

Il diritto all'identità di genere

SOMMARIO: 1. La definizione di persona transessuale. - 2. Lo sviluppo storico dei diritti delle persone transessuali. Il divieto di discriminazione. - 3. L'attuale normativa interna e il ddl 392 del 2013. - 4. Il ricorso all'intervento chirurgico. - 5. Panorama comparatistico. - 6. Le ripercussioni della sentenza di rettificazione di sesso sul matrimonio.

1. La definizione di persona transessuale

Prima di entrare nel vivo delle peculiari problematiche connesse al diritto all'identità di genere, si ritiene necessario fornire in modo sintetico una definizione del transessualismo. Di primaria importanza è quella desumibile dalla sentenza n. 161 del 1985 della Corte Costituzionale, perché particolarmente attenta a sottolineare la drammaticità della condizione personale ed esistenziale del transessuale. Afferma la Corte che *“transessuale, secondo la dottrina medico - legale, viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di «genere») sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio”*.¹

Nel transessuale l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche ed a questo effetto, di norma, è frequente il ricorso all'operazione chirurgica. Spiega il giudice delle leggi che *“il*

¹ Così Corte costituzionale, sentenza 5 febbraio 1985, n. 161, in *Foro It.*, 1985, I, p. 2162; in *Dir. Famiglia*, 1985, p. 420; in *Giur. Costit.*, 1985, I, p. 1163; in *Amm. It.*, 1985, p. 1310; in *Giust. Civ.*, 1985, I p. 2420; in *Arch. Civ.*, 1985, p. 1397.

desiderio invincibile del transessuale di ottenere il riconoscimento anche giuridico dell'appartenenza all'altro sesso si esprime, da parte sua, nella volontà di sottoporsi ad intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo che operi, per quanto possibile, la trasformazione anatomica (degli organi genitali); intervento visto come una liberazione, in quanto la presenza dell'organo genitale (del sesso rifiutato) dà luogo a disgusto ed a stati di grave sofferenza e di profonda angoscia. (...) Ciò che conta, però, è che l'intervento chirurgico e la conseguente rettificazione anagrafica riescono nella grande maggioranza dei casi, come si è detto, a ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche, consentendo 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". La Corte costituzionale, oltre 25 anni fa, ha già pienamente colto la centralità della volontà personale nella decisione di ricorrere all'intervento chirurgico (sulla necessità del quale vedi infra par. 4), avendo individuato il percorso principale, se non esclusivo (per l'epoca), attraverso il quale una persona può realizzare il desiderio di far coincidere il soma con la psiche e transitare dalla dimensione biologica a quella psicologica, così potendo liberamente sviluppare la propria identità di genere.

Per illustrare con maggiore completezza la complessità del fenomeno, già colta con elevata sensibilità e attenzione dal giudice delle leggi, è opportuno richiamare anche la definizione del transessualismo fornita dal D.S.M. 5² (2014). L'espressione "Disforia di Genere", adoperata dal D.S.M. 5, individua una condizione emotiva, associata a sofferenza clinicamente significativa, a motivo di una marcata incongruenza tra il genere esperito/espresso da un individuo e il genere assegnato, della durata di almeno sei mesi. Essa sostituisce la precedente dicitura "Disturbo dell'Identità di Genere (DIG)", fornita dal D.S.M. IV-TR (2000), con la quale si definiva un'anomalia nel funzionamento dell'individuo caratterizzato da una forte e persistente identificazione col sesso opposto e da un persistente malessere riguardo al proprio sesso. A conferma del mutamento progressivo dei criteri diagnostici di inclusione del transessualismo si ponga attenzione alla terminologia adottata. La dicitura

² L'acronimo sta per *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder*. Si tratta del manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali generalmente utilizzato da medici, psichiatri e psicologi di tutto il mondo sia nella pratica clinica che nella ricerca.

“Disturbo” infatti, in campo psichiatrico e psicopatologico, indica una deviazione in senso patologico rispetto al normale processo di funzionamento di un individuo, che colpisce la sfera cognitiva, affettiva, comportamentale o relazionale della persona. Il termine disforia, invece, viene utilizzato in ambito psichiatrico e psicopatologico per indicare un’alterazione del tono dell’umore sul versante depressivo che può talora essere accompagnato da agitazione, irritabilità e nervosismo.³

2. Lo sviluppo storico dei diritti delle persone transessuali. Il divieto di discriminazione

Negli ultimi venti anni si è assistito ad un progressiva crescita dell'attenzione verso i diritti delle persone transessuali, incrementata dal parallelo sviluppo della scienza medica, psicologica e psichiatrica, e di una cultura, largamente condivisa a livello europeo, particolarmente sensibile alle libertà individuali e relazionali che compongono la vita privata e familiare. Ciò ha visto il fiorire negli anni ottanta di diverse legislazioni che hanno regolato il mutamento anagrafico del genere e l'emergere sul panorama giurisprudenziale di una particolare attenzione rivolta dai giudici all'affermazione e alla tutela dei diritti delle persone transessuali. All'inizio il transessualismo ha trovato una propria regolamentazione e il cambiamento di genere un proprio riconoscimento giuridico al fine di garantire la certezza delle relazioni giuridiche e di evitare gli inconvenienti, la confusione, il pregiudizio per l'ordine sociale derivanti dall'inserimento di un individuo nella società con un genere non corrispondente alla sua esteriorità. Successivamente il cuore della disciplina si è poi gradualmente spostato verso la persona e soprattutto verso le problematiche relative alle relazioni sociali e familiari.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha individuato la base normativa nell’art. 8 della CEDU , concernente il diritto della persona al rispetto della sua vita privata e familiare, e ha inaugurato una giurisprudenza favorevole al riconoscimento del diritto del transessuale ad ottenere la correzione degli atti di stato civile e a sposare individui del suo

³ I gruppi LGBT, in vista di una futura revisione della classificazione diagnostica del transessualismo, premono per derubricare la Disforia di Genere dal D.S.M. Una delle soluzioni auspicate riguarderebbe l’attribuzione di un codice “Z”, vale a dire l’inserimento del transessualismo all’interno delle condizioni di interesse medico.

stesso sesso di nascita (prima del cambiamento), ribadendo più volte come la nozione di “vita privata” non sia suscettibile di una definizione esaustiva, così che elementi come l’identità di genere, il nome, l’orientamento sessuale e la vita sessuale rientrano nella sfera personale protetta dall’art. 8 della Convenzione 4.

La Corte di Strasburgo⁵ ha inoltre statuito che l’assenza di una normativa nazionale che disciplini il trattamento di riassegnazione chirurgica del sesso costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita privata. Lo Stato che non assicura il riconoscimento giuridico della condizione psicologica dell’identità di genere, quando quest’ultima differisca dall’identità sessuale fisica, viene meno ad uno dei obblighi positivi che discendono dall’articolo 8 CEDU, in quanto omette di garantire il pieno godimento di tutti gli aspetti della vita privata del singolo.

L’ordinamento italiano disciplina la rettificazione di attribuzione di sesso con la legge 14 aprile 1982 n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), come modificata e integrata dal D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150. Secondo la Corte costituzionale tale legge “*si colloca (...) nell’alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e*

⁴ *Ex multis* Corte Europea dei diritti dell’uomo, decisione 10 marzo 2015, ricorso n. 14.793/08, *Y. Y. contro Turchia*, par. 56; Corte EDU (Grande Camera), 11 luglio 2002, *I. c. Regno Unito e Goodwin contro Regno Unito* pubblicata e commentata in *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, 2007, Giuffrè, III, 538, a cura di DE SALVIA, ZAGREBELSKY.

⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, seconda sezione, *L. contro Lituania*, decisione dell’ 11 settembre 2007, pubblicata su www.articolo29.it Sul punto si vedano anche Corte europea dei diritti umani, Grande camera, *Christine Goodwin contro Regno Unito*, decisione dell’11 luglio 2002, cit. *supra*, secondo la quale tenuto conto della necessaria interpretazione evolutiva della Convenzione e dell’emergente consenso tra i Paesi aderenti, l’adozione del solo criterio biologico per la determinazione del sesso non rientra nel margine di apprezzamento dei Paesi aderenti alla Convenzione. Viola per conseguenza il diritto al rispetto della vita privata ex art. 8 Cedu, la normativa di un Paese aderente che, avendo consentito l’intervento chirurgico di riassegnazione, non consenta la conseguente rettificazione anagrafica del sesso; Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Grant contro Regno Unito*, decisione 23 maggio 2006, ricorso n. 32570/03, non pubblicata, con la quale è stata accertata la violazione del diritto al rispetto della propria vita privata a seguito del mancato riconoscimento, a livello legale e burocratico, da parte di uno Stato contraente della riassegnazione chirurgica del sesso di un individuo. Lo Stato non deve infatti soltanto fornire la rettificazione anagrafica dello stato personale all’individuo che ne faccia richiesta, ma è tenuto altresì a garantire che qualunque differenza di trattamento tra esso e i membri biologici del sesso cui inizia ad appartenere dal momento dell’intervento siano rimosse. Infatti, tali differenze sono da considerarsi discriminatorie ai sensi dell’articolo 8, in quanto non hanno alla base un interesse sociale così forte da controbilanciare e giustificare adeguatamente il danno che producono sul piano dei diritti individuali (nel caso di specie era stata negata ad una signora, operata da uomo a donna, la pensione sul presupposto che questa le sarebbe spettata solo al compimento del sessantacinquesimo anno di età, soglia prevista per gli uomini).

tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale”⁶. L'articolo 2 Cost. riconosce e garantisce, tra i diritti che formano il patrimonio irrinunciabile della persona umana, il diritto alla identità personale. Esso deve essere inteso come “diritto a essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo. L'identità personale costituisce quindi un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata”⁷.

L'espressione identità di genere è stata da poco assunta nel nostro ordinamento attraverso la direttiva 2011/95/UE (Direttiva Qualifiche), che l'ha prevista nel trentesimo “considerando” tra gli aspetti connessi al sesso del richiedente che possono essere motivi di persecuzione e rappresentare il presupposto per il riconoscimento dello status di rifugiato⁸. Le domande di protezione internazionale fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere sono generalmente considerate sotto la motivazione di “appartenenza ad un determinato gruppo sociale”⁹. La discriminazione, la

⁶ Corte costituzionale, sentenza del 5 febbraio 1985, n. 161, cit. supra, nota 1.

⁷ Corte costituzionale, sentenza del 3 febbraio 1994, n. 13, in *Cons. Stato*, 1994, II, p. 137; in *Dir. Famiglia*, 1994, p. 526; in *Giur. Costit.*, 1994, p. 95, con nota di PACE; in *Foro It.*, 1994, I, p. 1668; in *Riv. Giur. Scuola*, 1994, p. 510; in *Famiglia e Diritto*, 1994, p. 135, con nota di SERVELLO; in *Giust. Civ.*, 1994, I 867, p. 2435, con nota di BONAMORE.

⁸ Per un approfondimento M. ACIERNO, *Il diritto del cittadino straniero alla protezione internazionale: condizione attuale e prospettive future*, in *Manuale breve di diritto dell'immigrazione*, a cura di P. MOROZZO, 2013, p. 99 e ss.

⁹ L'art. 10, paragrafo 1, lett. d), della direttiva 2011/95/UE prevede che “in funzione delle circostanze nel paese d'origine, un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale. L'interpretazione dell'espressione «orientamento sessuale» non può includere atti penalmente rilevanti ai sensi del diritto interno degli Stati membri. Ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, si tiene debito conto delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere”. La direttiva però non chiarisce se ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato in favore del migrante omosessuale o transessuale sia sufficiente che nello Stato d'origine l'omosessualità o la transessualità sia considerata un reato o sia necessaria la prova di un'effettiva sottoposizione dello straniero ad atti persecutori una volta rientrato nel Paese di destinazione. Con riferimento alla previsione dell'omosessualità come reato nello Stato, è recentemente intervenuta la Corte di giustizia (7 novembre 2013, cause riunite C-199/12, C-200/12, C-201/12, *cittadini X, Y, Z contro Minister voor Immigratie, Integratie en Asiea*), sollecitata dal rinvio pregiudiziale effettuato dal Consiglio di Stato olandese, adito da tre cittadini rispettivamente della Sierra Leone, dell'Uganda e del Senegal per il riconoscimento dello status di rifugiato sulla base delle persecuzioni che temevano di subire nei Paesi d'origine in ragione della loro omosessualità. Preciso che l'orientamento sessuale di una persona è una caratteristica così fondamentale per la sua identità che essa non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi (par. 46 della sentenza), la Corte ha stabilito che l'esistenza nel Paese di origine di una legislazione penale che qualifica

manca di protezione o la repressione diretta verso determinate persone a causa del loro orientamento sessuale possono costituire persecuzione quando queste azioni provengono dallo Stato o lo Stato non può o non vuole offrire la necessaria tutela, anche a causa dell'esistenza di norme penali che vietano, direttamente o indirettamente, rapporti consensuali tra

come reato gli atti omosessuali “consente di affermare che tali persone costituiscono un gruppo a parte che è percepito dalla società circostante come diverso”, ma la sola esistenza di una tale legislazione “non può essere ritenuta un atto che incide sul richiedente in maniera così rilevante da raggiungere il livello di gravità necessario per ritenere che detta qualificazione penale costituisca una persecuzione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva.” (par. 55). Al contrario, “[l]a pena detentiva comminata da una disposizione legislativa che, come quelle di cui ai procedimenti principali, sanziona gli atti omosessuali può invece, di per sé, costituire un atto di persecuzione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva, purché essa trovi effettivamente applicazione” (par. 56). Secondo i giudici di Lussemburgo quindi è solo l'applicazione della pena detentiva, non la sua minaccia né la mera qualificazione come reato degli atti omosessuali, a poter costituire un atto di persecuzione ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato. Pertanto spetterà ai giudici nazionali verificare se, “nel paese di origine del richiedente, la pena detentiva prevista da una siffatta legislazione trovi applicazione nella prassi” (par. 59).

La soluzione adottata dalla Corte di giustizia si pone in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte EDU. I giudici di Strasburgo, nonostante in più sentenze abbiano riconosciuto che la semplice criminalizzazione dell'omosessualità integri una violazione del diritto alla vita privata sancito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*ex multis* Corte europea dei diritti umani, 22 ottobre 1981, *Dudgeon v. United Kingdom*, Appl. n. 7525/76; Corte europea dei diritti dell'Uomo, 26 ottobre 1988, *Norris v. Ireland*, Appl. n. 10581/83; Corte europea dei diritti dell'Uomo, 22 aprile 1993, *Modinos v. Cyprus*, Appl. n. 15070/89), hanno tuttavia ritenuto nel caso di espulsione dello straniero omosessuale che non sia sufficiente la presenza nello Stato di destinazione di un'astratta fattispecie incriminatrice delle condotte omosessuali cui non faccia riscontro l'evidenza di una politica attiva di persecuzione (da ultimo Corte europea dei diritti dell'Uomo, Grande Camera, 8 aprile 2015, *M.E. v. Svezia*, che ha dichiarato lo “striking out” del ricorso, così sostanzialmente confermando la decisione impugnata della quinta sezione (26 giugno 2014), che aveva rigettato le richieste del ricorrente, cittadino libico omosessuale che aveva presentato la domanda per il riconoscimento dello status di rifugiato in Svezia, sul rilievo che, nonostante la presenza di norme criminalizzanti l'omosessualità e la conferma di almeno due episodi di violenze collettive contro gli uomini gay (Ibi, §45), a causa dell'assenza di chiarezza sulle condizioni degli omosessuali dopo la caduta di Gheddafi non si potesse desumere un pericolo concreto per il ricorrente: “while having regard to the fact that homosexuality is a taboo subject and seen as an immoral activity against Islam in Libya, the Court does not have sufficient foundation to conclude that the Libyan authorities actively persecute homosexuals” (Ibi, §87); si vedano inoltre le precedenti decisioni 22 giugno 2004, *F. v. the United Kingdom*, Appl. n. 17431/03; 20 dicembre 2004, *I.I.N. v. the Netherlands*, Appl. n. 2035/04). Diversa e maggiormente garantista è la posizione assunta, già prima della pronuncia della Corte di giustizia UE, dalla Corte di Cassazione italiana con l'ordinanza n. 15981 del 2012. Secondo il giudice di legittimità l'esistenza di norme penali sanzionatorie degli atti omosessuali costituisce “di per sé una condizione generale di privazione del diritto fondamentale di vivere liberamente la propria vita sessuale ed affettiva”, poiché obbliga il cittadino straniero a nascondere la propria identità per evitare di incorrere nelle sanzioni previste dalla legge penale. La circostanza che l'omosessualità sia considerata un reato dall'ordinamento giuridico del paese di provenienza costituisce una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini omosessuali che compromette la loro libertà personale e li pone in una situazione oggettiva di persecuzione, tale da giustificare in automatico la concessione della protezione internazionale, senza la necessità di condurre alcuna ulteriore indagine sulla effettiva esecuzione del trattamento sanzionatorio a carattere persecutorio stabilito dalla legge straniera. Inoltre l'impedimento di carattere morale o psicologico a prospettare l'omosessualità come presupposto per il riconoscimento dello status di rifugiato è astrattamente idoneo a rendere ammissibile una nuova domanda di protezione internazionale *ex art. 29, lett. b)*, d.lgs. 25/2008 (Corte di cassazione, sentenza n. 4522 del 2015).

persone dello stesso sesso. I cittadini stranieri transessuali che si trovano in tale condizione possono presentare nello Stato italiano la domanda di protezione internazionale per vedere riconosciuto lo status di rifugiato. A tale riconoscimento consegue tra l'altro, il rilascio di un permesso di soggiorno per asilo politico della durata di 5 anni e di un titolo di viaggio per rifugiati per potersi recare all'estero; l'accesso all'occupazione, all'istruzione e all'assistenza sanitaria e sociale (invalidità civile, assegno di accompagnamento, assegno di maternità) a parità con i cittadini italiani.

La tutela dell'identità di genere implica l'eliminazione di ogni discriminazione cui possono essere soggette tali persone tanto sul posto di lavoro quanto nelle relazioni sociali e familiari. E' da considerarsi illegittimo il licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso. La Corte di giustizia UE ¹⁰ ha affermato che l'art. 5, n. 1, della direttiva n. 207 del 1976 (relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali ed alle condizioni di lavoro) osta al licenziamento di una persona che intenda subire o ha subito un cambiamento di sesso, dal momento che ciò comporterebbe un trattamento sfavorevole a causa di una condizione personale. Il diritto di non essere discriminato a causa del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana e la sfera d'applicazione non può essere ridotta alle sole discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma si estende alle discriminazioni determinate dal cambiamento di sesso. Allo stesso tempo non può ritenersi inidonea all'adozione internazionale una coppia solo perché uno dei due genitori abbia rettificato il proprio sesso prima di legarsi in matrimonio (eterosessuale) con l'altro coniuge. ¹¹

¹⁰ Corte di giustizia, sentenza 30 aprile 1996, *P contro S e Cornwall County Council*, Causa C-13/94, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 792. Per un approfondimento sul tema si consulti ADOBATI, *Parità di trattamento e licenziamento di un transessuale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, p. 346; PERA, *Cambiamento di sesso e tutela contro le discriminazioni*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1997, II, p. 8; Adobati, *Non sono ammesse agevolazioni di viaggio a favore di conviventi dello stesso sesso*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 1998, p. 608; PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale* in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1998, p. 619; LONGO, *La Corte di Giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 581; PICARELLA, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia: dal caso P. alla sentenza Romer*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, II, p. 1325.

¹¹ Corte d'Appello Perugia, sentenza dell'11 febbraio 1998, in *Giur it.*, 1999, p. 1628, con nota di MORANI, conferma Tribunale per i minorenni di Perugia, sentenza del 22 luglio 1997, in *Dir. Fam.*,

Un provvedimento di tal genere sarebbe discriminatorio. Il controllo giurisdizionale volto alla dichiarazione di idoneità dei coniugi all'adozione internazionale verso un bambino straniero in stato di abbandono, non è fondato su una valutazione relativa all'adeguatezza "sessuale" dei genitori (peraltro formanti una regolare coppia eterosessuale), ma è destinato esclusivamente a verificare la sussistenza di una reale capacità oblativa e affettiva verso un minore straniero da accogliere come figlio. Al centro di ogni valutazione che il giudice deve compiere prima di pronunciare provvedimenti concernenti minori, deve esserci il *best interest of the child*, cosicché la transessualità di un individuo non può mai rappresentare *sic et simpliciter* il presupposto giuridico per escludere l'idoneità di una coppia all'adozione o per allontanare un bambino dalla frequentazione della propria madre o del proprio padre, se non emergono elementi che dimostrino che tale relazione possa compromettere il benessere fisico e psichico del minore stesso.¹²

Il transessuale conserva, come ha avuto modo di chiarire la Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 161 del 1985, le potestà e gli obblighi genitoriali di mantenimento, educazione ed istruzione, nei confronti dei figli nati da un matrimonio contratto prima della

1998,p.593,in *Rass. Giur. Umbra*, 1997, p. 728; in *Dir. famiglia*, 2000, p. 639, con nota di TARQUINIO, *Adozione di minori in casi particolari: due fattispecie singolari*. Nel caso di specie il giudice, ritenuto che le indagini e gli accertamenti richiesti al tribunale dei minori dagli artt. 6 e 30 della l. n. 184 del 1983 non possono riguardare l'effettività e la funzionalità dell'esercizio del sesso e, nel caso di marito transessuale adeguatosi sul piano medico-chirurgico ed anagrafico ai dettami della l. n. 164 del 1982, la reale funzionalità dell'adeguamento del sesso biologico al sesso psichico, ha dichiarato l'idoneità all'adozione internazionale di una coppia, il cui componente maschile era un transessuale pienamente osservante della l. n. 164 del 1982, presentando entrambi i coniugi certi, evidenti e spiccatissimi tutti i requisiti, ex art. 6 e 30 l. n. 184 del 1983, necessari per garantire al minore adottando un'assistenza materiale e morale di prim'ordine ed una felice evoluzione fisiopsichica.

¹² Corte europea dei diritti umani, *P.V. contro Spagna*, decisione 30 novembre 2010, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 511, ha escluso la violazione dell'art. quattordici della Convenzione, qualora sia adottato un regime di regolamentazione del diritto di visita tra il padre ed il figlio minore, in caso di *diritto*, 2011, p. 511, ha escluso la violazione dell'art. quattordici della Convenzione, qualora sia adottato un regime di regolamentazione del diritto di visita tra il padre ed il figlio minore, in caso di separazione dei coniugi, che in ragione dell'instabilità emotiva del padre conseguente all'avvio di un percorso di mutamento di sesso (e non in ragione della transessualità in sé e per sé considerata), assicuri un graduale adattamento del minore alle mutate circostanze familiari attraverso visite monitorate dal servizio sociale. Si veda anche Tribunale per i minorenni di Torino, decreto del 20 luglio 1982, in *Giur. It.*, 1982, I, 2, p. 625, che ha reputato pregiudizievole nei confronti del figlio di dieci anni il comportamento del padre che, dopo anni di separazione dalla famiglia, ricompaia nella vita del figlio dopo aver assunto identità femminile (transessualità), così causando grave turbamento nel bambino che non accetta una sconcertante figura di padre-madre, con fisico, abbigliamento e professione (spogliarellista) del tutto diversi da quelli del normale modello paterno. In tale ipotesi il tribunale ha ritenuto di vietare gli incontri tra padre e figlio a norma dell'art. 333 c.c.

riattribuzione di genere e ha le stesse potestà e gli stessi obblighi nei confronti dei figli adottati o, eventualmente, nati durante il matrimonio successivo.

3. L'attuale normativa interna e il ddl 392 del 2013.

Chi vuole ottenere la rettificazione di attribuzione di sesso deve proporre domanda al tribunale, in composizione collegiale, del luogo dove ha stabilito la propria residenza. Il giudizio, al quale partecipa il pubblico ministero, è regolato dal rito ordinario di cognizione (art. 31, comma 1 e 2, del d.lgs. n. 150 del 2011). Il cambiamento anagrafico di genere si fonda *ex art. 1* della legge n. 164 del 1982 su una sentenza passata in giudicato che attribuisce ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita “a seguito d'intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali”.

L'articolo 3 della legge n. 164 del 1982, nella sua originaria formulazione, prevedeva che “il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio”.

Tale norma, abrogata per effetto del D.Lgs. n. 150 del 2011, articolo 34, comma 39, è attualmente trasfusa, senza variazioni testuali, nel Decreto Legislativo n. 150 del 2011, articolo 31, comma 4, e dispone che, “quando risulta necessario” un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza.

Il procedimento, a differenza di quanto disposto dall'originario testo della l. n. 164 del 1982, non è più bifasico nel senso che non richiede, dopo l'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 150 del 2011, due sentenze, una, volta all'autorizzazione al trattamento medico-chirurgico, e l'altra, finalizzata alla modificazione dell'attribuzione di sesso.

La sentenza di accoglimento della domanda di rettificazione di sesso, ai sensi dell'art. 31, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, rispettivamente contiene l'ordine all'ufficiale di stato civile del comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro e determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. L'art 4 della legge n. 164 del 1982, di contenuto identico all'art.

31, comma 6, del d.lgs. 150 del 2011, statuisce infatti che *“la sentenza di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa provoca 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, e successive modificazioni”*.

L'ufficiale di stato civile provvede quindi non solo a modificare l'atto di nascita in conformità alla sentenza ma anche ad annotare a margine dell'atto di matrimonio la specificazione dell'intervenuta cessazione degli effetti civili del matrimonio. Tutte le attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 164 del 1982.

Per completare il quadro normativo occorre richiamare l'art. 85 TULPS (Testo Unico di Pubblica Sicurezza) di cui al Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773, il quale stabilisce che *“E' vietato comparire mascherato in luogo pubblico. Il contravventore è punito con l'ammenda da lire 4.000 a 40.000. E' vietato l'uso della maschera nei teatri e negli altri luoghi aperti al pubblico, tranne nelle epoche e con l'osservanza delle condizioni che possono essere stabilite dall'autorità locale di pubblica sicurezza con apposito manifesto. Il contravventore e chi, invitato, non si toglie la maschera, è punito con l'ammenda da lire 4.000 a 40.000”*. In forza di detta disposizione i soggetti transessuali potrebbero rischiare di vedersi comminata una sanzione pecuniaria. Occorre considerare però che la *ratio* di tale regola è quella di sanzionare il mascheramento esclusivamente nel caso in cui questo possa costituire un elemento di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica¹³, con la conseguenza che

¹³ Si consulti in merito l'Interrogazione a risposta immediata in Assemblea 3-00376 presentata da un deputato dell'opposizione in data 6 novembre 2006 nella seduta n.063 all'allora Presidente del Consiglio dei ministri (On. Prodi). In essa si legge: *“[Omissis] l'ordinamento giuridico italiano non conosce norme che vietano l'occultamento dei tratti somatici delle persone fisiche, se non alla presenza di situazioni particolari, tassativamente indicate da alcune leggi speciali, in cui tale comportamento può concretamente costituire un elemento di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica; l'articolo ottantacinque del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, recita: «È vietato comparire mascherato in luogo pubblico»; mentre l'articolo cinque della legge 22 maggio 1975, n. 152, proibisce «l'uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo»; [Omissis] la definizione di ordine pubblico è stata resa in modo magistrale dalla nostra Corte costituzionale, con sentenza 16 marzo 1962, n. 19: l'ordine pubblico è un valore costituzionalmente protetto, quale patrimonio dell'intera collettività; sono, pertanto, costituzionalmente legittime le norme che effettivamente, e in modo proporzionato, siano rivolte*

sarebbe illegittima qualsiasi sanzione per il transessuale o la persona *transgender*. La portata di tale norma è stata pertanto giustamente e fortemente limitata dalla giurisprudenza. La *“tutela della identità sessuale, che costituisce un aspetto del diritto alla identità personale, non è estranea alla normativa costituzionale e alla legislazione ordinaria, nello spirito di rispetto del diritto fondamentale di libertà, il cui esercizio non pregiudichi interessi pubblici né privati, non costituisce quindi reato il comportamento del transessuale che circoli con indumenti femminili, poiché il travestimento in tali casi non è preordinato a creare ostacoli all'attività di polizia”*¹⁴.

Per superare i vari aspetti problematici emersi in sede di applicazione della legge n. 164 del 1982 e per tutelare in miglior modo il diritto all'identità di genere è stato presentato nella legislatura XVII il ddl n. 392 del 2013 di modifica delle norme in materia di rettificazione di sesso. Il progetto di legge prevede che l'attribuzione di un altro sesso possa realizzarsi non solo attraverso la riassegnazione medico-chirurgica del sesso, ma anche mediante la modificazione degli atti dello stato civile, rimettendo la scelta all'autodeterminazione della persona (art. 2). Il richiedente, infatti, può ottenere la rettificazione del sesso, allegando documentazione medica, rilasciata da una struttura pubblica o privata, consistente anche solo in una relazione psicodiagnostica, che attesti la presenza di una disforia di genere. Si può fare ricorso all'operazione chirurgica solo qualora la persona, che intende procedere all'adeguamento, lo ritenga necessario per il suo equilibrio psicofisico. In nessun caso, fatta salva la situazione del soggetto minore o incapace, è richiesto a tale scopo l'intervento dell'autorità giudiziaria o di un soggetto terzo, dal momento che la condizione della persona che presenti una disforia di genere non è diversa da altre condizioni mediche nelle quali sia necessario un intervento chirurgico invasivo per determinare il benessere psicofisico dell'individuo. Il secondo elemento di novità è rappresentato dalla procedura adottata per addivenire alla modificazione dell'attribuzione di sesso. La domanda,

a prevenire e a reprimere i turbamenti all'ordine pubblico (intesi come insorgere di uno stato concreto ed effettivo di minaccia all'ordine legale mediante mezzi illegali idonei a scuoterlo), eventualmente anche mediante la limitazione di altri diritti costituzionalmente garantiti; la norma che vieta il mascheramento risale, infatti, ai cosiddetti «anni di piombo», nei quali accadeva di frequente che si commettessero omicidi con il volto nascosto da un passamontagna”. Scopo della previsione di legge è di sanzionare il mascheramento esclusivamente nel caso in cui questo possa costituire un elemento di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica. Da ciò discende l'illegittimità di qualsiasi sanzione per il transessuale o la persona *transgender*.

¹⁴ Pretura Rimini, 23 ottobre 1984, in *Arch. Pen.*, 1985, p. 302.

infatti, non deve più essere presentata all'autorità giudiziaria ma al prefetto (art. 4 e 5), eccetto il caso in cui la richiesta di riattribuzione del sesso provenga da una persona minore di età. Nella relazione al ddl si spiega che *“La scelta di rendere possibile la modificazione del sesso per via amministrativa risponde all’esigenza di favorire la persona nella realizzazione di un diritto fondamentale, attraverso un’unica procedura semplificata, che si inserisce in un percorso medico-psicologico di per sé lungo e complesso. D’altra parte, l’esercizio di questo diritto fondamentale non può essere limitato o impedito, fondandosi sull’autodeterminazione della persona e in presenza di documentazione medica che attesti la sua situazione. Il coinvolgimento dell’autorità giudiziaria costituirebbe un onere eccessivo, in contrasto anche con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione”*.

Della correzione dell'attribuzione di sesso non è fatta menzione del nome e genere precedente, sia da parte di soggetti pubblici che di soggetti privati (art. 10) ed essa non determina automaticamente lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili dello stesso (art. 8), trattandosi di facoltà rimessa ai coniugi ai sensi dell’articolo 3, comma 1, numero 2), lettera g), della legge 1° dicembre 1970, n.898, recante norme in materia di divorzio. Il disegno di legge si occupa anche dell'art. 85 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, prevedendo l’aggiunta di un comma all'articolo 85 TULPS, secondo il quale non è punibile chi modifica, altera o camuffa il proprio aspetto esteriore per adeguare il proprio genere di appartenenza anagrafica alla propria identità di genere.

Al momento l'esame del suddetto testo, presentato in data 5 aprile 2013 e assegnato il 5 febbraio 2014 alla seconda commissione permanente giustizia del Senato, non è ancora cominciato. Ai diversi profili problematici lasciati aperti dalla l. 164 del 1982, primi tra tutti la necessità dell'intervento chirurgico come presupposto per la rettificazione del sesso e lo scioglimento automatico del matrimonio a seguito dell'annotazione da parte dell'ufficiale di stato civile della sentenza di riattribuzione del genere anche contro la volontà dei coniugi, ha quindi dovuto far fronte la giurisprudenza, che, fornendo un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, è giunta alla medesima soluzione prospettata nel ddl 392 del 2013.

A fini di completezza si deve rilevare che l’ultima versione del DDL

Cirinnà sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso¹⁵ riconosce alle coppie coniugate il diritto a convertire il matrimonio in unione registrata quando uno dei due partners abbia mutato genere (art. 7)¹⁶ (vedi per l'intervento della Corte cost. e della Corte di cassazione sul tema par. 6), prevedendo specularmente nell'ultimo comma dell'art. 6 che si determini lo scioglimento dell'unione civile contratta tra persone dello stesso sesso quando uno dei due partners muti genere (art. 6 ultimo comma)¹⁷. Quest'ultima previsione genera qualche perplessità per la compatibilità costituzionale della condizione nella quale venga a trovarsi la coppia legata in precedenza da un'unione civile registrata che non scelga l'opzione matrimoniale. Quanto all'art. 7 deve sottolinearsi l'esigenza di una normazione di dettaglio che regoli i tempi e le modalità della manifestazione di volontà di non sciogliere il matrimonio e la trasformazione del vincolo in unione registrata, unitamente alle funzioni officiose o ad impulso di parte dell'ufficiale dello stato civile.

4. Il ricorso all'intervento chirurgico

La dottrina, fin dall'entrata in vigore della legge n. 164 del 1982, si è interrogata sulla necessità di ricorrere all'intervento chirurgico per ottenere il provvedimento di rettifica di sesso, dal momento che sul piano testuale gli artt. 1 e 3, già nella versione antecedente l'intervenuta abrogazione del suddetto art. 3 da parte del d. lgs. n. 150 del 2011, non contenevano l'obbligo indefettibile di modificare i caratteri sessuali anatomici primari e/o secondari mediante trattamento chirurgico, come invece stabilito in altre normative europee. La giurisprudenza di merito è apparsa divisa tra coloro che ritenevano possibile il cambiamento di identità anche in mancanza di un intervento chirurgico¹⁸ e quelli che reputavano

¹⁵ n. 2081 presentato il 6 ottobre 2015 e leggibile in www.articolo29.it

¹⁶ L'art. 7 così prevede "Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove 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 dello stesso sesso".

¹⁷ L'art. 6, comma 2, stabilisce che "La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile fra persone dello stesso sesso".

¹⁸ *Ex plurimis* Tribunale di Rovereto, sentenza 20 maggio del 2013, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2013, p. 1117, con nota di BILOTTA, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*; Tribunale di Roma, 22 marzo 2011, in *Guida al diritto*, 2011, n. 7-8, p. 15; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, p. 253, con nota di SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*; in *Famiglia e Diritto*, 2012, p. 184, con nota di TRIMARCHI, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*; Tribunale di Roma, sentenza del 18 ottobre 1997, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, p. 1033, con nota di LA BARBERA,

indispensabile, oltre al completamento della terapia ormonale e al raggiungimento di un armonioso rapporto tra soma e psiche, il ricorso al trattamento chirurgico¹⁹. All'interno di questo secondo indirizzo giurisprudenziale, in difetto di una specificazione normativa, si sono sviluppati diversi orientamenti in ordine al tipo e al grado di invasività dell'intervento chirurgico minimo ritenuto necessario ai fini della rettificazione. Alcuni hanno ritenuto che l'intervento minimo necessario debba interessare i soli caratteri sessuali secondari (es. seno, poma d'Adamo), mentre altri che debba coinvolgere anche i caratteri sessuali primari (organi genitali)²⁰. Controverso è inoltre se l'intervento richiesto

Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento medico-chirurgico. <http://www.articolo29.it/bibliografia-identita-di-genere/transessuali/autorizzazione-alla-rettificazione-anagraficatrattamenti-medico-chirurgici-necessarimerito/>; Tribunale di Vercelli, sentenza del 27 novembre 2014, in *Guida al diritto*, 2015, 5, p. 33, con nota di PORRACCILO, *Una decisione basata sul rispetto rigoroso del dettato normativo*; Trib. Macerata 21 maggio 1985, in *Arch. Civ.*, 1986, p. 758; Trib. Macerata, 12 novembre 1984, in *Giur. It.*, 1985, I, 2, p. 195.

¹⁹Tribunale di Potenza, sentenza del 20 febbraio 2015, pubblicata su <http://www.articolo29.it/bibliografia-identita-di-genere/transessuali/autorizzazione-alla-rettificazione-anagraficatrattamenti-medico-chirurgici-necessarimerito/>; Tribunale di Vercelli, sentenza del 27 novembre 2014, in *Guida al diritto*, 2015, 5, p. 33, con nota di PORRACCILO, *Una decisione basata sul rispetto rigoroso del dettato normativo*; Trib. Macerata 21 maggio 1985, in *Arch. Civ.*, 1986, p. 758; Trib. Macerata, 12 novembre 1984, in *Giur. It.*, 1985, I, 2, p. 195.

²⁰ E' stato correttamente sottolineato dalla giurisprudenza di merito (Trib. Vercelli, 12 dicembre 2014, Redazione Giuffrè, 2014) che, mentre i caratteri sessuali primari sono facilmente individuabili, il novero dei caratteri sessuali secondari è da considerarsi assolutamente indeterminato. Sulla base del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, stante la mancanza di specificazioni da parte del legislatore, il suddetto tribunale ha ritenuto che la norma andasse interpretata nel senso della necessaria modificazione dei caratteri sessuali primari. Secondo alcuni (Trib. Pavia, 2 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, 5, I, p. 1596; Trib. Bologna, 5 agosto 2005, in *Foro it.*, 2006, 12, I, p. 3542; Trib. Benevento, 10 gennaio 1986, in *Dir. Famiglia*, 1986, p. 614, *Riv. it. medicina legale*, 1988, p. 264) la norma va intesa nel senso che è sufficiente ai fini della rettificazione solo l'intervento demolitorio di tutti (o alcuni) dei caratteri sessuali preesistenti, non essendo richiesto l'ulteriore e delicato intervento ricostruttivo dei caratteri propri del nuovo sesso (in senso contrario, vale a dire della ricostruzione del sesso come requisito indefettibile, si veda Trib. Cagliari, 25 ottobre 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, p. 590; Trib. Vercelli, 12 dicembre 2014, cit.; quasi tutti i tribunali ritengono però non indispensabile la regolare o completa funzionalità degli stessi. Sul punto Trib. Monza, 25 ottobre 1983, in *Giur. merito*, 1984, p. 256; Trib. Milano, 2 novembre 1982, in *Foro it.*, 1984, I, p. 582); secondo altri è sufficiente la perdita dei caratteri anatomici principali del sesso originario, con acquisizione di una sufficiente specificazione anatomica dell'altro sesso (Trib. Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 996; Trib. di Bologna, 5 agosto 2005, cit.); secondo altri ancora si deve far riferimento al diverso requisito della necessità di perdita della capacità procreativa tipica del sesso originario (Trib. Pavia, 26 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, 5, I, p. 1596, secondo il quale "ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso, in particolare dell'attribuzione anagrafica con provvedimento giudiziario del sesso femminile a persona originariamente di sesso maschile, è sufficiente che la persona si sia sottoposta a trattamento chirurgico consistente nella totale asportazione di entrambi i testicoli, in quanto organi che permettono di generare come uomo, mentre non è necessaria anche l'asportazione del pene, con conseguente formazione degli organi sessuali femminili, ciò anche a salvaguardia del diritto del soggetto alla salute e all'integrità fisica").

debba riguardare la demolizione dei soli caratteri sessuali esterni²¹ o anche di quelli interni²² (si pensi alla transizione da donna a uomo e all'imposizione o meno, ai fini della rettificazione, dell'intervento di asportazione dell'utero e delle ovaie).

Ciò ha inevitabilmente determinato l'insorgere di un'evidente disparità di trattamento a livello nazionale, poiché una persona transessuale, che ha affrontato una terapia ormonale e la demolizione dei propri caratteri sessuali primari e secondari, può non ottenere il provvedimento di rettificazione di sesso, in quanto non si è sottoposta anche alla riattribuzione chirurgica del sesso. Al contrario un'altra persona transessuale può vedere accolta la propria richiesta, pur in difetto di qualunque intervento medico-chirurgico, in quanto ha adito i giudici che ritengono contraria ai principi costituzionali e alla CEDU un'interpretazione della normativa interna nel senso della necessità dell'intervento chirurgico.

Il Tribunale di Trento²³ ha richiesto sul punto l'intervento della Consulta, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, nella parte in cui esige la modifica chirurgica dei caratteri sessuali per la rettifica di sesso, con riferimento ai parametri costituzionali di cui artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, della Costituzione. Sostiene il giudice *a quo* che *“dal tenore letterale della norma, emerge inequivocabilmente che la rettificazione può aver luogo solo previa modificazione dei caratteri sessuali, per tali dovendosi necessariamente intendere i caratteri sessuali primari (vale a dire l'apparato genitale, in base all'esame del quale, al momento della nascita, si è soliti individuare il sesso della persona). In assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari, la rettificazione non può aver luogo”*. La questione di legittimità costituzionale secondo i primi commentatori può esporsi ad una pronuncia d'inammissibilità in quanto non viene valutata dal giudice rimettente la possibilità di accedere ad un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della normativa, che (è bene sottolineare) non richiede espressamente il previo ricorso all'intervento chirurgico come presupposto per la pronuncia della

²¹ Così Trib. Milano, 2 novembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, p. 582.

²² Trib. Bologna, 5 agosto 2005, in *Foro it.*, 2006, 12, I, p. 3542, ha ritenuto necessaria l'asportazione dell'utero, delle ovaie e delle ghiandole mammarie.

²³ Tribunale di Trento, ordinanza 20 agosto 2015, n. 228, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, parte speciale, 17 dicembre 2014, n. 52.

sentenza di rettificazione di sesso. Conferma di ciò, si ha dalla lettura delle numerose sentenze dei giudici di merito che hanno ritenuto di dovere interpretare l'art. 1 della l. 164 del 1982 nel senso che la persona transessuale, nella piena esplicazione del suo diritto all'identità di genere *ex art. 2 Cost.* e all'autodeterminazione nei trattamenti sanitari *ex art. 32 Cost.*, sia pienamente libera di scegliere se sottoporsi ad un intervento chirurgico demolitorio dei propri caratteri sessuali primari, senza che tale decisione possa avere alcuna ripercussione in senso negativo sulla pronuncia di rettificazione di sesso²⁴.

Il Tribunale è ben consapevole che dalla lettura dell'art. 31, comma quarto, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, (*"quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato"*), si possa evincere che il trattamento medico-chirurgico possa essere solo eventuale (come lascia intendere l'avverbio *"quando"*), ma secondo il rimettente ciò è previsto *"non già perché possa ottenersi la rettificazione di attribuzione di sesso a prescindere dall'adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì solo perché possono esservi casi concreti nei quali i caratteri sessuali primari risultano già modificati (ad esempio, in caso di intervento già praticato all'estero o per ragioni congenite). Se così non fosse, non si comprenderebbe l'espressione "a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali", di cui al cit. art. 1, primo comma, della legge 14 aprile 1982, n. 164"*²⁵.

Nelle more del giudizio pendente davanti alla Corte costituzionale, sulla *vexata quaestio*²⁶ si sono pronunciate recentemente la Corte EDU e la

²⁴ Per una disamina della giurisprudenza di merito si rinvia alla nota 18 *supra*.

²⁵ Aggiunge il Tribunale rimettente che *"se il legislatore avesse inteso consentire alla persona la rettificazione di attribuzione di sesso a prescindere dalla modificazione dei suoi caratteri sessuali primari, non avrebbe menzionato tale modificazione nella parte finale della norma in esame. Il suo tenore letterale sarebbe stato diverso, verosimilmente uguale a "la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita", senza alcun riferimento alla modificazione dei caratteri sessuali della persona. Il legislatore del 1982 ha dunque richiesto che vi sia piena corrispondenza tra gli organi sessuali primari della persona, e la nuova identità sessuale a costei attribuita dall'autorità giudiziaria. Ad avviso di questo Tribunale, dunque, l'interpretazione del cit. art. 1, primo comma, della legge 14 aprile 1982, n. 164, impone di escludere che sia ammessa la rettificazione di attribuzione di sesso, in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari della persona (modificazioni che possono essere congenite, fortuite o realizzate mediante intervento medico-chirurgico). Il tenore letterale della norma, non sembra consentire alcun'altra interpretazione"*.

²⁶ Occorre rammentare che la Corte di giustizia dell'UE (Sentenza della Corte 27 aprile 2006, causa C-423/04, Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, in *Racc.* 2006, I-3585, par. 21, sentenza

Corte di cassazione. La Corte europea dei diritti umani²⁷ ha affrontato il caso della compatibilità con la CEDU del diniego, da parte di uno Stato membro, dell'autorizzazione alle modifiche di sesso in ragione della circostanza che il richiedente non sia incapace di procreare. Dopo avere ampiamente analizzato le normative dei paesi aderenti e aver ricordato i rapporti delle Nazioni Unite (17 marzo 2011) e del Consiglio d'Europa (nel 2009 e nel 2011)²⁸, in cui viene sempre data maggiore rilevanza al profilo

della Corte 7 gennaio 2004, causa C-117/01, K.B., *Racc.* pp. I-541, par. 35), sebbene in pronunce risalenti, ha affermato a più riprese, che spetta agli Stati Membri, e non già al diritto dell'UE, determinare le condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di genere di una persona.

²⁷Corte europea dei diritti umani, *Y.Y. c. Turchia*, decisione 10 marzo 2015, pubblicata su www.articolo29.it, con commento di ZANNONI. La questione sottoposta alla Corte di Strasburgo riguardava la compatibilità con la CEDU della legislazione turca che prevedeva il requisito dell'incapacità definitiva per accedere all'intervento chirurgico di cambiamento del sesso e non (almeno direttamente) ai fini del cambiamento di genere anagrafico. La Corte afferma che negare l'autorizzazione all'intervento chirurgico in ragione della circostanza che il richiedente non sia incapace, in modo definitivo, di procreare, costituisce violazione della vita privata protetta dall'art. 8 della CEDU e di conseguenza condanna lo Stato turco a risarcire i danni patiti dal transessuale per aver dovuto attendere per anni l'autorizzazione all'esecuzione dell'intervento chirurgico – e il conseguente cambiamento del sesso anagrafico.

²⁸ Deve essere fatta menzione della crescente produzione a livello internazionale di risoluzioni e raccomandazioni, che anche se prive di portata vincolante, reputano contraria ai diritti fondamentali della persona la previsione del requisito della sterilizzazione e dell'intervento chirurgico ai fini della rettifica dell'attribuzione di genere. Il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha specificamente invitato a più riprese gli Stati membri “[to]abolish sterilisation and other compulsory medical treatment as a necessary legal requirement to recognise a person’s gender identity in laws regulating the process for name and sex change” (Recommendations of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Issue Paper Human Rights and Gender Identity*, Strasbourg, 29 July 2009, p. 44; Council of Europe Parliamentary Assembly Report Putting an End to Coerced Sterilisations and Castrations, Doc. 13.215, 28 May 2013. Si vedano anche il *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Juan E. Méndez, 1 February 2013, A/HRC/22/53 e le *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, the Netherlands, 18 January-5 February 2010, p. 11). Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha ritenuto che “*les traitements hormonaux ou chirurgicaux en tant que conditions pour se voir reconnaître légalement un changement de genre devraient ainsi être limités à ceux strictment nécessaires, et avec le consentement de l'intéressé.*” (Recommendation CM/Rec (2010) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity, 31 March 2010, VII (*Health*), par. 35-36). In modo ancora più netto l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con una risoluzione relativa alla discriminazione a motivo dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, ha raccomandato gli Stati Membri a far sì che i documenti ufficiali delle persone transessuali riflettano il genere scelto “*sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale*” (Resolution 1728 (2010) of the Parliamentary Assembly – Discrimination on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity – 29 April 2010, par. 16.11.2). Nello stesso senso si sono espressi anche i Yogyakarta Principles che precisano come “*no one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilisation or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity. No status, such as marriage or parenthood, may be invoked as such to prevent the legal recognition of a person’s gender identity*” (Principle III (*The Right to Recognition Before the Law*), The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2006)). Sul punto si è espressa anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità che, nei *Guiding Principles for the Provision of Sterilization*

del diritto alla salute nel riconoscimento del diritto al mutamento di sesso, la Corte di Strasburgo è giunta alla conclusione che tale comportamento viola la vita privata protetta dall'art. 8 della Convenzione.

La Corte di cassazione con la recente sentenza n. 15138 del 2015²⁹, dopo avere richiamato le statuizioni della Corte EDU, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto dell'Unione Europea e della Convenzione europea dei diritti umani della legge 164 del 1982 e valorizzando la formula normativa “*quando necessario*”, ha dichiarato che gli articoli 1 e 3 della suddetta legge non impongono un'operazione chirurgica demolitoria e/o modificativa dei caratteri sessuali anatomici primari. Ricorda la Corte che nell'interpretazione della legge n. 164 del 1982 si deve “*tenere conto dell'iscrizione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere in una civiltà giuridica in continua evoluzione in quanto soggetta alle*

Services, ha affermato: “*States parties’ obligation to respect the right to health requires that they abstain from imposing discriminatory practice. This includes an obligation to respect the rights of persons with disabilities and transgender and intersex persons, who also have the right to retain their fertility and the right to have access to sterilization and other family planning services on an equal basis with others*” (WHO, Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization: An Interagency Statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO, 2014, pp. 10-12). Nell'ordinamento dell'UE vengono poi in rilievo le linee guida adottate del Consiglio che sottolineano come in alcuni Paesi Membri “*the requirements for legal gender recognition may be excessive, such as requiring proof of sterility or infertility, gender reassignment surgery, hormonal treatment, a mental health diagnosis and/or having lived in the preferred gender for a specified time period (the so-called ‘real-life experience’)*”, per poi affermare in modo perentorio che “*such excessive provisions or practices are contrary to the right to equality and nondiscrimination as stated in Articles 2 and 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and Article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*” (Guidelines to Promote and Protect the Enjoyment of All Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Persons, Foreign Affairs Council Meeting, Luxembourg, 24 June 2013, par. 20, 21). Anche il Parlamento europeo con Risoluzione del 12 marzo 2015 ha chiesto espressamente la «messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere», affermando di condividere il punto di vista «secondo cui tali requisiti dovrebbero essere trattati e perseguiti come una violazione del diritto all'integrità fisica nonché della salute sessuale e riproduttiva e dei relativi diritti». Ai paragrafi 163 e 164 si legge difatti che il Parlamento «invita la Commissione e l'OMS a eliminare i disturbi dell'identità di genere dall'elenco dei disturbi mentali e comportamentali; invita la Commissione a intensificare gli sforzi per porre fine alla patologizzazione delle identità transgender; incoraggia gli Stati a garantire procedure rapide, accessibili e trasparenti di riconoscimento del genere, che rispettino il diritto all'autodeterminazione» e che «accoglie con favore il crescente sostegno politico per la messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere, come espresso dal relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura, e condivide il punto di vista secondo cui tali requisiti dovrebbero essere trattati e perseguiti come una violazione del diritto all'integrità fisica nonché della salute sessuale e riproduttiva e dei relativi diritti» (Parlamento Europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione europea in materia (2014/2216(INI))*, par. 163, 164)).

²⁹ Corte di cassazione, sentenza 20 luglio 2015, n. 15138, in *Guida al diritto*, 2015, nn. 34-5, p. 34 e ss. E in *Foro It.*, 2015, I, 3127, con nota critica di G. Casaburi.

modificazioni dell'approccio scientifico, culturale ed etico alle questioni inerenti, nella specie, alle domande di mutamento di sesso e al fenomeno del transessualismo e più in generale alle scelte relative al genere e alla sfera personale dell'identità personale"³⁰. L'esigenza di tutela della certezza delle relazioni giuridiche e della differenziazione tra i generi deve essere contemperata con il diritto all'autodeterminazione sancito dagli artt. 2 e 32 della Costituzione e dall'articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea oltre che dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani. Il diritto ad autodeterminarsi viene in considerazione sotto i due profili fortemente interconnessi del diritto a non vedere compromesso il diritto all'identità di genere mediante trattamenti sanitari coattivi e il correlato diritto a non essere sottoposti ai predetti trattamenti ove non necessari e non voluti.

Il singolo individuo non può essere costretto a sottoporsi ad un intervento chirurgico invasivo anche potenzialmente dannoso, teso a far coincidere il soma alla psiche mediante adeguamento degli organi sessuali al fine di vedere affermato il proprio diritto all'identità di genere. L'obbligatorietà generalizzata dell'intervento chirurgico determinerebbe un condizionamento *ex lege* dell'identità di genere che costituisce un carattere costitutivo della complessiva identità personale. La compressione potrebbe avere una duplice direzione: o realizzarsi mediante l'imposizione di un trattamento sanitario coattivo, al fine di ottenere il riconoscimento giuridico del mutamento del sesso o rinunciare a tale riconoscimento, ed essere costretti a vivere una «esistenza legale» che non corrisponde all'identità, all'aspetto esteriore, al ruolo sociale voluto e vissuto dal soggetto. La ricerca scientifica in quest'area ha ampiamente dimostrato come l'equilibrio psicofisico della persona transessuale non comporti necessariamente l'adeguamento chirurgico dei genitali. L'intervento al contrario spesso viene compiuto per «regolarizzare» una situazione intermedia nella quale la persona transessuale è soggetta a stigmatizzazione sociale, discriminazione, privazione dei diritti fondamentali, tra cui il diritto alla riservatezza dei dati personali sensibili, quali quelli relativi alla salute e alla vita sessuale.

L'art 5 c.c. vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando siano

³⁰ Corte di cassazione, sentenza 20 luglio 2015, n. 15138, cit., p. 38.

altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. La legge n. 164 del 1982 consente di effettuare, in deroga all'art. 5 c.c., un trattamento chirurgico che comporti la perdita dei propri caratteri sessuali, in virtù della natura terapeutica che l'intervento riveste al fine di realizzare l'adeguamento del soma alla psiche. La Corte costituzionale ha tratto dall'art. 32 della Costituzione un concetto ampio di diritto alla salute, fisica e psichica, in relazione alla quale gli atti dispositivi del proprio corpo, se volti a tutelare in questa complessiva connotazione la salute della persona, non solo non sono vietati, ma anzi sono leciti³¹. In tale contesto l'intervento chirurgico è un mezzo per porre fine alla situazione di disperazione ed angoscia e, entro tali confini soggettivi, uno strumento liberatorio per tornare ad una condizione di benessere fisico e psichico e per affermare il proprio diritto all'identità di genere. Esso deve pertanto ritenersi l'esito di un percorso dell'individuo che, per raggiungere uno stato di serenità psicofisica, decide di sopportare tutti i rischi ai quali si va generalmente incontro quando si consente ad un trattamento medico-chirurgico.

Secondo i giudici di legittimità, l'acquisizione di una nuova identità di genere può quindi essere il frutto di un processo personale che non richiede la rinuncia al diritto alla conservazione della propria integrità psico-fisica, purché la serietà e l'univocità del percorso intrapreso e la compiutezza dell'approdo finale sia provata attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, integrati, se necessario, da indagini tecniche officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta. Vale sottolineare che la questione interpretativa sottoposta al giudice di legittimità riguardava la necessità di effettuare un intervento chirurgico ablativo dei caratteri sessuali primari per procedere alla riattribuzione del sesso, ma dalla lettura della motivazione della sentenza si evince chiaramente che non si può obbligare il transessuale a sottoporsi a qualsiasi trattamento chirurgico, sia esso concernente i caratteri sessuali primari che quelli secondari. Ribadisce la Corte di cassazione 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 integrità psicofisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche”*³². Il diritto all'integrità

³¹Corte costituzionale, sentenza 1985, n. 161 cit. supra, nota 1.

³² Corte di cassazione, sentenza 20 luglio 2015, n. 15138, cit. supra, nota 29, p. 41.

psicofisica e il diritto all'autodeterminazione nei trattamenti sanitari *ex* 32 Cost. prevalgono dunque sull'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche-sociali. Del resto lo stesso art. 32 Cost., comma 2, nel prevedere che si possa essere obbligati ad un determinato trattamento sanitario per disposizione di legge, precisa che in nessun caso si possono violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Imporre al transessuale il ricorso all'operazione chirurgica demolitoria dei propri caratteri sessuali comporterebbe la violazione di altri diritti costituzionali, primi tra tutti il diritto all'identità personale, da annoverarsi, come affermato dalla Consulta nella sentenza n. 161 del 1985, tra i diritti che formano il patrimonio irrinunciabile della persona umana e che quindi rappresentano un limite insuperabile per il legislatore stesso.

La correttezza di tale lettura della sentenza della Corte di cassazione risulta confermata dalla recentissima pronuncia della Corte costituzionale n. 221 del 2015³³, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, sollevata dal Tribunale di Trento. La Corte, fornendo un'interpretazione della norma censurata conforme ai diritti della persona, ha ritenuto che la mancanza di un riferimento testuale nell'art. 1 della l. 164 del 1982 alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione, porti 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 il giudice delle leggi che *“l'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere. L'ampiezza del dato letterale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive. (..) La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso*

³³ Corte costituzionale, sentenza 5 novembre 2015, n. 221 in www.cortecostituzionale.it

anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale requisito per accedere al procedimento di rettificazione – come prospettato dal rimettente –, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico”. In tale contesto il ricorso all'intervento chirurgico rappresenta uno strumento eventuale e di ausilio al raggiungimento del benessere del corpo e dell'anima, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, laddove sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica. Nulla dunque osta a che la rettificazione di attribuzione di sesso possa avvenire indipendentemente e in assenza del mutamento chirurgico dei caratteri primari e/o secondari, a condizione però, come chiarito dalla Consulta, che siano resi evidenti, attraverso un rigoroso accertamento giudiziale, la definitività della scelta e le modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto.

5. Panorama comparatistico

Un rapido sguardo oltralpe consente di rilevare che la legislazione di diversi Stati europei è mutata nel corso degli anni, non richiedendo più il ricorso all'intervento chirurgico come presupposto per il provvedimento di rettifica del sesso. La legge tedesca (10 settembre 1980, I, nr.1654), secondo l'originaria prescrizione normativa, prevedeva due tappe. La prima (c.d. piccola soluzione, “*kleine losung*”) consentiva il cambiamento del nome senza il ricorso ad alcun intervento chirurgico, essendo sufficiente la sola terapia ormonale, mentre la seconda (c.d. grande soluzione, “*grosse losung*”) permetteva di procedere alla rettificazione di sesso dopo l'accertamento dell'incapacità di procreare e l'esecuzione di un intervento chirurgico in grado di avvicinare il più possibile le caratteristiche sessuali della persona a quelle dell'altro sesso. La Corte costituzionale tedesca nel 2008³⁴ ha ritenuto tali condizioni per il mutamento di sesso “imprevedibili” (l'espressione tedesca tradotta in forma sostanzialmente letterale è *unzumutbar*). Analogamente in Austria la Corte costituzionale austriaca³⁵ con un provvedimento coevo ha stabilito che l'intervento

³⁴ Corte costituzionale tedesca, sentenza 27 maggio 2008, consultabile su <http://www.articolo29.it/materiali-di-diritto-comparato/diritto-comparatoidentita-di-genere-2/>

³⁵ Corte costituzionale austriaca, sentenza 3 dicembre 2009, consultabile su <http://www.articolo29.it/materiali-di-diritto-comparato/diritto-comparatoidentita-di-genere-2/>

chirurgico così invasivo, quale quello richiesto per l'eliminazione delle caratteristiche sessuali primarie, non possa considerarsi necessario per un chiaro avvicinamento all'apparenza esteriore dell'altro sesso.

Il legislatore britannico con il *Gender Recognition Act* del 2004 ha stabilito che la rettificazione del certificato di nascita e il cambio del nome siano effettuati indipendentemente dall'intervento chirurgico³⁶, escludendo che la persona che ha ottenuto tale provvedimento subisca limitazioni nei suoi diritti. E' stato infatti previsto che *“the fact that a person’s gender has become the acquired gender under this Act does not affect the status of the person as the father or mother of a child”* e che tale nuova situazione *“does not affect the disposal or devolution of property under a will or other instrument made before the appointed day”*.

La legge spagnola, salutata nel momento in cui è stata approvata (15 marzo 2007) come una delle più avanzate sull'identità di genere, consente alle persone transessuali, per le quali sia stata accertata una diagnosi di "disforia di genere" e che siano sottoposte a terapia ormonale da almeno due anni (ad eccezione dei casi in cui per motivi certificati, di salute o d'età, non si possa accedere al trattamento suddetto), di modificare il proprio nome sui documenti senza il bisogno di sottoporsi ad una operazione genitale e senza alcun procedimento giudiziale. La decisione che garantisce la rettificazione del sesso di nascita nei registri anagrafici ha effetto dalla registrazione nei registri stessi³⁷.

³⁶ Il *Recognition Gender Act* richiede una dichiarazione del soggetto interessato alla modifica del genere e del nome avente ad oggetto la conferma della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, l'accertamento della presenza dei quali è sottoposta al vaglio di un apposito collegio (*“The Panel”*). E' previsto che *“A person of either gender who is aged at least 18 may make an application for a gender recognition certificate on the basis of (a) living in the other gender, or (b) having changed gender under the law of a country or territory outside the United Kingdom”*. Il collegio nel caso di cui alla precedente lett. a) *“must grant the application if satisfied that the applicant (a) has or has had gender dysphoria, (b) has lived in the acquired gender throughout the period of two years ending with the date on which the application is made, (c) intends to continue to live in the acquired gender until death, and (d) complies with the requirements imposed by and under section 3”*. Nel caso di cui alla precedente let. b), il collegio invece *“must grant the application if satisfied (a) that the country or territory under the law of which the applicant has changed gender is an approved country or territory, and (b) that the applicant complies with the requirements imposed by and under section 3”*. In entrambi i casi è richiesta la presentazione dei documenti elencati dalla sezione 3: *“(a) a report made by a registered medical practitioner practising in the field of gender dysphoria and a report made by another registered medical practitioner (who may, but need not, practise in that field), or (b) a report made by a chartered psychologist practising in that field and a report made by a registered medical practitioner (who may, but need not, practise in that field)”*.

³⁷ Secondo quanto stabilito dalla sezione 1 della l. 15 marzo 2007, n. 3, qualsiasi persona di nazionalità spagnola, maggiorenne e nel pieno possesso delle proprie facoltà mentali, potrà accedere alla

Attualmente lo Stato che vanta la più innovativa legge sull'identità di genere è quello maltese³⁸. Essa prevede che la persona maggiorenne, cittadina maltese o abitualmente residente a Malta, possa mutare il proprio genere mediante una semplice dichiarazione in atto notarile, senza necessità di alcun intervento chirurgico; mentre il minorenni può cambiare il genere su richiesta dei genitori o del tutore e in presenza dell'autorizzazione del Tribunale. Il legislatore maltese si è inoltre fatto carico di disciplinare i casi in cui il genere non possa essere stabilito al momento della nascita perché dubbio. In tale circostanza deve essere assegnata una casella "bianca" e i genitori, entro il quattordicesimo anno, devono attivarsi per dichiarare il genere.

Il cambiamento di genere può avvenire anche verso un genere "indeterminato". Nella brevissima relazione al testo legislativo si legge infatti che *"l'identità di genere è considerata parte integrante di una persona che può o non può avere bisogno di intervento chirurgico o di trattamento ormonale o terapia (...). (...) le caratteristiche di genere variano per natura e tutte le persone devono avere il potere di prendere le decisioni che interessino la loro propria integrità fisica e la autonomia fisica"*. Da un punto di vista strettamente sociale, accanto all' assenza di caratteristiche di un genere, vi sono i casi di compresenza delle caratteristiche dei due generi o bigenderismo, cui propriamente si riferiscono le numerose figure delle culture extraeuropee (si pensi ai berdaches), e i casi di trigenderismo o fluidità di genere³⁹, caratterizzati

rettificazione del sesso nei registri anagrafici. La rettificazione del sesso iniziale è accompagnata dal cambio del primo nome al fine di non determinare una discordanza con il sesso sui registri anagrafici. La sezione 3 attribuisce all'ufficiale di stato civile, competente in relazione al domicilio del richiedente, il potere di provvedere alla rettificazione del sesso iniziale sui registri anagrafici. La rettificazione dello stato civile consentirà alla persona di esercitare tutti i diritti relativi alla sua nuova condizione. Il cambio di sesso e di prenome non prevede alcuna modificazione rispetto a diritti e obblighi legali che possano essere stati maturati precedentemente alla registrazione del cambio dello stato civile. La sezione 6 specifica che egli *"dovrà notificare d'ufficio l'avvenuto cambio di sesso e di prenome alle autorità e agli organi competenti di legge. Il cambio di sesso e di prenome sarà collegato alla richiesta di un nuovo Documento Nazionale di Identità che indichi i dati rettificati nei registri anagrafici. In ogni caso, il Documento Nazionale di Identità manterrà lo stesso numero identificativo. La nuova emissione di documenti precedenti alla rettificazione dello stato civile sarà effettuata solo dietro domanda del richiedente. In ogni caso, i nuovi documenti riporteranno l'indicazione del numero del Documento Nazionale di Identità al fine di garantire la giusta identificazione della persona"*.

³⁸ La traduzione della legge maltese XI del 2015 per il riconoscimento e la registrazione del genere di una persona e per regolare gli effetti di un tale cambiamento, nonché il riconoscimento e la tutela delle caratteristiche sessuali di una persona, approvata dal Parlamento all'unanimità il 1 aprile 2015, si può leggere su www.articolo29.it

³⁹ Tra le ragioni che portano al mutamento del genere nel corso del tempo si segnala la sindrome di Guevedoce, fenomeno che gli scienziati spiegano con la mancanza dell'enzima 5- α -reduttasi che

dalla variazione del genere nel tempo, da maschile a femminile a misto. L'art 10 accenna al caso di assegnazione di “assenza di genere” o di un “genere altro”, diverso da quello maschile o femminile, che, se acquisito mediante provvedimento straniero, deve essere obbligatoriamente riconosciuto nel piccolo Stato. Il transgender, agender, bigender o genderfluid deve essere identificato come tale e ha diritto e dovere di chiedere i nuovi documenti di riconoscimento e di far rivedere e aggiornare tutta la documentazione a lui pertinente presso ogni banca dati, senza che la variazione del genere abbia alcuna conseguenza sullo stato coniugale o di genitore (quindi va escluso l’allontanamento dai figli).

6. Le ripercussioni della sentenza di rettificazione di sesso sul matrimonio

Ai sensi dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982 e dell'articolo 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso determina la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. La Corte di cassazione⁴⁰, adita da due coniugi che, non volendo la cessazione del vincolo coniugale, avevano proposto ricorso ex art. 95 D.P.R. 396 del 2000 avverso l'annotazione dell'intervenuta cessazione degli effetti civili effettuata dall'ufficiale di stato civile in margine all'atto di matrimonio, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art 2, abrogato dall'art. 34, comma 39, lett. c), del d.lgs. 150 del 2011 ma vigente all'epoca dei fatti, dell'art. 4 della l. n. 164 del 1982 e dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, nella parte in cui prevedono il divorzio automatico in seguito alla rettificazione di sesso (c.d. divorzio imposto), nonostante l'espressa volontà contraria dei coniugi, che intendono rimanere uniti in matrimonio.

impedisce all'ormone sessuale maschile di formarsi prima della pubertà. Le persone affette da questa sindrome appaiono come femmine alla nascita, senza testicoli e con quella che sembra essere una vagina, e rimangono tali fino alla pubertà, quando si produce un enorme aumento di testosterone e si sviluppano gli organi riproduttivi maschili. I ragazzi affetti dalla sindrome di Guevedoce, una volta sviluppato l'organo maschile nella pubertà non presentano nessuna anomalia fisica e diventano effettivamente degli uomini con un organo funzionante. Tuttavia non tutti i giovani riescono a fronteggiare questa trasformazione e ad accettare il nuovo sesso, tanto che alcuni si sottopongono ad un intervento chirurgico per tornare donna, sbarazzandosi così dello strano caso di Guevedoce.

⁴⁰ Corte di cassazione, ordinanza 6 giugno 2013, n. 14329, in *Guida al diritto*, 2013, n. 33, p. 14 con nota di FIORINI.

La Corte costituzionale⁴¹, nell'accogliere la questione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982, nella parte in cui non prevedono che *“la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore”* e, in via consequenziale, dell'articolo 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, nella parte in cui non prevede che *“la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consenta, comunque ove entrambi lo richiedano di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti e obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore”*. Nella motivazione la Corte conferma quanto già statuito nella sentenza n. 138 del 2010. La nozione di matrimonio cui si riferisce l'articolo 29 Cost. è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. Ciò però non esime il legislatore dal regolare il regime giuridico proprio di una forma di convivenza registrata cui possano accedere le persone del medesimo sesso, all'interno della quale possa trovare regolamentazione anche il caso dello scioglimento del matrimonio a seguito della sentenza di riattribuzione del sesso. A differenza della sentenza n. 138 del 2010, con la quale il giudice di legittimità ha *sic et simpliciter* ammonito il legislatore ad intervenire per disciplinare le unioni omoaffettive, la pronuncia *de qua* è stata unanimemente qualificata dalla dottrina⁴² *“additiva di principio”*.

Il giudice di legittimità⁴³, è stato nuovamente chiamato a

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170, in *Famiglia e diritto*, 2014, 10, p. 861 con nota di BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*.

⁴² *Ex multis*, BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forumcostituzionale.it*, 24 giugno 2014; RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?*, in *Rivista telematica AIC*, www.rivistaaic.it; VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014.

⁴³ Corte di cassazione, sentenza 21 aprile 2015, n. 8097, in *Guida al diritto*, 2015, n. 21, p. 52, con nota

pronunciarsi per la conclusione del processo sospeso a seguito dell'incidente di costituzionalità. La dottrina ha indicato due strade percorribili: dichiarare lo scioglimento del matrimonio, rilevando che la Corte costituzionale avrebbe soltanto evidenziato un'omissione pura e semplice del legislatore⁴⁴ considerare valido ed efficace il matrimonio⁴⁴ in mancanza di una legislazione sulle unioni civili. Il procuratore generale presso la Corte di cassazione ha chiesto il rigetto del ricorso, sul rilievo che la sentenza della Corte costituzionale non sarebbe stata in grado di spiegare immediatamente effetti, ma avrebbe potuto farlo soltanto in virtù del futuro intervento del legislatore.

La Corte ha invece ritenuto che la qualificazione della pronuncia n. 170 del 2014 come “additiva di principio” non elidesse la specificità degli effetti delle pronunce di accoglimento così come indicati nell’art. 136, primo comma, della Costituzione e che pertanto tale sentenza fosse autoapplicativa e non meramente dichiarativa. Da queste premesse il giudice di legittimità ha dedotto che *“la sentenza della Corte costituzionale non può che comportare la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell’unione fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo, ritenuto costituzionalmente intollerabile, costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all’interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso”*⁴⁵.

La Corte di cassazione ha pertanto consentito alle parti ricorrenti la conservazione dei diritti e doveri scaturenti dal matrimonio, onde evitare che il meccanismo di caducazione automatica del vincolo matrimoniale (c.d. divorzio imposto) nel sistema di vuoto normativo attuale determinasse quegli effetti stigmatizzati dalla Consulta perché costituzionalmente incompatibili con la protezione che l’unione anche dopo la rettificazione di sesso di uno dei componenti deve conservare per obbligo costituzionale

di FINOCCHIARO.

⁴⁴ Così ROMBOLI *La legittimità costituzionale sul divorzio imposto: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro Italiano*, 2014, 10, p. 2680 e ss., il quale ha efficacemente posto in luce le difficoltà interpretative della sentenza n. 170 del 2014 rilevando che con la mente opterebbe per una soluzione (il rigetto della domanda), se invece dovesse seguire il cuore sceglierebbe la seconda (la conservazione a tempo del matrimonio).

⁴⁵ Corte di cassazione, sentenza 21 aprile 2015, n. 8097, cit. *supra*, nota 42, p. 55.

(ex art. 2 Cost.). Precisa la Corte che tale “opzione ermeneutica è costituzionalmente obbligata e non cagiona l'estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione temporalmente definita e non eludibile di non creare quella condizione di massima indeterminatezza stigmatizzata dalla Corte costituzionale in relazione al nucleo affettivo e familiare che, avendo goduto legittimamente dello statuto matrimoniale, si trova invece in una condizione di assenza radicale di tutela”. Si è proceduto ad un'applicazione analogica ex art. 12 disp. prel. cod. civ. ad un caso non disciplinato (l'unione tra coniugi di cui uno abbia modificato il proprio sesso) delle norme relative ad un caso disciplinato (il matrimonio), estensione analogica imposta perché la fattispecie cui avere riguardo non è una relazione di fatto ancorché costituzionalmente protetta (come per le unioni omoaffettive), ma un'unione matrimoniale, caratterizzata dal massimo grado di protezione giuridica.

L'unione coniugale⁴⁶, deve pertanto ritenersi sottoposta alla condizione risolutiva costituita dall'entrata in vigore di una legge che preveda un'altra forma di convivenza registrata sostanzialmente equiparabile, sul tema di diritti e doveri di assistenza economico patrimoniale e morale reciproci, a quella derivante dal vincolo matrimoniale.

A tal proposito, merita ricordare che negli ultimi anni sono intervenute due importanti sentenze delle corti costituzionali dell'Austria⁴⁷ e della Germania⁴⁸, le quali hanno dichiarato l'incostituzionalità delle

⁴⁶ Dolso, *Un matrimonio a tempo per il “transessuale tardivo”: considerazioni sul “seguito” della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in *GENIUS Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015, 1, p. 96.

⁴⁷ Corte costituzionale austriaca, sentenza 8 giugno 2006, consultabile su www.articolo29.it

⁴⁸ Corte costituzionale tedesca, sentenza 27 maggio 2008, consultabile su www.articolo29.it Per un commento PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione “ancorché non più matrimoniale”*, in *Corriere Giur.*, 2015, 8-9, p. 1048, il quale evidenzia la diversità tra le soluzioni adottate dalla Corte costituzionale italiana e da quella tedesca. La Corte costituzionale tedesca ha ritenuto che il mutamento di sesso, se i coniugi lo desiderano, non determini lo scioglimento del matrimonio e il legislatore è stato invitato a disciplinare la materia tenendo conto del suddetto principio. Secondo il *Bundesverfassungsgericht* il matrimonio rimane in vita e non trova applicazione la legge sulla convivenza registrata delle persone omosessuali in vigore in Germania. Al contrario nell'ordinamento italiano, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2014, il mutamento di sesso determina lo scioglimento del vincolo matrimoniale ma, in attesa della legge sulle unioni civili delle persone dello stesso sesso, all'interno della quale possa trovare disciplina anche la fattispecie in esame, viene protetta l'unione degli interessati, “ancorché non più matrimoniale”, come se il matrimonio non si fosse sciolto.

norme che prevedevano, in quei paesi, l'automatico scioglimento del matrimonio a seguito della modificazione dell'attribuzione del sesso. Nei due paesi ricordati, come nel nostro, il matrimonio è un diritto fondamentale e non sopporta l'ingerenza dello Stato, che imponga a due persone lo scioglimento del vincolo al quale si sono liberamente determinate. In assenza della volontà di almeno uno dei coniugi che richieda il divorzio, si tratterebbe anche di una inaccettabile violazione della vita privata e familiare, protette dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani.

Diverso da quello appena analizzato, è il caso in cui due persone dello stesso sesso abbiano contratto matrimonio all'estero e, successivamente al cambiamento di genere di uno dei coniugi avvenuto secondo la legge straniera applicabile, ne chiedano la trascrizione in Italia. In questa circostanza i giudici di merito hanno ritenuto che il matrimonio contratto all'estero sia pienamente trascrivibile nei registri in quanto riconducibile al paradigma eterosessuale. Il cambio anagrafico dell'identità di genere, realizzato dal cittadino straniero all'estero, secondo la legge quivi applicabile, determina, quantomeno dalla data di efficacia del cambio di sesso, che il matrimonio dallo stesso contratto con il cittadino italiano debba essere considerato a tutti gli effetti, anche nell'ordinamento italiano, come matrimonio contratto tra persone di genere diverso, non contrario all'ordine pubblico e produttivo degli effetti giuridici propri del matrimonio⁴⁹.

Maria Acierno e Cristina Cecchetti

⁴⁹ Corte d'appello di Milano, decreto 27 marzo 2015, in *Guida al diritto*, 2015, n. 31, p. 15, con nota di BUFFONE.