

Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138; Forte *Presidente* - *Acierno Relatore*

Stato civile – Rettificazione giudiziale di attribuzione di sesso – Presupposto della intervenuta modificazione dei caratteri sessuali della persona – Asserita lesione del diritto fondamentale alla propria identità di genere, in ragione della necessità di trattamenti clinici altamente invasivi e pericolosi per la salute – Asserita irragionevolezza – Insussistenza

Alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata, e conforme alla giurisprudenza della CEDU, dell'art. 1 della l. n. 164 del 1982, nonché del successivo art. 3 della medesima legge, attualmente confluito nell'art. 31, comma 4, del D.lgs. n. 150 del 2011, per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile deve ritenersi non obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. Invero, l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia oggetto, ove necessario, di accertamento tecnico in sede giudiziale. (Cassa e decide nel merito, App. Bologna, 20/03/2013).

(*Omissis*)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO – M. M. aveva richiesto al Tribunale di Piacenza nel 1999 l'autorizzazione al trattamento medico chirurgico per la modificazione definitiva dei propri caratteri sessuali primari al fine di ottenere la rettificazione dei caratteri anagrafici. Il Tribunale aveva accolto la domanda.

Dopo circa dieci anni è stata richiesta dal M. la rettificazione dei propri atti anagrafici senza sottoporsi al trattamento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari al genere femminile.

A sostegno della nuova domanda era stato rilevato:

- che il ricorrente temeva le complicate di natura sanitaria;
- che nel frattempo aveva raggiunto un'armonia con il proprio corpo che lo aveva portato a sentirsi donna a prescindere dal trattamento anzidetto.

Il Tribunale riteneva condizione sufficiente ma necessaria il trattamento chirurgico e respingeva la domanda.

Il M. proponeva reclamo avverso tale pronuncia sulla base dei seguenti rilievi:

il reclamante riteneva che il trattamento chirurgico non poteva ritenersi necessario per ogni

caso di rettificazione del sesso ma soltanto se finalizzato ad assicurare alla persona il benessere psico-fisico;

la ratio della norma doveva identificarsi nella tutela della persona sotto il profilo della sua identità sessuale o di genere al fine di consentirle di superare una situazione patologica di contrasto tra il suo sentire psichico e le condizioni anatomiche del corpo. La norma peraltro era stata introdotta al fine di scriminare in ambito penale un intervento chirurgico che diversamente avrebbe integrato un reato e sarebbe stato fonte di responsabilità per il sanitario.

Il trattamento nel suo caso non solo non era necessario ma si rivelava anche dannoso per il timore radicato di conseguenze pregiudizievoli per la sua incolumità fisica, tenuto conto che negli anni, in conseguenza di numerosi trattamenti estetici ed ormonali, aveva raggiunto la piena armonia con il proprio corpo; non vi era più conflitto tra il proprio sentire psichico e la condizione anatomica e non veniva, di conseguenza, più avvertita l'esigenza di assoggettarsi ad un intervento chirurgico per realizzare la propria identità sessuale.

Aggiungeva il reclamante che la L. n. 164 del 1982, non prescriveva che i caratteri sessuali della

persona potessero identificarsi in quelli primari e secondari limitandosi a richiederne il mutamento senza specificarne la tipologia, così da ritenere sufficiente l'adeguamento dei soli caratteri sessuali secondari.

In subordine venivano formulati dubbi sulla costituzionalità della L. n. 164 del 1982, art. 3, sotto il profilo della violazione dell'art. 2 (diritto all'identità di genere inteso come interesse della persona a vedere rispettato nei rapporti esterni ciò che il soggetto è e fa); violazione del diritto all'autodeterminazione (art. 2 Cost.) nella misura in cui il trattamento chirurgico fosse da ritenersi coattivo; violazione dell'art. 32 Cost., dal momento che la obbligatorietà del trattamento chirurgico può esporre la persona a conseguenze lesive della sua integrità psicofisica; violazione degli art. 1 e 3 della carta di Nizza nonché degli artt. 8 e 14 CEDU quali parametri di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost.

Nel giudizio d'appello veniva disposta CTU sulle condizioni psicosessuali del reclamante, affidate a due diversi consulenti, al fine di accertare se potessero ritenersi integrati i caratteri sessuali del genere femminile.

La Corte d'Appello ha respinto il reclamo sostenendo:

in biologia si distinguono i caratteri sessuali primari dai secondari, identificandosi i primi, con gli organi genitali e riproduttivi, ossia con l'aspetto strettamente anatomico della persona umana, ed i secondi con altre caratteristiche fisiche e psichiche, quali la conformazione del corpo nei suoi diversi tratti, il timbro della voce, gli atteggiamenti e comportamenti esteriori e percepibili da terzi.

Il reclamante ha completato il percorso di modifica dei suoi caratteri sessuali secondari, conseguito attraverso diversi e ripetuti trattamenti estetici anche chirurgici (rinoplastica, mastoplastica additiva e incisive terapie ormonali).

I consulenti concordemente hanno ritenuto che il reclamante abbia ottenuto una consolidata mo-

difica dei caratteri sessuali secondari e abbia raggiunto sul piano psichico il convincimento ormai radicato di appartenenza al genere femminile senza avvertire il contrasto con la sua realtà anatomica e la necessità di sottoporsi all'intervento chirurgico di amputazione dei genitali maschili e di costruzione dell'organo genitale femminile. La consulenza medica ha accertato che la somministrazione di ormoni femminilizzanti ha determinato un quasi azzeramento dell'attività testicolare come si evince dalle ridotte concentrazioni sieriche di testosterone e ha concluso che le caratteristiche femminili siano da ritenersi integrate con l'identità psicofisica del M. "da ritenersi per lo più irreversibili se non attraverso complessi interventi farmacologici e chirurgici".

Deve, tuttavia, rilevarsi che l'interpretazione letterale della L. n. 164 del 1982, art. 1, laddove individua il presupposto della rettificazione dell'atto di nascita nella modificazione dei caratteri sessuali tout court della persona induce a ritenere che il legislatore abbia ritenuto necessaria la modificazione sia dei caratteri sessuali primari che secondari.

L'elaborato medico concludendo per il "quasi azzeramento" e per la modificazione "per lo più" irreversibile esclude che le funzioni sessuali siano del tutto scomparse e ritiene che quelle femminili risultino immodificabili. In particolare, secondo la Corte territoriale, non è esclusa la possibilità di un'ulteriore modifica futura. L'inclusione anche dei caratteri sessuali primari è giustificata dall'interpretazione storico sistematica.

Nonostante il carattere fortemente innovativo nella L. n. 164 del 1982, è rimasta ferma la indispensabilità del mutamento di tutti i caratteri sessuali proprio alla luce di una nozione complessa di identità di genere che non può trascurare il fattore anatomico biologico nel tentativo di ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche così come indicato dalla Corte Costituzionale. Per queste ragioni l'art. 3 prevede espressamente il trattamento medico chirurgico quale mezzo di adeguamento dei caratteri sessuali.

Pur dovendosi riconoscere che la norma in questione contempla l'operazione chirurgica quale intervento non indefettibile, facendo uso dell'avverbio "quando" deve ritenersi che tale prescrizione vada calata nello specifico contesto storico nel quale è stata emanata la legge, così ponendosi in rilievo la sua esclusiva funzione di sanare la situazione di chi ad un intervento demolitorio-ricostruttivo si era già sottoposto o non ne aveva bisogno per ragioni congenite.

Tale interpretazione non è in contrasto con l'intento del legislatore di tutelare la salute della persona sia perché l'intervento viene vissuto come una sorta di liberazione ponendo fine all'angoscia dettata dal contrasto tra condizione anatomica e condizione psichica, svolgendo pertanto una funzione terapeutica, sia perché il trattamento pur cruento è preceduto da autorizzazione giudiziale posta proprio a tutela della fattibilità di essa.

Anche i dubbi di costituzionalità posti in via da gradata sono da disattendere, secondo la Corte d'Appello.

Da escludere la violazione dell'art. 32 Cost., dal momento che la norma non impone alcun trattamento chirurgico, rendendolo meramente facoltativo, essendo finalizzata ad assicurare la possibilità dell'intervento a tutela del soggetto che lo richieda per evitare conseguenze sanzionatorie a carico suo e dei sanitari. Peraltro, ove il soggetto non voglia sottoporsi al predetto trattamento chirurgico, la norma non gli preclude di vivere la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile.

Da escludere anche la violazione dell'art. 2 Cost. Il reclamante sembra richiedere di appartenere non al genere femminile ma ad un terzo genere, caratterizzato dalla presenza di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi che non può, allo stato, trovare spazio nel nostro ordinamento neppure se si voglia dilatare al massimo la nozione di persona umana e di diritto all'identità sessuale, racchiuso nell'art. 2 Cost.

Avverso la pronuncia della Corte d'Appello ha proposto ricorso per cassazione il M. affidandosi a sette motivi di ricorso, illustrati da memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE – Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione e falsa applicazione della L. n. 164 del 1982, artt. 1 e 3, per avere la Corte d'Appello ritenuto necessario al fine di chiedere la rettificazione degli atti dello stato civile la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari.

Il ricorrente evidenzia che sia l'interpretazione seguita dalla Corte d'Appello e da una parte della giurisprudenza di merito sia l'interpretazione che ritiene meramente eventuale l'operazione di modificazione dei caratteri sessuali primari sono plausibili.

Non è pertanto del tutto vero che l'interpretazione testuale delle norme applicabili conduca alla conclusione scelta dalla Corte d'Appello.

Il fenomeno del transessualismo ha subito delle mutazioni da quando è entrata in vigore la L. n. 164 del 1982. Vi sono persone transessuali che sono biologicamente di sesso maschile e viceversa.

La scoperta dell'identità di genere costituisce un percorso che, grazie al minor stigma sociale, prende spesso avvio già in età preadolescenziale e si compone di terapie ormonali, di chirurgia estetica, sostegno psicoterapeutico. Lo stesso disturbo dell'identità di genere non è più menzionato nel DSM V (il manuale statistico diagnostico delle malattie mentali) ma si fa soltanto riferimento alla "disforia di genere". Allo stato attuale si possono individuare tre componenti dell'identità di genere: il corpo, l'autopercezione e il ruolo sociale.

L'apparenza fisica non può essere slegata dall'autopercezione e dalla relazione che si sviluppa con la società e con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità in un'interazione costante tra cervello, corpo, esperienza. La più aggiornata concettualizzazione del transessualismo si richiama ad un paradigma complesso in base al

quale l'interazione di fattori biologici, psicologici e sociali influenza la costruzione dell'identità di genere. La chirurgia in tale prospettiva non è la soluzione ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona. Se si perde di vista questa prospettiva socioculturale da cui emerge la domanda di giustizia non si può procedere ad una corretta interpretazione delle norme. In conclusione un'interpretazione letterale che non tenga conto dell'evoluzione scientifica e della conoscenza del fenomeno del transessualismo, preso in considerazione dal legislatore 30 anni orsono, finisce per tradire la ratio della legge, ben espressa dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 1985 che richiamandosi all'art. 2 Cost., riteneva espressione dei doveri di solidarietà sociale rispettare le persone transessuali nel loro desiderio di vivere armoniosamente il loro essere in relazione con gli altri anche attraverso la modificazione degli atti anagrafici.

Nel secondo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione della L. n. 164 del 1982, artt. 1 e 3, per avere la Corte d'Appello ritenuto necessaria ai fini della rettificazione degli atti dello stato civile sia i caratteri sessuali primari che quelli secondari.

La Corte d'Appello, pur riconoscendo che il legislatore non ha precisato se a dover essere modificati debbano essere i caratteri sessuali primari o secondari, ritiene che sia evidente il riferimento implicito a quelli primari in quanto ci sarebbero fatti notori a differenziare i generi. L'interpretazione restrittiva assunta dalla Corte d'Appello non viene condivisa per due ragioni:

restringe ingiustificatamente le ipotesi di godimento dei diritti fondamentali della persona, quali l'identità personale, l'autodeterminazione, l'integrità psicofisica e il benessere psicosociale;

è smentita da quanto normalmente avviene per le persone che transitano dal sesso femminile a quello maschile o per le persone per le quali è impossibile per le più disparate ragioni ricorrere all'intervento chirurgico.

La scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari non può che essere una scelta espressiva dei diritti inviolabili della persona, sacrificabili soltanto se vi siano interessi superiori di carattere collettivo da tutelare espressamente indicati dal legislatore. Il silenzio della legge sulla specificazione relativa ai caratteri sessuali da modificare costituisce un indicatore rilevante in ordine all'insussistenza d'interessi collettivi superiori.

Peraltro, l'interpretazione in questione può rendere non realizzabile la rettificazione degli atti dello stato civile per chi vuole transitare dal genere femminile a quello maschile dal momento che l'intervento di costruzione dell'organo genitale maschile non sempre è possibile per la frequenza di crisi di rigetto, oltre a determinare frequentemente problemi uro-genitali. Proprio in ragione di tali difficoltà la giurisprudenza di merito non ritiene necessaria la falloplastica ma soltanto l'asportazione dell'utero e la riduzione del seno.

Ci possono, in conclusione, essere casi in cui l'adeguamento chirurgico non è possibile per ragioni di salute, trattandosi d'interventi invasivi e non ancora fondati su una tecnica chirurgica sicura. È pertanto sempre necessario procedere al bilanciamento del diritto all'identità personale e del diritto alla salute con una prevalenza del secondo sul primo, purché in presenza di una diagnosi di disforia di genere e di una modificazione certa dei caratteri sessuali secondari attraverso interventi di chirurgia estetica e terapie ormonali.

Nel terzo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione della L. n. 164 del 1982, art. 3, con riferimento all'interpretazione accolta dalla Corte d'Appello della locuzione "quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico chirurgico".

L'interpretazione rigorosamente ed esclusivamente originalista fornita dalla Corte d'Appello, pur coerente con la fase storica dell'entrata in vigore

della norma, attualmente non può più essere condiziona, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche.

Accanto all'interpretazione della norma che ritiene necessario sempre l'adeguamento dei caratteri sessuali primari, vi è autorevole dottrina e giurisprudenza di merito che ne sottolinea il carattere eventuale, in quanto fondato sulla consapevolezza della mutata complessità del fenomeno del transessualismo così come riconosciuto dalle scienze psicosociali.

Nel quarto motivo di ricorso viene dedotto il vizio di omessa motivazione su un fatto decisivo per il giudizio nella parte in cui la Corte territoriale ha disatteso le conclusioni delle consulenze d'ufficio, le quali hanno entrambe escluso la necessità dell'intervento chirurgico attesa la condizione di equilibrio psicologico e sociale raggiunto dal ricorrente.

Pur riconoscendo al giudice di merito la facoltà di discostarsi dalle conclusioni delle CTU deve evidenziarsi che nella specie non sono stati tenuti in nessun conto gli elementi di fatto emersi in modo univoco dalle indagini peritali, così come è stato ignorato come dal punto di vista scientifico attuale deve essere valutato il fenomeno del transessualismo. Ciò può cogliersi in particolare nel passaggio argomentativo della sentenza impugnata nel quale si afferma che l'intervento chirurgico è pur sempre considerato come una sorta di liberazione, senza tenere in alcun conto il contrario avviso, scientificamente giustificato, sostenuto nelle consulenze d'ufficio, una delle quali di carattere psicologico psichiatrico nella quale è stato sottolineato come il benessere raggiunto dalla persona nel caso di specie non potrebbe essere incrementato da un'operazione chirurgica non desiderata.

Nel quinto motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione della L. n. 164 del 1982, art. 3, per avere la Corte d'Appello affermata la necessità dell'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali in caso di non sterilità del richiedente.

La Corte d'Appello ha ritenuto che le conclusioni della CTU endocrinologica di "quasi azzeramento delle funzioni sessuali maschili" non siano rassicuranti in ordine al profilo della sterilità. Da ciò la necessità dell'intervento chirurgico.

L'interpretazione in questione è censurabile in quanto, da un lato, non giustificata dal testo della legge, dall'altro in contrasto con il pacifico principio costituzionale d'impossibilità d'imporre un qualsiasi trattamento sanitario che violi la dignità umana.

In conclusione essere sterile non può essere una condizione ineliminabile per la rettificazione degli atti anagrafici e ciò perché : la legge non lo prevede espressamente; il giudice non può aggiungere tale condizione attesa la riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.; in ogni caso sarebbe violata la dignità della persona umana.

Si censura in particolare la parte di sentenza nella quale la Corte afferma che dopo il riconoscimento dell'appartenenza al genere femminile, attesa la non completa irreversibilità del processo, si potrebbe nuovamente mutare sesso.

Nel sesto motivo di ricorso viene dedotto il vizio di motivazione per non avere la Corte d'Appello tenuto conto del fatto che la fissazione dell'identità di genere sul piano psicologico è definitiva.

Il giudice in tal modo travalica i suoi poteri ritenendo inopportuno ciò che il legislatore non ha neanche preso in considerazione.

Tale affermazione inoltre è del tutto contrastante in modo acritico con le conclusioni di entrambe le CTU le quali sono concordi nell'affermare che l'identità di genere è stata definitivamente fissata ed è stabile. L'astratta possibilità che si possano porre in atto terapie e trattamenti di ripristino di un'apparenza maschile contrasta con la determinazione di una persona che da 25 anni si comporta come una persona di sesso femminile.

Infine vengono indicati in via gradata i profili d'incostituzionalità dell'interpretazione fatta propria dalla corte d'Appello, ove si ritenesse l'unica prospettabile.

a) Contrasto della L. n. 164 del 1982, art. 3, abrogato ma considerato applicabile *ratione temporis* e del D.lgs. n. 150 del 2011, art. 31, con l'art. 2 Cost., su cui è fondato il diritto all'identità personale e l'art. 3 Cost., su cui è fondato il diritto inviolabile alla dignità sociale. L'identità di genere è un profilo relevantissimo, anzi costitutivo dell'identità personale.

Lo Stato non può incidere in senso restrittivo sull'esplicazione di tale profilo a meno che non vi siano interessi superiori da tutelare.

Tali non possono essere né la certezza delle relazioni giuridiche né la diversità sessuale delle relazioni familiari non più considerati né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea né nella Convenzione Europea dei diritti umani un presupposto naturalistico del negozio matrimoniale.

L'espressione identità di genere è da poco entrata nel nostro ordinamento attraverso la Direttiva 2011/95/UE che ha previsto nel trentesimo considerando "l'identità di genere" tra gli aspetti connessi al sesso del richiedente che possono essere motivi di persecuzione. Ha, pertanto, assunto il rilievo di una caratteristica peculiare dell'individuo attinente all'espressione dell'identità personale. Non può pertanto condividersi l'assunto della Corte territoriale secondo il quale il ricorrente può vivere tranquillamente la propria transessualità anche senza la rettifica dei dati anagrafici. Deve, al contrario ritenersi fortemente lesivo del diritto costituzionale all'identità personale dover evidenziare il contrasto tra dati anagrafici e la rappresentazione esterna (oltre che la percezione interiore) di un genere diverso.

L'interpretazione prescelta nella sentenza impugnata conduce pertanto ad un bivio insolubile. Per godere pienamente del diritto all'identità personale è necessario sottoporsi ad un intervento chirurgico potenzialmente pericoloso; per tutelare la propria salute è necessario sacrificare il diritto all'identità personale.

L'intervento di adeguamento diventa pertanto un trattamento sanitario obbligatorio laddove il diritto all'autodeterminazione è inviolabile e non può essere compresso neanche da uno dei tre poteri dello Stato, nel senso che alcuno potrà sostituirsi al ricorrente per stabilire se sia o meno opportuno modificare i propri caratteri sessuali primari al fine di vedere rispettata anche dai terzi la propria identità personale.

b) Contrasto della L. n. 164 del 1982, art. 3, e del citato D.lgs. n. 150 del 2011, art. 31, con l'art. 32 Cost., l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e art. 3 della Convenzione Europea dei diritti umani in quanto interpretato nel senso che l'operazione chirurgica sia sempre necessaria per ottenere la rettificazione dei dati anagrafici. Tale interpretazione viola il diritto fondamentale alla salute sia perché espone la persona ad un intervento pericoloso ed incerto nell'esito sia perché determina un'alterazione dell'equilibrio psicologico della persona sia infine perché il concetto di salute non coincide con quello d'integrale benessere della persona. L'Organizzazione mondiale della sanità accede ad un concetto di salute allargato che si fonda sul benessere fisico, psichico e sociale. L'imposizione dell'intervento chirurgico ogni qual volta venga diagnosticata una disforia di genere significa non tenere conto della pluralità degli che compongono la salute e dell'incidenza negativa che sul benessere e l'equilibrio psicofisico raggiunto rispetto alla propria identità tale obbligo determini.

Inoltre l'intervento chirurgico non è altro che un trattamento sanitario inumano e degradante ove non sia necessario.

L'autorizzazione giudiziale non ne elimina il contrasto con il diritto alla salute come ha ritenuto la Corte d'Appello attribuendo alla predetta autorizzazione una funzione che non ha. La necessità dell'intervento per la rettifica dei dati anagrafici espone la persona all'alternativa di salvaguardare o la sua salute psichica (obbligandola ad un

trattamento ed ad una modifica corporea che non vuole) o quella fisica (non esponendosi ai rischi dell'intervento) con lesione ingiustificata della parte sacrificata.

c) Contrasto della citata L. n. 164 del 1982, art. 3, e D.lgs. n. 150 del 2011, art. 31, in relazione all'art. 32 Cost., comma 2, e art. 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. L'imposizione mediante una sentenza di un trattamento sanitario obbligatorio è lesivo della predetta dignità e del principio che permea i diritti costituzionali fondamentali del primato della persona.

I primi sei motivi di ricorso in quanto logicamente connessi possono essere trattati congiuntamente.

È necessario in via preliminare esaminare analiticamente le norme di diritto positivo interno applicabili nella specie, dovendo partire qualsiasi esame ermeneutico dal loro significato testuale e lessicale. Tale indispensabile indagine ne potrà evidenziare la linearità o l'equivocità, l'ambiguità o la chiarezza e determinare, di conseguenza, l'esigenza di procedere alla loro interpretazione alla luce dei principi costituzionali e di provenienza CEDU (così come declinati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo) che regolano il catalogo aperto dei diritti inviolabili della persona, dal momento che tale preminente rilievo ha il diritto ad autodeterminarsi in ordine all'identità di genere, (art. 2, 3 e 32 Cost.; art. 8 Cedu) ancorché da non intendersi, secondo il costante insegnamento della Corte EDU, in tema d'interpretazione del diritto alla vita privata e familiare, come assoluto ed insuscettibile di condizioni e limiti al suo esercizio.

La riconduzione del diritto al cambiamento di sesso nell'area sopra delineata dei diritti inviolabili della persona è stata sancita dalla sentenza n. 161 del 1985 della Corte Costituzionale secondo la quale "la L. n. 164 del 1982, si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità,

della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale".

È necessario secondo tali incisive indicazioni che l'interpretazione della L. n. 164 del 1982, tenga conto dell'iscrizione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere in "una civiltà giuridica in continua evoluzione" in quanto soggetta alle 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 dell'identità personale.

La L. n. 164 del 1982, art. 1, stabilisce che la rettificazione di sesso si fonda su un accertamento giudiziale passato in giudicato che attribuisca ad una persona di sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita "a seguito d'intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

L'art. 3, abrogato nella sua originaria formulazione per effetto del D.lgs. n. 150 del 2011, art. 34, comma 39, è attualmente trasfuso, senza variazioni testuali, nel D.lgs. n. 150 del 2011, art. 31, comma 4, e stabilisce che "quando risulta necessario" un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico il tribunale lo autorizza. Il procedimento non è più bifasico nel senso che non richiede, dopo l'entrata in vigore del D.lgs. n. 150 del 2011, due pronunce, una, volta all'autorizzazione sopra indicata, e l'altra, finalizzata dalla modificazione dell'attribuzione di sesso.

Fin dall'entrata in vigore della L. n. 164 del 1982, la dottrina, sottolineando unanimemente il carattere fortemente innovativo della nuova disciplina normativa, anche rispetto al coevo panorama Europeo si è interrogata sull'effettivo contenuto delle due norme sopra descritte, dal momento che sul piano testuale esse non contenevano l'obbligo indefettibile di procedere alla mutazione dei caratteri sessuali anatomici primari mediante trattamento chirurgico come, invece, poteva riscontrarsi nelle normative di altri paesi Europei.

Sarà, di conseguenza, preliminarmente necessario verificare se si possano prospettare soluzioni interpretative diverse ed alternative, in ordine alla necessità della modifica preventiva per via chirurgica dei caratteri sessuali primari o se, invece, nonostante il richiamo a clausole “in bianco” quali “quando risulti necessario” e onnicomprensive quali “caratteri sessuali”, le norme abbiano un contenuto precettivo univoco, ed infine, in tale seconda ipotesi, se tale contenuto sia compatibile con i parametri costituzionali e convenzionali che sorreggono il riconoscimento del diritto all’identità di genere.

L’esame degli apparati normativi di paesi Europei, caratterizzati da una cultura giuridica e da una sensibilità costituzionale analoga alla nostra può costituire un utile punto di partenza per l’indagine da svolgere. In Germania, secondo l’originaria prescrizione normativa, per procedere alla effettiva rettificazione di sesso (c.d.

grande soluzione, “grosse losung”) e non solo al cambiamento del nome (c.d. piccola soluzione, “kleine losung” per la quale la legge riteneva sufficiente il trattamento ormonale) erano necessarie l’incapacità di procreare e 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 2008 ha ritenuto “imprevedibili” (l’espressione tedesca, tradotta in forma sostanzialmente letterale è unzumutbar) tali condizioni per il mutamento di sesso. Analogamente l’Austria con una pronuncia del Tribunale amministrativo federale coeva ha stabilito che l’intervento chirurgico, così invasivo, quale quello richiesto per l’eliminazione delle caratteristiche sessuali primarie “non può considerarsi necessario per un chiaro avvicinamento all’apparenza esteriore dell’altro sesso”. La Corte Edu, infine nella recente pronuncia del 10 marzo 2015 (Caso XY contro Turchia) ha stabilito che non può porsi come condizione al cambiamento di sesso la preventiva incapacità di procreare da realizzarsi ove

necessario mediante intervento chirurgico di sterilizzazione ostandovi il diritto alla vita privata e familiare e alla salute. La Corte Edu perviene alla decisione dopo un’ampia panoramica delle normative dei paesi aderenti e rilevando come anche grazie ai rapporti delle Nazioni Unite (17 marzo 2011) e dello stesso Consiglio d’Europa (nel 2009 e nel 2011) si sia data sempre maggiore rilevanza al profilo del diritto alla salute nel riconoscimento del diritto al mutamento di sesso e nell’operazione di bilanciamento d’interessi da svolgere.

Come già rilevato, nella L. n. 164 del 1982, non sono previste precondizioni espresse relative allo stato (libero) del richiedente o all’incapacità procreativa. Il mutamento richiesto riguarda i “caratteri sessuali” senza specificazioni, nonostante la conoscenza al momento della sua entrata in vigore, dell’esistenza delle due tipologie dei caratteri sessuali, i primari ed i secondari. Nel successivo art. 3, attualmente confluito nel quarto comma dell’art. 31 del D.lgs n. 150 del 2011, è stabilito che l’adeguamento di tali caratteri mediante trattamento medico chirurgico deve essere autorizzato “quando risulta necessario”. L’esame congiunto delle due norme consente, quanto meno sul piano testuale, di escludere che, come invece riscontrato nel sistema normativo originario tedesco ed austriaco, si possano identificare limitazioni normative preventive al riconoscimento del diritto. Tale rilevante differenza ha giustificato nel sistema tedesco ed austriaco, la necessità del diretto intervento soppressivo delle predette condizioni da parte delle Corti al fine di ristabilire la compatibilità del regime di diritto positivo con i parametri costituzionali. Nel sistema creato con la L. n. 162 del 1984, tale correzione “chirurgica” non è imposta dal testo delle norme in esame, essendo sufficiente procedere ad un’interpretazione di esse che si fondi sull’esatta collocazione del diritto all’identità di genere all’interno dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuiscono allo

sviluppo equilibrato della personalità degli individui, mediante un adeguato bilanciamento con l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche ma senza ricorrere a trattamenti ingiustificati e discriminatori, pur rimanendo ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica.

In primo luogo, pertanto, deve escludersi, anche in sede d'interpretazione logica, che l'esame integrato della L. n. 162 del 1984, artt. 1 e 3, conduca univocamente a ritenere necessaria la preventiva demolizione (totale o parziale) dei caratteri sessuali anatomici primari. La diversa conclusione della Corte d'Appello non risulta condivisibile per due ragioni. In primo luogo non può ritenersi che l'art. 1, non specificando se i caratteri sessuali da mutare siano primari o secondari, si sia riferito soltanto ai primi perché anche i secondari richiedono interventi modificativi anche incisivi come è emerso anche dalle consulenze tecniche d'ufficio disposte nel giudizio di merito (trattamenti ormonali di lungo periodo, interventi di chirurgia estetica modificativi di tratti somatici appartenenti al genere originario, interventi additivi o ricostruttivi quali quelli relativi al seno, in caso di mutamento dal genere maschile o femminile). Peraltro tale lettura è logicamente coerente con la successiva previsione dell'intervento chirurgico demolitivo dei caratteri sessuali anatomici primari "solo quando risulti necessario".

In secondo luogo l'interpretazione definita "storico-sistemica" dalla Corte d'Appello non è condivisibile risultando fondata su una lettura esclusivamente storico-originalista, di carattere del tutto statico, del complesso normativo costituito dalla L. n. 164 del 1982, artt. 1 e 3, in palese contrasto con la precisa indicazione contenuta nella sentenza n. 161 del 1985 della Corte Costituzionale secondo la quale i diritti in gioco costituiscono

parte integrante di una civiltà giuridica in continua evoluzione.

In particolare non è sostenibile ritenere che l'esclusione dell'obbligo indefettibile della demolizione chirurgica, desumibile dalla locuzione "quando risulti necessario" possa essere spiegato, come ha ritenuto la Corte d'Appello con l'esigenza di evitare l'intervento a chi lo avesse già subito prima dell'entrata in vigore della legge o non ne avesse necessità per ragioni congenite.

L'impossibilità in natura di essere sottoposti ad un intervento demolitorio chirurgico esclude in radice la necessità di una norma che possa anche solo astrattamente imporne l'esecuzione.

L'interpretazione proposta, in conclusione, non è sostenibile perché priva di efficacia prescrittiva la previsione "quando risulti necessario".

Maggiore solidità deve riconoscersi al giudizio interpretativo fondato sul bilanciamento degli interessi in gioco, peraltro condiviso da una parte della giurisprudenza di merito.

Secondo tale opzione il diritto al mutamento di sesso può essere riconosciuto soltanto se non determini ambiguità nella individuazione soggettiva dei generi, e nella certezza delle relazioni giuridiche, non potendo l'ordinamento riconoscere un *tertium genus* costituito dalla combinazione di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi. Al fine di tutelare l'interesse pubblico alla esatta differenziazione tra i generi in modo da non creare situazioni relazionali (unioni coniugali o rapporti di filiazione) non previste attualmente dal nostro sistema di diritto familiare e filiale è necessario per il mutamento di sesso un irreversibile cambiamento dei caratteri sessuali anatomici che escluda qualsiasi ambiguità.

Il diritto a non sacrificare la propria sfera d'integrità psico-fisica e a non sottoporsi ad un trattamento chirurgico di carattere oggettivamente invasivo e non privo di rischi all'esito di un percorso di riconoscimento del proprio genere caratterizzato da un processo di mutamento significativo se non irreversibile dei propri caratteri sessuali secondari,

certificato da risultanze medico- psicologiche, deve comunque ritenersi recessivo secondo il bilanciamento d'interessi in conflitto prospettato dalla Corte territoriale.

Tale valutazione non risulta fondata su una corretta individuazione dei diritti costituzionali inviolabili che compongono la determinazione personale verso il mutamento di genere ed in particolare non risulta colto dalla Corte territoriale l'intreccio tra autodeterminazione e ricorso a trattamenti medico-psicologici che accompagna il percorso di avvicinamento del "soma alla psiche" così efficacemente identificato dalla Corte Costituzionale nella sentenza più volte richiamata.

La percezione di una "disforia di genere" (secondo la denominazione attuale del D.S.M. V, il manuale statistico diagnostico delle malattie mentali) determina l'esigenza di un percorso soggettivo di riconoscimento di questo primario profilo dell'identità personale né breve né privo d'interventi modificativi delle caratteristiche somatiche ed ormonali originarie. Il profilo diacronico e dinamico ne costituisce una caratteristica ineludibile e la conclusione del processo di ricongiungimento tra "soma e psiche" non può, attualmente, essere stabilito in via predeterminata e generale soltanto mediante il verificarsi della condizione dell'intervento chirurgico.

Negli anni '80, quando è entrata in vigore la L. n. 164 del 1982, il mutamento dei caratteri anatomici era ritenuto un requisito necessario per poter portare a termine il processo di mutamento del sesso. La stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 1985 ne riconosce l'importanza ma come mezzo rivolto a porre fine ad una situazione di "disperazione od angoscia" e, conseguentemente, entro tali confini soggettivi, come uno strumento liberatorio. Nella pronuncia viene costantemente in rilievo il profilo individuale della condizione drammatica e discriminatoria nella quale versava il transessuale prima dell'entrata in vigore della legge e l'esigenza di ripristinare la pluralità dei diritti costituzionali violati, (artt. 2, 3 e 32 Cost.).

Negli ultimi venti anni si è avuto un progressivo sviluppo della scienza medica e degli approdi della psicologia e della psichiatria parallelo alla crescita di una cultura, largamente condivisa a livello Europeo, come evidenziato anche nell'ampia motivazione della sentenza della Corte Edu sopra richiamata, della cultura dei diritti delle persone, particolarmente sensibile alle libertà individuali e relazionali che compongono la vita privata e familiare. Tale movimento ha influenzato l'emersione ed il riconoscimento dei diritti delle persone transessuali, alle quali è stato possibile, diversamente che in passato, poter scegliere il percorso medico - psicologico più coerente con il personale processo di mutamento dell'identità di genere. Il momento conclusivo di tale percorso è individuale e certamente non standardizzabile attenendo alla sfera più esclusiva della personalità. Deve, tuttavia, evidenziarsi che il punto d'arrivo ovvero il desiderio di realizzare la coincidenza tra soma e psiche è, anche in mancanza dell'intervento di demolizione chirurgica, il risultato di un'elaborazione sofferta e personale della propria identità di genere realizzata con il sostegno di trattamenti medici e psicologici corrispondenti ai diversi profili di personalità e di condizione individuale. Il momento conclusivo non può che essere profondamente influenzato dalle caratteristiche individuali. Non può in conclusione che essere il frutto di un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso, realizzato mediante i trattamenti medici e psicologici necessari, ancorché da sottoporsi a rigoroso controllo giudiziale.

La complessità del percorso, in quanto sostenuto da una pluralità di presidi medici (terapie ormonali trattamenti estetici) e psicologici mette ulteriormente in luce l'appartenenza del diritto in questione al nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale, in modo da consentire un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche che costituisce il limite coerentemente indicato dal nostro ordina-

mento al suo riconoscimento. L'individuazione del corretto punto di equilibrio tra le due sfere di diritti in conflitto oltre che su un criterio di preminenza e di sovraordinazione, può essere ancorata al principio di proporzionalità. Tale parametro, elaborato dalla giurisprudenza della CEDU al fine di stabilire il limite dell'ingerenza dello Stato all'esplicazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU, cfr. per una recente applicazione del principio, la sentenza del 25 settembre 2012 Godelli contro Italia in tema di diritto all'accesso alle informazioni sulle proprie origini al figlio adottivo non riconosciuto) si fonda sulla comparazione tra il complesso dei diritti della persona e l'interesse pubblico da preservare mediante la compressione o la limitazione di essi. In particolare si richiede la valutazione della necessità del sacrificio di tali diritti al fine di realizzare l'obiettivo della certezza della distinzione tra i generi e delle relazioni giuridico- sociali.

Il canone della proporzionalità può, di conseguenza, costituire un utile indicatore ermeneutico nella scelta dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della L. n. 164 del 1982, artt. 1 e 3.

Le illustrate caratteristiche del percorso individuale rivolto a comporre un carattere distintivo costitutivo dell'identità personale inducono a ritenere anche alla stregua delle coincidenti indicazioni della scienza medica e psicologica che il mutamento di sesso sia una scelta personale tendenzialmente immutabile, sia sotto il profilo della percezione soggettiva, sia sotto il profilo delle oggettive mutazioni dei caratteri sessuali secondari estetico - somatici ed ormonali. La varietà del percorso soggettivo non è indice di facilità e superficialità del passaggio dall'uno all'altro genere sessuale, evidenziando soltanto la notevole complessità della scelta individuale, la sua maturazione tutt'altro che istantanea e la sua non riconducibilità a protocolli e trattamenti modificativi generali ed adeguati a qualsiasi situazione individuale.

Deve precisarsi, tuttavia che il riconoscimento giudiziale del diritto al mutamento di sesso non può che essere preceduto da un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta.

Tali caratteristiche, unite alla dimensione tuttora numericamente limitata del transessualismo, inducono a ritenere del tutto coerente con i principi costituzionali e convenzionali un'interpretazione della L. n. 164 del 1982, artt. 1 e 3, che, valorizzando la formula normativa "quando risulti necessario" non imponga l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari.

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.

L'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale.

Nel caso di specie la duplice ed uniforme risposta affermativa delle consulenze tecniche d'ufficio, fondata su di un'incontestata ricostruzione del percorso terapeutico del richiedente non lascia dubbi sulla radicalità della scelta di genere effettuata dalla parte ricorrente. Al riguardo la Corte territoriale non ha censurato né la valenza scientifica delle indagini eseguite né le conclusioni, ritenendo soltanto che la mancanza del trattamento chirurgico fosse di per sé

sola ragione ostativa a ritenere irreversibile il mutamento ed accoglibile la domanda.

Ne consegue l'accoglimento dei primi sei motivi di ricorso e l'assorbimento delle censure relative ai quesiti di costituzionalità.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, alla cassazione della sentenza impugnata segue la decisione nel merito di accoglimento della domanda proposta da M.M. di rettificazione del sesso da maschile e femminile con le conseguenziali annotazioni anagrafiche. La assoluta novità della questione e le opinioni non univoche della

dottrina e della giurisprudenza di merito inducono a compensare interamente le spese dell'intero giudizio.

P.Q.M. La Corte, accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e decidendo nel merito accoglie la domanda di rettificazione di sesso da maschile a femminile proposta da M.M. ordinando agli ufficiali dello stato civile competenti la modifiche anagrafiche conseguenti.

Compensa le spese di lite dell'intero giudizio.
(*Omissis*)

La rettificazione del sesso alla luce della recente giurisprudenza dei Giudici di Legittimità*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il contesto normativo. – 2. Il caso e le argomentazioni del ricorrente. – 3. *Segue.* La decisione della Corte di Cassazione. Le argomentazioni. – 4. La giurisprudenza di merito precedente alla pronuncia n. 15138/2015. – 5. *Segue.* Le pronunce della Corte Edu. – 6. *Segue.* La sent. 221 del 5 novembre 2015 della Corte Costituzionale. – 7. Il bilanciamento fra diritto all'identità di genere e interesse pubblico. – 8. In conclusione, alcuni interrogativi.

The judgment No. 15138/2015 of the Italian Court of Cassation provides an evolutionary interpretation of statute No. 164/1982 regulating the procedures for legal sex reassignment, with regard to transgender and transsexual individuals. According to this judgment the surgical treatment that modifies the primary sexual characteristic is not necessary to obtain the rectification of sex. The Court affirms the constitutional status of gender identity protection, but also states that this latter must be balanced with the public interest by the judge, who should certify the seriousness and uniqueness of the transition process. On the 5th November 2015 the Italian Constitutional Court (decision No. 221/2015?) has given the same interpretation to the act No. 164/1982. The Constitutional Court referred to Articles 2, 3, 32, and 117 of the Italian Constitution, in relation to art. 8 ECHR. The article analyses the previous interpretations of the law No. 164/1982 given by the Italian Courts, the argumentations provided by the Courts in the two listed decisions, as well as the ECHR case law regarding gender identity in transsexualism and transgender cases. The analysis focuses on the possible problems arising from the balance test between public interest and gender identity. Finally, some guidelines are identified with the purpose of orienting the discussion on this subject.

1. Introduzione. Il contesto normativo.

La sentenza n. 15138 del 20 luglio 2015 della Corte di Cassazione, cui è seguita la pronuncia n. 221 del 5 novembre 2015 della Corte Costituzionale, è di grande rilevanza in quanto interpreta in senso evolutivo la l. n. 164/1982 in materia di rettificazione del sesso, affermando che questa non subordina la rettificazione all'operazione chirurgica con cui sono modificati 'i tratti sessuali primari', e ritenendo necessaria soltanto la modifica dei "caratteri sessuali secondari estetico somatici ed ormonali".

Occorre, in via preliminare rispetto all'analisi della pronuncia oggetto di commento, dare conto del contesto normativo in cui questa si inserisce. La norma di riferimento si rinviene nell'art. 1 della l. n. 164/1982¹ secondo cui "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 a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali". Un ulteriore dato normativo si rinviene nel terzo comma dell'art. 31 della legge n. 150 del 1 settembre 2011², secondo cui "quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il Tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato". Tali norme rendono possibili diverse interpretazioni³ in merito ai presupposti sulla base dei quali è possibile la rettificazione del sesso; non è infatti chiaro se sia sempre necessario un trattamento chirurgico, e quali siano i caratteri sessuali di cui il giudice deve attestare la modificazione. In ragione di tale incertezza e della peculiarità di alcuni casi pratici, il dibattito giurisprudenziale e dottrinale si è sviluppato attorno alla definizione dei mutamenti necessari ai fini della possibilità di ammettere la rettificazione del sesso, e dunque dell'attribuzione di un sesso diverso rispetto a quello originariamente assegnato alla persona trans⁴. In tale dibattito è intervenuta la Corte di Cassazione con la pronuncia oggetto di commento.

2. Il caso e le argomentazioni del ricorrente.

Nel caso deciso dai Giudici di Legittimità una persona chiede la rettificazione degli atti anagrafici affermando di non volersi sottoporre al trattamento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari in ragione delle possibili complicanze mediche e del fatto che

* Il contributo è sottoposto a valutazione in forma anonima.

¹ Per un'analisi più approfondita della normativa si veda: G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in *Il governo del corpo*, vol. I, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 729 ss; S. PATTI, *Transessualismo, Digesto delle Discipline Privatistiche*, [insrire città], 1999.

² Tale legge ha modificato la l. 164/1982.

³ Su cui si veda *infra* il § 4.

⁴ Si utilizza il termine 'trans' al fine di ricomprendere nella definizione sia le persone transessuali che quelle *transgender*.

sente di aver raggiunto un'armonia rispetto al suo corpo. Il ricorrente non ritiene necessario per il suo equilibrio psicofisico subire un'operazione chirurgica modificativa dei caratteri sessuali primari. Il Giudice di prime cure, così come la Corte d'Appello, respingono la domanda aderendo all'interpretazione maggioritaria⁵ secondo cui il trattamento chirurgico modificativo degli organi genitali e riproduttivi è condizione necessaria e sufficiente rispetto all'accesso alla rettificazione del sesso.

Pare interessante analizzare alcuni dei motivi di ricorso per un duplice ordine di ragioni, *in primis* in quanto le argomentazioni ivi svolte sembrano influenzare la Corte nella definizione di 'identità di genere' e in secondo luogo poiché queste seguono una prospettiva che può essere molto utile al fine dell'impostazione della questione giuridica sottesa al caso. Nei motivi di ricorso viene contestata l'interpretazione che della legge 164/1982 dà la Corte di Appello – e che aveva dato il Tribunale – secondo cui è necessaria, al fine di chiedere la rettificazione del sesso, la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari. Sostiene il ricorrente che se si guarda al dato letterale della norma ci si avvede della possibilità di diverse interpretazioni. Il ricorrente evidenzia poi come la nozione di identità di genere⁶, così come quella di transessualismo, che “si richiama ad un paradigma complesso in base al quale l'interazione di fattori biologici, psicologici e sociali influenza la costruzione dell'identità di genere”, si siano evolute. Sulla base di tali mutamenti extragiuridici – non influenti sul piano dello stretto diritto – si afferma che l'intervento chirurgico “non è la soluzione ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona”. La ricostruzione e la decisione della Corte d'Appello sono contestate in quanto si fondano su un'interpretazione restrittiva della l. n. 164/1982, che “restringe ingiustificatamente le ipotesi di godimento dei diritti fondamentali della persona, quali l'identità personale, l'autodeterminazione, l'integrità psicofisica e il benessere psicosociale”, e che “è smentita (...) per le persone per le quali è impossibile per le più disparate ragioni ricorrere all'intervento chirurgico”.

L'appartenenza al genere è in questa prospettiva declinata in senso soggettivo: in altre parole questa è considerata frutto di un percorso della persona che attraverso il genere definisce se stessa; conseguenza logica di tale argomentazione è l'interpretazione del lemma “quando risulta necessario”, così come di “caratteri sessuali” quali sintagmi che lasciano alla persona trans la libertà di definire se stessa attraverso un percorso di autodeterminazione, e che le attribuiscono il diritto di vedere riconosciuta tale definizione da parte dell'ordinamento.

⁵ Su cui si veda il paragrafo § 4.

⁶ Nell'esposizione dei motivi di ricorso della pronuncia si legge: “Allo stato attuale si possono individuare tre componenti dell'identità di genere: il corpo, l'autopercezione e il ruolo sociale”.

3. *Segue. La decisione della Corte di Cassazione. Le argomentazioni.*

A fronte di tali motivi di ricorso i Giudici di Legittimità interpretano la legge n. 164 del 1982 nel senso di ammettere la rettificazione del sesso anche in assenza di un trattamento chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali primari. La Corte sottopone a vaglio critico la decisione della Corte D'Appello – e dunque l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario⁷ – affermando la necessità di interpretare la l. n. 164/1982 in relazione al “catalogo aperto dei diritti inviolabili della persona”, fra cui “il diritto ad autodeterminarsi in ordine all'identità di genere (art. 2, 3 e 32 Cost; art 8 Cedu)”. Alla luce di tali considerazioni i Giudici di legittimità sostengono che è “preliminarmente necessario verificare se si possano prospettare soluzioni interpretative diverse ed alternative in ordine alla necessità della modifica preventiva per via chirurgica dei caratteri sessuali primari o se, invece, nonostante il richiamo a clausole «in bianco» quali «quando risulti necessario» e onnicomprensive quali «caratteri sessuali», le norme abbiano un contenuto precettivo univoco”. È dunque in *primis* in ragione della lettera della norma che la Corte esclude la possibilità di un'unica interpretazione, e in base allo stesso argomento censura l'interpretazione accolta dalla Corte di Appello, che “non è sostenibile perché priva di efficacia prescrittiva la previsione «quando risulti necessario»”. La Corte ricerca poi l'interpretazione più coerente con il sistema ordinamentale, e nel farlo introduce un ordine discorsivo in cui ha grande rilevanza la nozione di “identità di genere”. Nell'argomentazione della Corte il desiderio di realizzare “una coincidenza fra soma e psiche” è “il risultato di un'elaborazione (...) della propria identità di genere, realizzata con il sostegno di trattamenti medici e psicologici necessari” e il percorso di ‘adeguamento’ è un “processo di autodeterminazione”. La costruzione della “nuova identità di genere” è frutto di un processo individuale, ma sembra comunque rimanere connessa ad una trasformazione del corpo che lo adegui al ‘sesso di destinazione’. È in tale prospettiva che i Giudici di Legittimità, ribadita la rilevanza costituzionale del diritto all'identità di genere⁸ operano un bilanciamento fra tale diritto e “l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche” e affermano che rimane “ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica”. In un altro passaggio argomentativo della pronuncia i Giudici di legittimità affermano l'esistenza di un legame tra l'interesse pubblico alla ‘certezza dei generi’ e “le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali”. I criteri

⁷ Su cui si veda *infra* § 4.

⁸ Nell'argomentazione della Corte il desiderio di realizzare una coincidenza fra soma e psiche è “il risultato di un'elaborazione (...) della propria identità di genere, realizzata con il sostegno di trattamenti medici e psicologici necessari” e il percorso di ‘adeguamento’ è un “processo di autodeterminazione”.

in base a cui operare il bilanciamento utilizzati dalla Corte sono quello di preminenza e di sovraordinazione, cui si aggiunge quello di proporzionalità, elaborato dalla Corte Edu e considerato dai Giudici di Legittimità “un utile indicatore ermeneutico”. Proprio l’operazione di bilanciamento porta la Corte ad affermare che la rettificazione del sesso può avvenire anche con riguardo ad una persona che non si è sottoposta ad un trattamento chirurgico modificativo dell’apparato riproduttivo, ma comunque soltanto a seguito di un rigoroso accertamento giudiziale del percorso individuale – che non può essere reso standard – della persona trans, e che tale accertamento deve essere compiuto “attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l’irreversibilità personale della scelta”. La Corte di Cassazione dunque, se da una parte riconosce rilevanza costituzionale al diritto all’identità di genere⁹, dall’altra afferma la necessità del bilanciamento con un interesse pubblico alla “certezza dei generi”, che viene richiamato e il cui radicamento all’interno del nostro ordinamento viene dato per presupposto.

A seguito dell’illustrazione della decisione della Corte di Cassazione emerge chiaramente l’importante ruolo svolto dalla giurisprudenza nell’ambito della definizione dei presupposti ritenuti necessari per accedere alla rettificazione del sesso; proprio in ragione di tale rilevanza pare opportuno delineare i tratti del quadro giurisprudenziale in cui la pronuncia si inserisce. Si potrà così meglio comprendere il portato della sentenza in esame.

4. La giurisprudenza di merito precedente alla pronuncia n. 15138/2015.

Guardando alla giurisprudenza precedente alle recenti pronunce della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale si possono rinvenire due distinti indirizzi. L’orientamento maggioritario interpretava la l. 164/1982 affermando che questa imponeva, ai fini della rettificazione, la modificazione dei caratteri sessuali ‘primari’, individuati negli organi genitali e riproduttivi. Coerentemente con tale impostazione la giurisprudenza interpretava il sintagma ‘quando risulta necessario’ come applicabile unicamente alle ipotesi in cui il soggetto transessuale avesse cambiato sesso già in precedenza e di conseguenza affermava la necessità di un intervento chirurgico al fine della rettificazione¹⁰. Quest’indirizzo¹¹ ad

⁹ Su cui si veda il § 7.

¹⁰ In questo senso Trib. Massa 11 gennaio 1989, in “Arch. Civ.”, 1989, 737; Trib. Vicenza, 2 agosto 2000, in *Dir. Famiglia*, 2001, 220; Trib. Salerno, 15 giugno 2010, n. 1387; Trib. Vercelli, 12 dicembre 2014, n. 154 in *Guida al diritto*, 2015, 5, 33; Trib. Rimini, 12 dicembre 2014, in www.studiolegaleleggiditalia.it.

¹¹ Per un’analisi critica di tale orientamento si veda S. PATTI, *Mutamento di sesso e «costringimento al bisturi»: il tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 1, 2015.

una prima lettura sembra affermare la necessità di una modifica dei caratteri sessuali che renda la persona ‘anatomicamente’ il più vicino possibile al ‘sesso di destinazione’. Se però si analizzano le decisioni dei giudici di merito, ci si avvede che questi, in ragione della pericolosità e della difficoltà di alcune operazioni da un punto di vista medico, hanno ritenuto non necessaria la falloplastica¹² o l’asportazione dell’organo sessuale maschile¹³; più in generale le Corti di merito giudicano che non è indispensabile che con l’intervento chirurgico “vengano eliminati eventuali difetti di carattere funzionale riscontrabili *ex post*” nel concreto esercizio dell’attività sessuale¹⁴.

Parallelamente a tale indirizzo, a partire dagli anni Novanta, si è sviluppato un altro orientamento secondo il quale la rettificazione del sesso, “può disporsi anche senza che sia intervenuto preventivamente un trattamento medico – chirurgico autorizzato, trattamento che non è in sé indispensabile ai fini della rettificazione”, ma che diventa necessario quando assicurati “al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, vale a dire allorché la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini nell’interessato un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali”¹⁵ o, secondo altra giurisprudenza, “nel solo caso in cui occorre assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico”¹⁶. Ai fini della rettificazione del sesso sembra rimanere necessario un trattamento ormonale che adegui “il fenotipo al “sesso mentale”, così raggiungendo stabilità e benessere psico-fisici”¹⁷; secondo tale giurisprudenza dunque non è sempre necessaria una modifica di quelli che sono definiti “caratteri sessuali primari”, essendo sufficiente la modifica dei caratteri sessuali secondari.

5. *Segue. Le pronunce della Corte Edu.*

Se la giurisprudenza di merito assume una prospettiva che ricerca dati ‘oggettivi’, in base ai quali classificare la persona come appartenente ad un dato genere, la Corte Edu, citata anche dalla Corte di Cassazione, assume un punto di vista affatto diverso, quello soggettivo, che guarda alla costruzione della propria identità da parte della persona trans.

¹² In questo senso Trib. Bologna (ord.), 5 agosto 2005, in *Foro.It*, 2006, 12, 1, 3542, secondo cui, “ai fini della rettificazione dell’attribuzione di sesso, in particolare dell’attribuzione anagrafica con provvedimento giudiziario del sesso maschile a persona originariamente di sesso femminile, è sufficiente che la persona si sia sottoposta a trattamento chirurgico consistente nella totale asportazione dell’utero e delle ovaie, oltre che delle ghiandole mammarie, con conseguente preclusione della capacità di procreazione, mentre non è necessaria anche la ricostruzione del pene, con conseguente formazione degli organi sessuali maschili, ciò anche a salvaguardia del diritto del soggetto alla salute e all’integrità fisica”. Nello stesso senso Trib. Monza, 8 novembre 2005 in *www.studiolegaleggiditalia.it*.

¹³ In questo senso Trib. Pavia, 2 febbraio 2006, in *Foro.It* 2006, 5, I, 1596.

¹⁴ Trib. Monza 5 dicembre 1983, in *Dir.fam.* 1984, 169. Nello stesso senso Trib. Messina, 5 dicembre 1985, in *Giust. civ.* 1986, I, 2571

¹⁵ Trib. Roma, 18 ottobre 1997, *Dir. Famiglia*, 1998, 1033; Trib. Roma, 14 aprile 2011, in *Fam. e Dir.*, 2012, 2, 183.

¹⁶ Trib. Rovereto, 3 maggio 2013, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 12, 1116.

¹⁷ Trib. Messina, 4 novembre 2014, in *Il familiarista.it* 2015, 20 maggio, in *www.studiolegaleggiditalia.it*.

In questo senso assume rilevanza la giurisprudenza della Corte Edu che a partire dagli anni 2000 ha affermato che l'identità sessuale è protetta dall'art. 8 Cedu. In alcune pronunce più risalenti¹⁸ i Giudici di Strasburgo avevano negato che tale norma accordasse tutela ai soggetti transessuali sotto il profilo del riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso di un soggetto che si fosse già sottoposto all'operazione chirurgica modificativa dell'apparato genitale. La Corte affermava l'esistenza di un forte margine di apprezzamento degli Stati¹⁹, anche in ragione della non omogeneità della tutela fra gli Stati membri.

A partire dalla sentenza *Christine Goodwin* contro Regno Unito dell'11 luglio 2002²⁰ la Corte ha mutato orientamento, affermando che secondo l'art. 8 Cedu “*la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important*” e che questo accorda protezione alla “*sphère personnelle de chaque individu*” che comprende “*le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain*”. E dunque “*la Cour considère qu'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances*”.

La tutela dell'identità sessuale è affermata dalla Corte anche nella recente pronuncia *Y.Y. c. Turchia* del 10 marzo 2015²¹, in cui i Giudici di Strasburgo affermano che la nozione di “vita privata” tutelata dalla Convenzione include anche la tutela dell'integrità fisica e morale della persona, e profili dell'identità sociale e psichica, così come il diritto allo

¹⁸ *Ex pluris*: Corte Edu, *Rees c. Regno Unito*, 17 ottobre 1986; Corte Edu, *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990; *Sheffield e Horsbam c. Regno Unito*, 30 luglio 1998. Per un'analisi approfondita degli orientamenti della Corte si veda A. DEL GUERCIO, *Il riconoscimento giuridico dell'identità di genere delle persone transgender, tra sterilizzazione imposta e diritto all'autodeterminazione. Il caso Y.Y. c. Turchia e le cautele della Corte europea*, in *Dir um. Dir internaz.*, 2015, 470 ss..

¹⁹ Nel caso *Rees c. Regno Unito* la Corte nega la protezione ex art 8 Cedu in relazione al “*grande marge d'appréciation à laisser ici aux États*” e alla “*nécessité de protéger les intérêts d'autrui pour atteindre à l'équilibre voulu*”. Nel caso *Cossey c. Regno Unito*, la Corte richiama la soluzione del caso *Rees c. Regno Unito*, cui aveva sottolineato che “*la nécessité de mesures juridiques appropriées devait donner lieu à un examen constant eu égard, entre autres, à l'évolution de la science et de la société*” e afferma che “*La Cour n'a connaissance d'aucun progrès scientifique significatif accompli dans l'intervalle*”. Nel caso *Sheffield e Horsbam* la Corte assume una posizione parzialmente diversa in quanto, afferma la Corte, se non vi sono stati progressi scientifici significativi che “*permettant d'aboutir à une conclusion ferme sur l'étiologie du transsexualisme*”, occorre constatare “*une augmentation de l'acceptation sociale du phénomène et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels ont à faire face les transsexuels opérés*”, e dunque anche se “*ne constate aucune violation de l'article 8 en l'espèce, la Cour réaffirme que cette question doit donner lieu à un examen permanent de la part des Etats contractant*”.

²⁰ La pronuncia attiene ad un caso di una persona transessuale che si è sottoposta ad intervento chirurgico ed è connesso al diritto a vedersi riconosciuto uno statuto giuridico a seguito dell'operazione. Per un commento si veda A. LOLLINI, *Orientamento sessuale e identità di genere*, in P. MANZINI, A. LOLLINI (a cura di), *Diritti fondamentali in Europa. Un casebook*, 151-184 e G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, cit., 772. Naturalmente occorre considerare le sentenze della Corte alla luce del particolare contesto ordinamentale in cui queste si inseriscono.

²¹ Si veda, per un'analisi della pronuncia D. ZANNONI, *Y.Y. c. Turchia: i requisiti per il cambiamento anagrafico di genere*, 29 settembre 2015, in *Articolo29.it*, reperibile all'indirizzo: <http://www.articolo29.it/2015/y-y-c-turchia-i-requisiti-per-il-cambiamento-anagrafico-di-genere/>, e A. DEL GUERCIO, *Il riconoscimento giuridico dell'identità di genere delle persone transgender, tra sterilizzazione imposta e diritto all'autodeterminazione*. cit. Il caso che ha portato a tale pronuncia riguarda una persona *transgender* che ha chiesto un'autorizzazione per sottoporsi ad intervento chirurgico modificativo dell'apparato genitale. L'autorizzazione all'intervento è necessaria secondo quanto dispone l'art. 40 del Codice Civile Turco. Fra i requisiti necessari ai fini dell'autorizzazione tale norma prevede che il richiedente debba dimostrare l'incapacità a procreare; è dunque previsto che prima di poter essere autorizzato all'intervento che modifica l'apparato genitale, il soggetto debba sottoporsi ad un intervento di sterilizzazione.

sviluppo personale e il diritto di stabilire e intrattenere rapporti con altri esseri umani e il mondo esteriore; in questo senso la Corte ribadisce come importante principio quello della *autonomie personnelle*. Alla luce di queste considerazioni, i Giudici di Strasburgo considerano tutelati dall'art. 8 della Convenzione “*l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle*”. Con riguardo alle misure positive che lo Stato deve porre in essere secondo l'art. 8 Cedu “*il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu*”. L'orientamento della Corte Edu pare essere mutato in ragione di una diversa valutazione, da parte dei giudici di Strasburgo, circa il punto di equilibrio fra l'interesse generale e l'interesse della persona trans; afferma infatti la Corte che “*lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation laissée à l'État est plus restreinte*”, e questo anche in ragione dei mutamenti avvenuti in seno alle legislazioni degli Stati membri²².

Quello che pare emergere dalla giurisprudenza brevemente esaminata è sicuramente una connessione fra il diritto all'autodeterminazione del singolo e la costruzione della propria identità sessuale²³. La prospettiva che considera la libertà di costruire la propria persona – e dunque la propria identità personale – pare più utilizzato dalla Corte Europea rispetto ai giudici nazionali, benché la Corte non abbia mai deciso un caso analogo a quello oggetto della pronuncia della Corte di Cassazione qui commentata e dunque non abbia mai affermato né negato il diritto al riconoscimento del cambiamento di genere in assenza di un intervento chirurgico. Occorre comunque sottolineare che i Giudici di Strasburgo, nel decidere sulla violazione dell'art. 8 Cedu, hanno storicamente attribuito molta rilevanza allo sviluppo della cultura giuridica degli Stati membri²⁴, e dunque al bilanciamento fra l'interesse generale e quello del singolo.

6. Segue. La sent. 221 del 5 novembre 2015 della Corte Costituzionale.

Al fine di tracciare la mappa della giurisprudenza in materia di rettificazione del sesso si rende necessario esaminare brevemente la sent. n. 221 del 5 novembre 2015 della Corte

²² A tal proposito occorre rilevare come la Corte dedichi un intero paragrafo all'esame della legislazione degli Stati membri.

²³ Sul punto scrive G. PALMERI che “La lettura delle diverse sentenze dei giudici europei consente di enucleare alcuni principi cardine, tra i quali spiccano il riconoscimento dell'orientamento sessuale quale manifestazione della personalità umana e dell'identità sessuale quale espressione di uno dei profili più intimi della vita privata; l'individuazione nella dignità e nella libertà dell'individuo dell'essenza della Convenzione europea; l'assegnazione all'art. 8 Cedu della protezione della sfera personale, comprensiva del diritto di ciascuno di autodeterminarsi con riguardo alla propria identità” in ID., *Il cambiamento di sesso*, cit. 773.

²⁴ In ragione di tale considerazione uno studio utile – che non si può compiere in questa sede – per comprendere quale potrebbe essere l'orientamento della Corte qualora dovesse decidere un caso simile a quello oggetto della pronuncia della Corte di Cassazione, potrebbe riguardare un'analisi comparata della legislazione dei diversi paesi europei.

Costituzionale. I Giudici delle Leggi con sentenza del 5 novembre 2015 n. 221 si sono inseriti nel solco dell'interpretazione della Corte di Cassazione, escludendo l'obbligatorietà dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione del sesso. I parametri costituzionali in base a cui il giudice remittente ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 164/82, sono individuati negli artt. 2, 3, 32²⁵, e 117 in relazione all'art. 8 Cedu. In tale pronuncia la Corte afferma che la l. 164/82 rimette "al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare (...) il proprio percorso di transizione", e che dunque tale norma garantisce il "diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)". Si legge nella pronuncia 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". La Corte Costituzionale, pur dando ampio spazio alla scelta della persona trans circa le modalità con cui modificare la propria identità di genere fa comunque riferimento ad un dato oggettivo, salvo poi non definirlo. In ragione di tale impostazione i Giudici delle leggi attribuiscono un ruolo molto forte al giudice²⁶– e dunque agli esperti cui questi farà riferimento –, al cui apprezzamento è demandato il giudizio circa "l'effettiva necessità" dell'intervento chirurgico "in relazione alla specificità del caso concreto".

7. Il bilanciamento fra diritto all'identità di genere e interesse pubblico.

Dall'esame della pronuncia n. 15138/2015 così come della giurisprudenza in materia di rettificazione del sesso emergono due diverse prospettive con cui si può trattare del tema della rettificazione del sesso; l'uno tenta di identificare, stante l'indeterminatezza del dato normativo, criteri cui ancorare il giudizio circa l'avvenuto mutamento del sesso, presupposto della rettificazione e l'altro, ponendosi nella prospettiva della persona trans, guarda, attraverso il prisma dell'identità, alla concezione che il singolo ha di se stesso. La Corte di Cassazione pare operare una mediazione fra le due prospettive, accogliendo la nozione di

²⁵ Sui rapporti fra diritto alla salute e diritto all'identità personale si veda G. APRILE, G. MALGIERI, F. PALAZZI, *Transsessualismo e identità di genere: sviluppi dinamici di una originaria staticità? Considerazioni giuridiche, mediche e filosofiche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, n. 1, 2016.

²⁶ Su cui, in senso critico e ripercorrendo le posizioni di S. Stone, *The Empire Strikes Back: A Posttranssexual Manifesto*, 1988 in K. CONBOY, N., MEDINA, S., STANBURY (a cura di), *Writing on the Body: Female Embodiment and Feminist Theory*, New York, 1997, si veda G. VIGGIANI, *Donne si nasce? Questione transessuale e femminismo della differenza negli Stati Uniti*, in *Ragion Pratica*, n. 2, 2015.

‘identità di genere’ e affermando che il percorso di trasformazione è personale e non può essere standardizzato, e al contempo subordinando la rettificazione a un penetrante controllo di merito, svolto dal giudice, circa l’avvenuta modificazione, comunque da compiersi con trattamenti ormonali e attraverso cure psicologiche e psichiatriche. Tale controllo circa gli avvenuti mutamenti è necessario, nell’argomentare della Corte di Cassazione, in ragione della presenza di un interesse pubblico alla certezza dei generi, che impone una presenza ‘forte’ del giudice. Si apre così il tema del bilanciamento fra diritti costituzionalmente tutelati e interesse pubblico, corrispondenti l’uno all’accoglimento di una prospettiva che dà rilievo al percorso individuale della persona, parte della costruzione che ognuno quotidianamente compie della propria identità, e l’altro alla definizione di presupposti definiti dal legislatore – e in buona parte, come si è visto, dalla giurisprudenza – che la persona – e il ‘suo’²⁷ corpo – devono compiere per poter accedere alla rettificazione.

Pare opportuno svolgere una breve ricognizione dei due termini del bilanciamento operato dalla Corte di Cassazione, e dunque degli interessi della persona costituzionalmente tutelati e dell’interesse pubblico alla “certezza dei generi”. Per quanto attiene agli interessi della persona ciò che in prima battuta viene in rilievo è “il rapporto tra la persona e il suo corpo” e dunque il “potere di autodeterminazione in ordine alle diverse espressioni della propria identità”²⁸: per quanto attiene all’autodeterminazione, l’obiettivo della sua massima estensione è stato interpretato come espressione della “intersezione tra i principi personalista e pluralista”²⁹ sanciti nel testo costituzionale. Tale potere è strettamente legato alla possibilità del singolo con riguardo alla costruzione e allo svolgimento della propria personalità. A tal proposito occorre segnalare che sia la Corte Costituzionale, sia la Corte di Cassazione, nelle sentenze citate fanno riferimento all’art. 2 Cost.

Viene in gioco anche l’art. 32 Cost., quando la Corte Costituzionale afferma che “la prevalenza della tutela della salute dell’individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico (...) come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico”.

Al fine di comporre un quadro il più possibile chiaro dei diritti costituzionalmente tutelati che assumono rilevanza e prima di analizzare il bilanciamento fra interessi della persona e interesse pubblico, occorre considerare che in materia di rettificazione del sesso ciò che viene in rilievo nella considerazione della persona è in primo luogo la sua esistenza, e la

²⁷ Sul rapporto fra persona e corpo, non necessariamente declinabili in termini di appartenenza si veda, per un primo inquadramento, P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova Giur. civ.*, 2007, II.

²⁸ PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, cit., 729. Rispetto alla nozione di identità si vedano per un primo inquadramento gli atti del seminario di studi svoltosi a Padova il 21 aprile 2006, dal titolo: *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Padova, 2007; F. GIARDINA, *Soggettività, capacità, identità. Dialogo con Francesco*. In *Liber amicorum per Francesco Busnelli. Il diritto civile fra principi e regole*, Vol. I, Milano, 2008.

²⁹ P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Il governo del corpo*, vol. I, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 149 .

sua esistenza attraverso un'identità³⁰ che la pone in relazione con la collettività³¹ e che è continuamente definita e ridefinita³². In questo quadro si inserisce l'identità di genere, che fa “emergere la relazione fra corporeità e intenzionalità”³³ e dunque la rilevanza del corpo rispetto a ciò che ciascuno è. Scrive Paolo Zatti che “il mio corpo non è uno strumento di me, ma è piuttosto (...) ciò che mi permette di utilizzare qualsiasi strumento. In questo senso posso concludere che “io sono il mio corpo”³⁴. Emerge così una stretta connessione fra estrinsecazione della personalità e corpo. Proprio in ragione della connessione fra identità di genere e corpo, quello su cui occorrerebbe forse interrogarsi è se, a tutela delle scelte del singolo non rilevi anche l'art 13 costituzionale³⁵, sulla base di due argomenti.

In primis, accogliendo la ricostruzione di quella parte della dottrina che, nel porre l'attenzione sulla “centralità del valore del libero sviluppo della personalità (art 3, 2 comma, Cost.)” ricostruisce la libertà personale “come libertà psicofisica, come libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità”³⁶ si potrebbe affermare che la scelta circa l'identità di genere attiene per l'appunto a quella sfera di libertà che l'ordinamento giuridico deve tutelare dalle aggressioni, e che esso stesso non può aggredire³⁷. In secondo luogo

³⁰ Potrebbe essere opportuno declinare l'identità al plurale, come auspica parte della dottrina. In questa prospettiva scrive L. Lombardi Vallauri che “Dobbiamo abituarci a pensare di noi stessi che siamo delle non-risposte altamente informate. E a non trarre, da questo, sgomento, smarrimento, sconcerto. È un punto molto importante: dobbiamo mollare la presa: questa nostra disidentità, multidentità, identità-punto interrogativo, a viverla consapevolmente”, in ID., *Identità, identificazioni*, in G. ALPA, P. ZATTI, (a cura di) *Seminario di studi. L'identità nell'orizzonte del diritto* (Padova, 21 aprile 2006), in *Nuova Giur. Civ.*, (suppl. al fasc. 4/2007), 2007, 18.

³¹ Scrive in tal senso P. Zatti che “L'identità veniva tradizionalmente considerata sotto due profili, che potremmo indicare come quello dell'essere e quello dell'apparire. Sotto il primo aspetto si tutela il diritto di essere se stessi, di preservare i caratteri che rendono ciascuno inconfondibile; sotto il secondo il diritto ad essere conosciuti e rappresentati in modo conforme a questa configurazione di connotati” in ID., *Dimensione ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in G. ALPA, P. ZATTI, (a cura di) *Seminario di studi. L'identità nell'orizzonte del diritto*, cit., 3.

³² S. Rodotà afferma in tale prospettiva che “L'identità, dunque, è variabile, di tempo in tempo prospetta la necessità della « reidentificazione », ad essa si addice il dilemma identitario che accompagna la nave di Teseo. (...) La risposta non può venire soltanto da una contrapposizione tra identità soggettiva e oggettiva, tra il mio percepire una continuità e lo sguardo dell'altro che registra le variazioni”, in G. ALPA, P. ZATTI, (a cura di), *Seminario di studi. L'identità nell'orizzonte del diritto*, cit., 28. Nello stesso volume si veda anche LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*.

³³ S. RODOTÀ *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 129. Sul legame fra identità e corpo si vedano anche ZATTI, *op. cit.*, ed E. RESTA, *L'identità del corpo*, in *Il Governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, 3 ss.

³⁴ P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova Giur. civ.*, 2007 II, 6.

³⁵ In tal senso scrive A. Cordiano che “anche se nella nostra Carta costituzionale non è positivamente sancito un diritto all'identità di genere, è evidente che il *genus* dell'identità personale, di cui il primo costituisce una *species*, è unanimemente e univocamente ricondotto all'interno di una lettura complessa degli artt. 2, 13 e 32 Cost. Il diritto all'identità personale si declina così in un ideale *habeas corpus* composto di autodeterminazione, salute e integrità psicofisica, dove ben si colloca il diritto all'identità sessuale” in ID., *La Corte di Strasburgo (ancora) alle prese con la transizione sessuale. Osservazioni in merito all'affaire Y.Y. C. Turquie*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, n. 9 20510. Nello stesso senso anche BILOTTA, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, cit.

³⁶ Riporta tale posizione M. RUOTOLO, art. 13 Cost., in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 321-341, citando F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

³⁷ In questo modo potrebbe essere seguito l'insegnamento di S. Rodotà, che afferma che “Bisogna tener fermo il rapporto tra il corpo e la persona”, in ID., *Il corpo giuridificato*, in *Il governo del corpo*, vol. I, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 72. Si segnala inoltre l'esistenza di un orientamento dottrinale, seppur minoritario, secondo il quale “la libertà personale non tutelerebbe la sola inviolabilità del corpo, proteggendo – in aggiunta – la libertà morale del soggetto e la sua dignità sociale”, in base al quale potrebbe affermarsi tutelato dall'art. 13 Cost. il potere di definirsi rispetto ad un profilo che costituisce il proprio ‘essere’. Si veda sul punto VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, cit.

la norma costituzionale che tutela la libertà personale e che “si traduce nella pretesa di evitare indebite coercizioni sul proprio corpo”³⁸ dovrebbe venire in rilievo rispetto alle decisioni che riguardano il corpo nella sua fisicità, e dunque rispetto ai requisiti che impongono al soggetto di intervenire su se stesso, sul ‘proprio’ corpo al fine della rettificazione del sesso. In tal senso potrebbe leggersi la pronuncia della Corte Costituzionale 221/2015 quando afferma che l’art 1 della legge 164/1982 svolge “il ruolo di garanzia del diritto all’identità di genere, come espressione del diritto all’identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU) e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch’esso di copertura costituzionale, alla salute”³⁹.

Delineati gli interessi della persona che vengono in rilievo è ora opportuno guardare agli interessi pubblici che emergono, e dunque indagare la possibile rilevanza di interessi estranei alla persona che vuole accedere alla rettificazione del sesso. In primo luogo occorre osservare che nel testo normativo della l. 164/1982 non ve ne è traccia; è dunque l’elaborazione giurisprudenziale che individua tale interesse, definendolo come interesse “alla certezza dei generi”.

La Corte di Cassazione, già si è detto, opera un bilanciamento⁴⁰ fra gli interessi della persona e interesse pubblico, e lo fa affermando la necessità di accertare l’avvenuta modificazione dei caratteri sessuali secondari, attraverso un controllo rigoroso. Due paiono i profili maggiormente rilevanti, quello attinente alla limitazione dei diritti della persona in ragione di un interesse pubblico, e quello del ruolo svolto dalla giurisprudenza nell’accertamento dell’avvenuta trasformazione dei caratteri sessuali.

Con riguardo al primo profilo, *in primis* potrebbe considerarsi in senso critico la possibilità di limitare diritti costituzionalmente tutelati della persona (art 2 e 32 Cost, e secondo il parere di chi scrive, art. 13 Cost.) in ragione dell’esistenza di un interesse che non pare assumere rilievo costituzionale. Si segnala che proprio alla mancanza di un parametro costituzionale cui ancorare la “chiarezza dei rapporti sociali” e la “certezza dei rapporti giuridici” ha fatto riferimento la Corte Costituzionale, con sentenza n. 161 del 23 maggio 1985, affermando che rispetto a tale interesse, è “arduo individuare il parametro di riferimento”. Potrebbe altresì sorgere il dubbio che tale interesse potrebbe essere soddisfatto anche nel caso dell’esclusione dell’obbligatorietà di interventi medici. In questo senso potrebbe leggersi la pronuncia della Corte Costituzionale 161/1985, quando afferma che tale interesse è soddisfatto se si fa “coincidere l’identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale”.

³⁸ RUOTOLO, *art. 13 Cost.*, cit.

³⁹ In tal senso si veda S. PATTI in *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass.*, 20.7.2015, n. 15138 in *Nuova Giur. Civ.*, n. 11, 2015.

⁴⁰ Sul punto si veda, per un primo inquadramento: A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell’ordinamento?*, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 3, 2012, 10253 .

Con riguardo al secondo aspetto, quello del ruolo svolto dalla giurisprudenza, questa si è attribuita il compito di accertare “la serietà e univocità del percorso scelto e la compiutezza dell’approdo finale” attraverso, ove necessario, “rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale”. La Corte di Cassazione afferma che il giudice assume un ruolo di controllo circa l’adeguatezza del percorso di transizione; in altre parole sarà questi a riempire di senso il lemma ‘carattere sessuale’ e dunque a definire il genere – o il sesso – della persona trans. Ci si chiede, visto il silenzio legislativo a riguardo⁴¹, se sia opportuno lasciare alla giurisprudenza – e agli esperti medici cui questa fa riferimento – la definizione di tali criteri, stante la grande rilevanza che questi assumono ai fini della possibilità di un esercizio pieno del diritto, costituzionalmente tutelato, di autodeterminarsi nella costruzione della propria identità.

8. In conclusione, alcuni interrogativi.

La Corte di Cassazione con la pronuncia n. 15138 del 20 luglio 2015 ha accolto l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale l’art. 1. della legge n. 164/1982 non subordina la rettificazione del sesso alla modificazione dei tratti sessuali primari. Con riguardo alla definizione in positivo dei presupposti in base ai quali ammettere la rettificazione del sesso, i Giudici di legittimità hanno affermato la necessità di lasciare alla persona la costruzione del proprio percorso di transizione, riservando però al giudice un forte potere di controllo circa l’avvenuta modificazione del sesso. I parametri in base ai quali definire “avvenuta” tale modificazione non sono né chiaramente individuati in modo oggettivo, in quanto sarà il giudice a valutare caso per caso l’adeguatezza del percorso compiuto dalla persona trans, né lasciati all’autodeterminazione di chi vuole accedere alla rettificazione. Nel giudizio sulla rettificazione dunque il giudice dovrà attestare la serietà e la definitività della scelta e definire caso per caso il “punto di equilibrio” fra interesse pubblico alla “certezza dei generi” e diritto costituzionale della persona all’autodeterminazione della propria identità.

La pronuncia oggetto di commento sicuramente amplia la sfera di libertà della persona trans rispetto all’orientamento giurisprudenziale precedente e però fa sorgere qualche perplessità circa il forte ruolo attribuito al giudice, così come circa la ricostruzione del giudizio di bilanciamento fra interesse pubblico e diritti della persona costituzionalmente garantiti. Con riguardo al primo aspetto, se sicuramente la discrezionalità attribuita al

⁴¹ Non si vuole con questo dire che il legislatore dovrebbe intervenire e definire giuridicamente le nozioni di ‘sesso’ e ‘genere’. Un intervento normativo a riguardo andrebbe valutato con attenzione, tenendo in debito conto la riflessione di quella dottrina che ha studiato i rapporti fra diritto e non diritto, e l’estensione dell’ambito in cui il diritto deve intervenire. Sul punto si vedano, per un primo inquadramento: RODOTÀ, *Diritto d’amore*, cit., Id., *Il corpo giuridificato*, in *Il governo del corpo*, vol. I, *Trattato di Biodiritto*, Milano, 201, Id., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, G. PALMIERI, M.C. VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo*, in *Dir. Fam.*, n. 4, 1999; J. A. GREENBERG, *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology*, in *Arizona Law Review*, n. 41, vol. 265, 1999.

giudice permette di adeguare la decisione alle peculiarità del caso concreto, d'altro canto può essere foriera di soluzioni giurisprudenziali troppo diversificate, che potrebbero non garantire la parità di trattamento, né una tutela omogenea sul territorio nazionale.

Con riguardo al rapporto fra diritti fondamentali della persona e interesse pubblico “alla certezza dei generi” sarebbe forse utile una valutazione attenta dell'opportunità di norme che comprimono la libertà, tutelata da norme di rango costituzionale, della persona di definire se stessa – e dunque di autodeterminarsi –, e in ragione di interessi pubblici e generali.

CHIARA ANGIOLINI