori senza identità genetica nei (vecchi e) nuovi modelli di famiglia: il conflitto tra ordine pubblico interno e c.d. ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia*, 2017, n. 2, p. 27.

⁵⁶ Sul punto si v. G. AUTORINO STANZIONE, *Ricerca scientifica, consenso e tutela della persona*, in AA.VV., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di Giovanni Comandè e Giulio Ponzanelli, *Atti del XXVI Colloquio dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato*, Torino, 2004, p. 41 ss.; ID., *Procreazione assistita*, a cura di Pasquale Stanzone e Giovanni Sciancalepore, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2, 2002, p. 402; G. CASSANO, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Famiglia e diritto*, 1, p. 172; L. LOMBARDI VALLAUTO, *Bioetica, potere, diritto*, in *Justitia*, 1, 1984, p. 1 ss.

⁵⁷ Cfr. A. FIGONE, *Nota a Cass 17 ottobre 1995, n. 10833*, in *Fam. e dir.*, 1, 1996, p. 25.

⁵⁸ Cfr. sentenza Corte CEDU dell'11.9.2007, nel caso *L. v. Lithuania*, application n. 27527/03, nel quale la Lituania è stata condannata e sanzionata dalla Corte, nonostante l'intervento imposto al richiedente fosse soltanto parziale e non demolitorio/ricostruttivo.

⁵⁹ Cfr. sentenza Corte CEDU del 12.6.2003, nel caso *Van Kuck v. Germany*, application n. 35968/97.



ordinamenti giuridici europei. In Spagna⁶⁰ e Portogallo⁶¹, ad esempio, il legislatore ha voluto semplificare l'operazione di transizione da un genere all'altro, sottraendo la relativa competenza all'autorità giudiziaria e conferendola invece ad un più snello procedimento amministrativo. Si tratta di legislazioni notevolmente sbilanciate a favore della tutela dei diritti dei soggetti interessati, che danno peso alle numerose istanze delle organizzazioni e associazioni di persone transessuali e alle maturate sensibilità socio-culturali di cui si è detto più volte.

Un'adeguata forma di tutela, invero, richiederebbe di utilizzare il termine "transessuale" solo nella fase transitoria di passaggio da un genere all'altro, rimanendo alla persona la sola e chiara alternativa tra genere femminile e genere maschile, definita con le espressioni uomini e donne, quale che sia il percorso vissuto alle spalle. D'altronde come è stato rilevato dalla Corte Costituzionale - con sentenza n. 189 del 2017 - in un paese civile l'identificazione è compiuta attraverso la carta d'identità o altro documento identificativo e non attraverso una perquisizione corporea. Apparentemente meno aperto alle nuove istanze di cambiamento dell'approccio alla questione appare invece l'ordinamento belga⁶², che prevede l'obbligo di un trattamento ormonale che conduca il soggetto richiedente ad assumere caratteristiche fisiche simili a quelle del sesso desiderato e, soprattutto, che determini l'incapacità di generare.

Altresì in Gran Bretagna⁶³ non viene richiesto l'intervento chirurgico ai fini della mutazione del sesso, e la relativa modifica definitiva dei pubblici registri anagrafici incide esclusivamente su eventuali rapporti matrimoniali del soggetto richiedente, il quale deve però dimostrare di aver vissuto almeno un biennio in modo conforme

⁶⁰ La legge n. 3 del 15.3.2007, «reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas» ha stabilito che può essere chiesta la rettificazione del nome e del sesso nei pubblici registri anagrafici sulla sola base di una certificazione medica e di un trattamento che avvicini le caratteristiche fisiche del richiedente a quelle del sesso richiesto, senza che vi sia necessità a tal fine di un qualsivoglia intervento chirurgico preliminare, e sempre ammesso che non sussistano motivi di salute, di età oppure di natura economica che escludano l'opportunità del trattamento anzidetto.

⁶¹ Con la legge n. 7 del 15.3.2011 è stato introdotto il procedimento amministrativo di rettificazione del sesso a seguito della presentazione di certificazione medica e psicologica, con la possibilità di ottenere la modifica dei pubblici registri anagrafici entro otto giorni dalla relativa domanda.

⁶² La legge del 10.5.2007 ha inserito nel codice civile belga l'art. 62 bis, il quale impone un trattamento ormonale ma esclude la necessità di un intervento chirurgico, e richiede la verifica dell'intimo convincimento del richiedente di appartenere al genere desiderato.

⁶³ Il *Gender Recognition Act* del 2004 prevede che per la rettificazione del sesso sia necessaria una certificazione medica, una dichiarazione giurata di permanenza della scelta ed un biennio di vita conforme al sesso desiderato.



al sesso reclamato. Ad oggi in Europa le legislazioni di Regno Unito, Portogallo, Austria, Belgio, Croazia, Irlanda, Spagna, Islanda (ed anche Germania e Italia, alla luce degli interventi delle rispettive giurisprudenze costituzionali) non considerano necessario un intervento chirurgico demolitorio e/o ricostruttivo per la dichiarazione di rettificazione del sesso⁶⁴, il che evidenzia ancora una volta l'evoluzione non solo e non tanto giuridica, ma anche e soprattutto socio-culturale in tema di transessualismo, nonché la necessità che le singole normative interne si uniformino alle tendenze sovranazionali.

Si mostra pertanto palese la modifica delle tendenze del legislatore così come degli interpreti, nel senso di privilegiare l'aspetto psicologico e dunque il convincimento e consapevolezza di una persona di appartenere ad un sesso diverso da quello attribuitole alla nascita, e non l'aspetto puramente fisico, coincidente con le caratteristiche proprie della persona stessa: l'aspetto soggettivo, dunque, nel tempo ha finito per prevalere su quello oggettivo⁶⁵ in virtù del rango dei diritti e interessi coinvolti in una fattispecie così peculiare e certamente delicata. Tuttavia, a tale indubbia evidenza non può che fare da contraltare il necessario rispetto dei principi costituzionali interni, che non si risolvono soltanto nel rispetto delle convenzioni internazionali, ma anche nella tutela di posizioni deboli sia da un punto di vista sociale che giuridico, come quella dei figli nati o che potrebbero venire alla luce da rapporti nei quali - si badi bene - la bigenitorialità ad oggi ancora rappresenta, nella possibile scelta, la condizione migliore per la crescita e lo sviluppo della personalità del minore.

5. Sulla scia della decisione della Suprema Corte, la Corte Costituzionale⁶⁶ si è pronunciata in modo analogo, in merito ad un'ordinanza di rimessione del Tribunale di Trento, per il presunto contrasto dell'art. 1 comma 1 della Legge 14.4.1982 n. 164 con gli artt. 2, 3, 32 e 117 primo comma della Costituzione.

⁶⁴ Sul tema cfr. D. AMRAM, op. cit., che sottolinea come la Corte di Strasburgo abbia evidenziato che *“la disforia di genere consiste nel non riuscire a sovrapporre mentalmente il proprio sesso biologico con quello percepito. Il che non significa far dipendere la propria identità di genere dalle fattezze corporee, bensì individuare un equilibrio tra soma e psiche che consenta di superare il disagio e vivere con dignità e libertà la propria esistenza”*.

⁶⁵ Su questo argomento cfr. S. PATTI, *Mutamento di sesso e costringimento al bisturi: il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, cit., p. 644, nonché ID., *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, p. 335 ss.

⁶⁶ Sentenza Corte Cost. del 5.11.2015 n. 221 in *Giur. cost.*, 2017, f. 4, p. 1679 ss.



Il Tribunale rimettente aveva ritenuto, sulla scorta dei criteri interpretativi più rigidi sopra esaminati, che la normativa in tema di transessualismo non consentisse la dichiarazione di rettifica del sesso in assenza di un adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali primari del soggetto richiedente, e che dunque la disposizione dell'art. 1, comma 1, della Legge n. 164 del 1982 fosse in contrasto con i principi costituzionali in tema di diritto all'identità personale e di genere, di tutela della salute e di rispetto, da parte dell'ordinamento italiano, dei principi delle convenzioni internazionali, ed in particolare della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la cui violazione - denunciava il rimettente - esprimeva la contrarietà all'art. 117, primo comma, della Costituzione.

La Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale posta dal giudice rimettente, in quanto la normativa in questione non può essere interpretata in modo rigido, bensì in senso costituzionalmente orientato, oltre che con l'analisi letterale del testo della legge, la quale non prevede l'obbligo dell'intervento chirurgico demolitorio e/o ricostruttivo degli organi genitali ai fini della dichiarazione di rettifica del sesso⁶⁷; né è stata condivisa l'interpretazione del Tribunale rimettente secondo la quale l'attribuzione del nuovo sesso poteva essere compiuta in assenza dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari solo quando questi ultimi fossero già stati modificati al momento della richiesta (ipotesi realizzabile laddove, ad esempio, l'intervento chirurgico fosse stato compiuto all'estero). Inoltre, i giudici costituzionali hanno espressamente richiamato la pronuncia della Suprema Corte di pochi mesi precedente, ripercorrendone le motivazioni sopra esaminate e condividendone in pieno la prospettiva ermeneutica e il principio di corretto bilanciamento tra interessi di rango costituzionale.

Benché sia il Tribunale rimettente che la Corte Costituzionale sostanzialmente abbiano affermato l'inadeguatezza dell'imposizione di un intervento chirurgico quale *conditio sine qua non* per ottenere la rettifica anagrafica del sesso, la Corte Costituzionale ha preso le mosse dalla consapevolezza ordinamentale in merito all'evoluzione culturale del concetto di identità di genere, fondata non su fattori granitici, bensì su presupposti che devono essere valutati singolarmente, a seconda delle specifiche circostanze. In questi termini, la mancanza di un riferimento testuale che detti le specifiche modalità attraverso le quali è possibile realizzare tale modificazione non deve essere intesa quale lacuna del legislatore, ma come sua

⁶⁷ La Corte Costituzionale osserva in proposito che «interpretata alla luce dei diritti della persona – ai quali il legislatore italiano, con l'intervento legislativo in esame, ha voluto fornire riconoscimento e garanzia – la mancanza di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali».



precisa scelta di demandare al giudice del caso concreto la valutazione della situazione e della “condizione” in cui si trova la persona richiedente, la cui dignità deve essere intesa sempre quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale e pertanto quale espressione dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU).

Il trattamento chirurgico, dunque, anche ad avviso dei giudici costituzionali, costituisce semplicemente una delle possibili modalità di modifica dei caratteri sessuali del soggetto richiedente, modalità che può essere scelta, al pari di altre (ad esempio, le cure di carattere ormonale), dal soggetto stesso, in base alle proprie esigenze e sensibilità, oltre che del diritto alla salute, purché però il risultato sia incontrovertibile e adeguatamente verificato dal giudice in modo che possa escludersene in radice la reversibilità.

Di fatto, la scelta delle modalità del percorso di transizione, in quanto espressione del diritto all’identità di genere, *in primis*, deve essere rimessa al singolo in considerazione degli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a determinare l’identità di genere. La Corte Costituzionale si serve anche del percorso logico-argomentativo formulato dalla Cassazione, nella sentenza n. 15138 del 2015, nella quale si enuncia che il ricorso alla chirurgia è solo uno dei possibili percorsi volti all’adeguamento della propria immagine esteriore alla propria identità personale, percepita dal soggetto medesimo, per cui la modificazione dei caratteri sessuali è solo eventuale ed in ogni caso deve essere sempre il risultato di «un processo di autodeterminazione verso l’obiettivo del mutamento del sesso». La Consulta chiarisce, inoltre, che questa interpretazione è coerente con quanto disposto dall’art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011, che al punto 4 dispone che «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», ove, l’espressione “quando risulta necessario” palesa l’eventualità del trattamento medico chirurgico.

Ma la vera consacrazione di questo principio della soggettività del dato esperienziale e della centralità del controllo giudiziale sulla singola fattispecie concreta, attraverso la valutazione delle molteplici sfaccettature sottese a valutare l’identità di genere, è stata compiuta dalla Corte Costituzionale in un recente giudizio promosso ancora una volta dal Tribunale di Trento, il quale ha posto, con due ordinanze di analogo tenore, la questione di legittimità già sollevata nel giudizio summenzionato. Anche in questo giudizio - conclusosi con sentenza n. 180 del 13 luglio 2017 - si censura la legittimità costituzionale dell’art. 1 della legge 14 aprile 1982, n. 164 in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 8 CEDU.

Entrambe le sentenze in questione giungono al medesimo risultato, ripercorrendo in modo ampio le varie legislazioni nazionali europee ed i criteri ermeneutici offerti dalla Corte CEDU.



Anche in questi giudizi la domanda di rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso è presentata da singole persone non legate da vincolo matrimoniale e senza figli e, mentre in un procedimento si chiede la modifica del sesso anagrafico femminile in quello maschile, nell'altro si chiede che il sesso anagrafico maschile sia modificato in quello femminile. In entrambi i giudizi le parti istanti riferiscono di avere avvertito da lungo tempo un'identità sessuale diversa da quella anagrafica e di essersi sottoposti rispettivamente a trattamenti con testosterone, mastectomia bilaterale e isterectomia, e ad una terapia di tipo ormonale. Anche in queste ordinanze il Tribunale rimettente interpreta il "quando risulti necessario" quale espressione che non consente una rettificazione senza un adeguamento dei caratteri sessuali primari, ma che la permette solo nelle ipotesi nelle quali questi ultimi siano già stati modificati e, pertanto, l'adeguamento non sia più necessario perché compiuto in altro ordinamento giuridico.

In entrambi i casi sottoposti al Tribunale, quest'ultimo dichiara la necessità - alla luce della lettera dell'art. 2 della legge n. 164 del 1982 - di rigettare la domanda di rettificazione in ragione della carenza di tale requisito, giacché entrambi i soggetti richiedenti non si sono sottoposti al trattamento chirurgico da loro ritenuto non necessario al fine di acquisire piena consapevolezza della modificata identità sessuale.

In questa ultima pronuncia la Corte Costituzionale, ripercorrendo le linee guida già tracciate nella sua sentenza del 2015 e quelle molto esplicative della Cassazione, individuate nella sua sentenza n. 15138 del 2015, si sofferma maggiormente sulla valenza dell'identità sessuale e sulle variabili che ne costituiscono gli elementi costitutivi, con l'intento di superare ogni dubbio di illegittimità costituzionale che, alla luce di alcune pronunce di merito, non sembra - enuncia la Corte - pienamente recepito; per questo la Corte respinge l'eccezione di inammissibilità, proposta dall'Avvocatura generale dello Stato, proprio al fine di chiarire ed «evitare che si perpetui l'effetto incostituzionale». Coglie altresì l'occasione per enucleare le molteplici componenti della sessualità umana, che hanno peso e rilevanza, variabili da persona a persona: cosa certa è che "la riassegnazione sessuale sul piano anatomico" non può essere condizione per la rettificazione di attribuzione di sesso, quest'ultima richiesta per il raggiungimento del benessere psico-fisico, che - cosa certa - non potrebbe mai conseguire ad un intervento chirurgico non voluto. Di ausilio alla motivazione della Consulta è anche la giurisprudenza costituzionale della Corte di Strasburgo per la quale l'identità di genere rientra nell'ambito protetto dall'art. 8 della Convenzione, e dunque l'imposizione di un trattamento chirurgico di normoconformazione dei caratteri sessuali primari costituirebbe "un'ingerenza



di una pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto"⁶⁸. Così anche non mancano i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale straniera, come alla sentenza dell'11 gennaio 201, I BvR 3295/07 del Tribunale costituzionale tedesco che attribuisce piena centralità alla valutazione della diagnosi medica individuale. Anche per questo è stata respinta la pretesa delle parti costituite nel giudizio dinanzi al Tribunale di Trento, finalizzata ad ottenere che «dagli accertamenti prodromici alla rettifica anagrafica» fosse esclusa «in via generale, la sottoposizione della parte istante a esami medici o psicologici, in quanto potenzialmente invasivi della sfera privata».

6. Nell'ultima pronuncia emessa dalla Corte Costituzionale sul tema è stata chiarita e pienamente approfondita la disgiunzione tra sessualità e genere nella formazione dell'identità della persona, completando un percorso avviato con la sentenza n. 161 del 1985, nella quale si enunciò che la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale devono essere oggetto di accertamento anche tecnico in sede giudiziale che valuti le diverse e molteplici componenti la sessualità, il cui esame deve essere compiuto cogliendo la presenza di fattori dominanti che possono variare in ragione «delle insopprimibili peculiarità di ciascun individuo», non trascurando la necessità di assecondare sempre lo stato di benessere e quindi il diritto alla salute della persona protagonista del procedimento.

Tuttavia, un elemento, che appare essere stato trascurato dalla maggior parte degli interpreti nell'esame della questione è quello relativo alla tutela dei rapporti di filiazione e della certezza dei rapporti familiari. Anche se le persone in giudizio dinanzi al Tribunale di Trento non avevano figli, né erano legate ad alcun vincolo matrimoniale, poteva essere colta l'occasione, sotto forma di *obiter dictum*, di sollevare ed esaminare le difficoltà interpretative in merito alle situazioni genitoriali che possono riguardare la persona transessuale. Il ruolo del transessuale nel complesso rapporto educativo nei confronti dei figli può presentarsi gravoso in considerazione dell'insostituibile e primario compito di ciascun genitore di offrire loro un riferimento stabile. Proprio questo mutamento d'identità sessuale, invero, può destabilizzare il minore, turbato dal cambiamento dei tratti somatico-sessuali del genitore, incidendo sul processo formativo della sua personalità.

⁶⁸ Non mancano i riferimenti agli atti adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa: alla Raccomandazione CM/Rec (2015) 5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere adottata il 31 marzo, o ancora la *Resolution 1728* (2010) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, concernente «Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity».



Le criticità che potrebbero manifestarsi - sia chiaro - non sono legate alla sessualità dei genitori o al loro orientamento sessuale, ma al profondo mutamento del riferimento genitoriale. Si tratta in ogni caso di situazioni che non possono essere decise in modo aprioristico, ma richiedono la valutazione del singolo caso, relazioni di medici, psicologi, sociologi oltre che di giuristi. La valutazione che deve essere compiuta dal giudice quale “peritus peritorum” non si estrinseca nel testare la veridicità dell’autodiagnosi, ma in quella di integrare il vissuto personale della persona con indici diagnostici scientificamente convalidati e, per quanto attiene la personalizzazione del trattamento, con conoscenze più ampie inerenti l’ambiente e le modalità intrapsichiche e relazionali del ricorrente, nonché le caratteristiche del suo ambiente ed il loro variare nel tempo, così come possono essere raccolte attraverso un processo diagnostico fenomenologicamente fondato⁶⁹.

Ciò che deve rilevare è l’interesse del minore ad avere una figura materna e paterna, al di là dei caratteri somatici o sessuali; pertanto, laddove il mutamento sessuale comporti anche una sensibile variazione dell’atteggiamento nei confronti del figlio, allora deve ravvisarsi un pregiudizio per il minore che patisce una forte destabilizzazione determinata dal mutamento dell’identità del proprio genitore, nonché del ruolo da questi assunto nei suoi confronti⁷⁰. D’altronde da lungo tempo, attenta dottrina ha tracciato l’evoluzione della condizione del minore, da una situazione di soggezione ad una situazione di protezione, sino alla sua elevazione a soggetto titolare di diritti⁷¹. Ed è per questo che la valutazione della “metamorfosi” del soggetto desideroso e determinato al mutamento del sesso non può ignorare l’interesse del minore coinvolto indirettamente, ma al tempo stesso profondamente, dalla trasformazione dell’identità del proprio genitore, interesse che potrebbe subire un grave pregiudizio, qualora il percorso non sia stato condiviso e maturato dall’intero nucleo familiare di cui il transessuale costituisce uno dei membri costitutivi.

Come si è anticipato, altro aspetto foriero di serie perplessità è la possibilità, ad oggi non impedita, che una persona che ha ottenuto il mutamento di sesso, senza intervento chirurgico degli organi primari, possa generare attraverso gli organi genitali riproduttivi del sesso originario, creando un’allarmante situazione di sovrapposizione di genitorialità ed incertezza giuridica.

⁶⁹ Bisogna anche sottolineare, a riguardo, che al di là di veri e propri disturbi di personalità che possono costituire comorbilità rispetto al Disturbo dell’Identità di Genere, sono sempre riscontrabili nell’anamnesi clinica di persone con DIG difficoltà, disarmonie e pregiudizi che possono più o meno largamente inficiare le relazioni interpersonali ed, in senso più ampio, le relazioni con l’ambiente.

⁷⁰ Si v. il Trib. min. Torino, decreto 20 luglio 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 979 e Trib. Perugia, 30 novembre 1985, in *Giur. merito*, 1987, n. 3, pp. 658-663.

⁷¹ Per studio approfondito sul tema si v. P. STANZIONE, *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *ID.*, *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, pp. 125-134,



Di certo, la possibilità di sottoporsi ad un intervento chirurgico solo quando sia voluto, così come quella di ottenere il mutamento di sesso in presenza di una piena e consapevole intima appartenenza ad un sesso diverso rispetto a quello attribuito alla nascita, in presenza dunque di un contrasto tra sesso psicologico e sesso biologico, sono approdi ad una civiltà evoluta e rispettosa sempre più dei diritti fondamentali della persona. Ogni intervento non deve riferirsi ad una rappresentazione estetica dei caratteri sessuali, ma piuttosto deve sussistere ove sia indispensabile per assicurare un equilibrio psicofisico stabile alla persona che lo richiede. L'evoluzione socio-culturale, costituzionalmente orientata, si percepisce in maggior misura se solo si pone mente agli anni antecedenti l'intervento legislativo del 1982, quando la rettificazione chirurgica del sesso biologico era vietata perché considerata atto illecito, in quanto atto di menomazione dell'integrità fisica e della capacità di procreare, in contrasto con l'art. 5 c.c., e pertanto punibile quale reato di lesioni personali gravissime; inoltre, si ravvisava la contrarietà di tali atti alla certezza del diritto, in ragione delle ripercussioni sugli istituti di diritto privato, quali ad esempio il matrimonio.

Tanta strada è stata percorsa da allora in Italia e in tutta Europa. In Germania - come si è anticipato - l'incapacità di procreare (sterilità e infertilità assoluta), provocata anche attraverso specifico protocollo medico di terapie endocrinologiche, era richiesta - insieme all'assenza di vincolo matrimoniale - quale presupposto per il mutamento di sesso sino a quando il Tribunale costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della pretesa di questi prerequisiti proprio per violazione dei diritti della persona⁷².

Al contempo, dagli anni '80 ad oggi, si registra un mutamento del concetto di famiglia, non più fondata sul matrimonio e quindi non necessariamente fondata su una coppia eterosessuale, seppur in molti ordinamenti la eterosessualità non è condizione necessaria per accedere all'istituto del matrimonio⁷³. Le molteplici "famiglie"⁷⁴ pongono pertanto anche nuovi interrogativi legati alla figura del

⁷² Si tratta della Legge sul cambiamento del nome e la determinazione del genere in casi particolari (Transexuuellengesetz – STG, 1981) che ha subito numerose modifiche nel corso degli anni. L'incostituzionalità della legge fu dichiarata nella parte che condizionava il riconoscimento del nuovo sesso, tra le altre cose, al dato che la persona non fosse sposata, fosse invece permanentemente sterile e che avesse subito un intervento chirurgico modificativo delle caratteristiche sessuale esterne.

⁷³ Da ultimo si v. la legge tedesca, rubricata «Legge sull'introduzione del diritto al matrimonio per persone dello stesso sesso» (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts) (EheRÄndG k.a.Abk.). Si v. 20.07.2017 BGBl. I, p. 2788, n. 52.

⁷⁴ Nota è l'espressione "Parcipelago familiare" di F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 514 Si v. G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, 2015, Torino,



transessuale e alla tutela del suo diritto ad avere una famiglia, laddove però non siano sacrificati la tutela e l'interesse del minore. Non di rado una persona può decidere, in presenza delle opportune valutazioni scientifiche, di mutare il proprio sesso, ma non il proprio orientamento sessuale e, in tal caso, qualora il mutamento non abbia comportato un'alterazione o trasformazione degli organi sessuali primari, in particolare quelli riproduttivi, quale sono le prospettive del nascituro?

Se da un lato gli stessi principi cardine dell'ordinamento suggeriscono di non imporre al soggetto trattamenti medici invasivi, dall'altro lato consentire a una persona che venga riconosciuta di sesso femminile di continuare ad avere organi procreativi maschili, e così ad un soggetto ormai riconosciuto dall'ordinamento come di sesso maschile di poter partorire, rischierebbe di togliere ogni certezza nei rapporti familiari e soprattutto ogni tutela ai figli che da siffatti rapporti dovessero “venire alla luce”.

Queste sono mere sollecitazioni ad una riflessione su un tema estremamente delicato, nel quale l'importanza della “fattualità del diritto” si rivela ancor più sostanziale⁷⁵ e la sua interpretazione molto articolata, in ragione dei valori e interessi espressi dall'ordinamento giuridico nella complessità attuale e della necessità di una lettura aggiornata di un ordine pubblico costituzionale, finalizzata anche alla tutela dello *status filiationis*⁷⁶.

passim; L. BALESTRA, Evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 1105; M. G. STANZIONE, *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, *passim*; ID., *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, *passim* e spec. p. 111 ss. ID., *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”*, in *Fam. dir.*, 2012, 2, p. 201 ss.

⁷⁵ L'espressione è di P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 10 ss.

⁷⁶ Si v. M.G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli altri ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in www.comparazionedirittocivile.it/.

