

## Alla ricerca del fondamento costituzionale dell'identità di genere: il transessualismo e il non binarismo fra diritto alla salute, dignità umana e identità personale\*

Benedetta Liberali

La costruzione dell'identità di genere e la tutela dei diritti sottesi con particolare riguardo alla posizione delle persone transessuali non sono certamente temi di studio e di ricerca scientifica e giuridica nuovi, ma continuano a offrire occasione di riflessione, anche considerando le più recenti sentenze n. 66 e n. 143 del 2024 della Corte costituzionale.

Questa ultima pronuncia in materia, in effetti, consente di tornare a ragionare su tutta una serie di questioni, che la stessa Corte costituzionale in un arco di tempo decisamente disteso ha potuto definire da un lato offrendo solidi punti di riferimento per l'interpretazione delle disposizioni costituzionali rilevanti, quando ha ritenuto di poter intervenire con una dichiarazione di incostituzionalità, e dall'altro lato rivolgendo al legislatore precise indicazioni rispetto agli interventi normativi ritenuti opportuni o necessari, laddove al contrario ha individuato una linea di confine insuperabile rispetto al proprio sindacato, anche tenendo conto dell'impatto dell'evoluzione della coscienza sociale.

---

\* Contributo scritto nell'ambito del progetto Prin MUR PNRR 2022 T.R.A.N.S., Transsexuals' Rights and Administrative Procedure for Name and Sex Rectification", finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU. PRIN 2022 PNRR prot. n. P2022AAER4. I punti

Il percorso segnato dalla Corte, che vede una progressiva affermazione dell'importanza, in materia, della tutela del diritto alla salute, prende avvio nel 1979 con la sentenza n. 98, in cui, dichiarando l'infondatezza delle questioni sollevate sulle disposizioni che escludevano il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita e all'attribuzione del sesso femminile dopo le intervenute modificazioni che trovassero corrispondenza in una originaria personalità psichica femminile, si afferma che il diritto all'identità sessuale (e non la libertà sessuale) non trova riconoscimento nelle disposizioni costituzionali, non rientrando fra i diritti inviolabili anche quello di far riconoscere un sesso diverso da quello registrato alla nascita. In quella occasione non era stato evocato direttamente l'art. 32 Cost. e, pertanto, la salute nella sua accezione sia fisica sia psichica non aveva trovato spazio nelle argomentazioni della pronuncia.

Il diritto alla salute diviene poi, al contrario, centrale sia nella prima disciplina della materia dettata dal legislatore con la legge n. 164 del 1982, sia nelle ulteriori decisioni del Giudice delle Leggi, la prima delle quali, la sentenza n. 161 del 1985, colloca la stessa disciplina «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 e anomale». In particolare, secondo la Corte costituzionale, il legislatore del 1982 si è fatto carico di questi "diversi", consentendo l'affermazione della loro personalità e permettendogli di superare «l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano

di vista e le opinioni espresse sono tuttavia solo quelli degli autori e non riflettono necessariamente quelli dell'Unione europea o della Commissione europea. Né l'Unione europea né la Commissione europea possono essere ritenute responsabili per essi. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

nella loro esistenza» attraverso il riconoscimento di un «concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l’ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale». La Corte riconosce in modo significativo che il presupposto della disciplina è una «concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l’equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti». Proprio sulla base di queste considerazioni la Corte respinge le questioni sollevate sulla legge n. 164, nella parte in cui consente la rettificazione di sesso anche nelle ipotesi di transessualismo, ritenendo leciti gli atti dispositivi del proprio corpo tesi a tutelare precisamente la salute (anche psichica) del soggetto interessato e valorizzando per la prima volta il dovere di solidarietà sociale in capo alla collettività, rispetto al diritto di realizzare la propria identità sessuale nella vita di relazione. Un’ulteriore decisiva tappa della giurisprudenza costituzionale è segnata dalla sentenza n. 221 del 2015, con la quale la Corte sancisce che, tenendo conto peraltro del tenore testuale della legge n. 164 (il cui art. 1, comma 1, viene definito in questa occasione come «l’approdo di un’evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all’identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, rientrando a pieno titolo nell’ambito dei diritti fondamentali della persona»), non è configurabile alcun obbligo di sottoporsi a trattamenti chirurgici che riguardino gli organi sessuali primari: è, in definitiva, «lasciato all’interprete il

compito di definire il perimetro di tali modificazioni e [...] delle modalità attraverso le quali realizzarle». Proprio «la mancanza di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione, porta ad escludere» simile necessità di intervento chirurgico, che «costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l’adeguamento dei caratteri sessuali». In modo particolarmente significativo, la Corte enfatizza l’importanza del diritto alla salute in questo contesto: il percorso di transizione deve essere realizzato rispettando le scelte del singolo, pur sempre con l’assistenza del medico e degli altri specialisti, e «deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l’identità di genere». Ed è proprio la «prevalenza della tutela della salute dell’individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico» che non rende il trattamento chirurgico obbligatorio, bensì un «possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico». Tale impostazione è stata poi confermata anche successivamente (sentenza n. 180 del 2017 e ordinanza n. 185 del 2017), sottolineandosi in modo particolare come sia necessario un «accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell’intento, ma anche dell’intervenuta oggettiva transizione dell’identità di genere, emersa nel percorso seguito».

Tenendo fermi questi solidi punti di approdo che ruotano intorno alla tutela del diritto alla salute tracciati dalla Corte costituzionale nella propria giurisprudenza, si possono certamente porre ulteriori interrogativi che riguardano innanzitutto la stessa necessità che alla rettificazione di sesso si pervenga «in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato» (art. 1 della legge n. 164), che il tribunale autorizzi il trattamento medico-chirurgico «con sentenza passata in giudicato»

quando sia necessario un adeguamento dei caratteri sessuali (art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011) e che sia alla nascita sia nel caso di rettificazione venga attribuito alternativamente il sesso femminile o quello maschile e non un «sesso diverso».

Alcune di tali questioni sono state di recente poste al giudizio della Corte costituzionale che le ha definite con la già richiamata sentenza n. 143, nella quale per la prima volta, nel percorso argomentativo, si tiene a segnare la differenza fra «il tema [...] dell'intersessualità» e quello del transessualismo: essi sarebbero contigui, ma diversi, concernendo il primo «le ipotesi in cui, per ermafroditismo o alterazioni cromosomiche, lo stesso sesso biologico risulti incerto alla nascita», mentre il secondo «il disallineamento e la ricomposizione tra il sesso biologico, attribuito alla nascita su base morfologico-genotipica, e l'identità sessuale, percepita dall'individuo nello sviluppo della sua personalità».

In relazione alla questione relativa alla mancata previsione che quello assegnato con la sentenza di rettificazione di sesso possa essere un «altro sesso», la Corte, sempre per la prima volta, ha l'occasione per riconoscere che la «percezione dell'individuo di non appartenere né al sesso femminile, né a quello maschile – da cui nasce l'esigenza di essere riconosciuto in una identità "altra" – genera una situazione di disagio significativa rispetto al principio personalistico cui l'ordinamento costituzionale riconosce centralità (art. 2 Cost.)», oltre che «sollevare un tema di rispetto della dignità sociale e di tutela della salute» (artt. 3 e 32 Cost.), laddove possa «indurre disparità di trattamento o compromettere il benessere psicofisico della persona». Queste considerazioni preliminari sono particolarmente importanti se si considera che, in ogni caso, la Corte dichiara l'inammissibilità della questione relativa al cd. non binarismo, in ragione della necessità di

un intervento da parte del legislatore, a causa dell'impatto che l'introduzione di un terzo genere di stato civile, in generale, determinerebbe. Rispetto, invece, alla questione sollevata in relazione agli artt. 2, 3 e 32 Cost. sulla subordinazione all'autorizzazione del tribunale della realizzazione del trattamento medico-chirurgico ritenuto necessario, la Corte, accogliendone la prospettazione, sottolinea l'irragionevolezza di sistema derivante dal quadro normativo a seguito della propria sentenza n. 221 del 2015: in particolare, già ammettendosi un percorso senza alcun intervento chirurgico, quest'ultimo, laddove fosse richiesto successivamente ai trattamenti ormonali e di sostegno psicologico, verrebbe posto in essere dopo la già intervenuta rettificazione.

Su questi e molti altri temi si soffermano anche con posizioni differenti e con approccio multidisciplinare gli autori e le autrici dei contributi pubblicati in questo numero della *Rivista*, confermando la ricchezza e la specificità di questo campo di indagine, in cui hanno un rilievo particolare non solo l'evoluzione tecnica e scientifica, ma anche il mutamento della coscienza e del sentire sociale: entrambi questi elementi dispiegano inevitabilmente il loro impatto sia sull'attività normativa sia sul sindacato costituzionale. Proprio tenendo conto dell'intreccio di questi elementi (evoluzione scientifica e coscienza sociale, attività normativa e giudizio costituzionale) emerge un ulteriore profilo di primaria importanza, che riguarda i problemi definitivi e il linguaggio.

Nella prima decisione del 1979 la Corte ragiona di «identità sessuale», individuando l'oggetto della questione nella richiesta di annoverare fra i diritti inviolabili «quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario»: il riconoscimento dell'identità sessuale, nella prospettiva fatta propria nella decisione, «non

coinvolge [...] la libertà del comportamento sessuale» e, dunque, la «(incontestata) libertà sessuale».

Nella successiva decisione del 1985, la Corte tiene a fornire una definizione medico-legale del soggetto transessuale, ritenuto tale quando «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». Con ciò la Corte mostra di registrare le iniziali «difficoltà» nel differenziare le nozioni di «sesso» e di «genere». Non si può fare a meno di notare come sempre nella sentenza n. 161, pur volendosi positivamente qualificare la legge n. 164 del 1982, si utilizzino espressioni in qualche misura problematicamente paternalistiche rispetto alla posizione del soggetto transessuale. La Corte, infatti, da un lato colloca la disciplina «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», e dall’altro le attribuisce l’intenzione di essersi «voluta dare carico anche di questi “diversi”», consentendogli di affermare la loro personalità e aiutandoli «in tal modo [...] a superare l’isolamento, l’ostilità e l’umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza». Cionondimeno, in modo forse sorprendente se si considera il momento storico della stessa decisione, essa si spinge fino ad affermare che il «transessuale sul quale sia stata operata la trasformazione anatomica degli organi genitali è capace, di regola, di normali rapporti sessuali con un partner dell’altro sesso (quello cioè al quale egli era originariamente ascritto), mentre gli è preclusa, sempre allo stato attuale delle conoscenze e capacità scientifiche, la facoltà di generare». L’evoluzione tecnico-scientifica, quindi,

assume un rilievo, in prospettiva futura, per verificare l’eventuale sviluppo di strumenti idonei a garantire la possibilità di procreare anche a questa categoria di soggetti, quasi anticipando alcune notizie della più recente cronaca relative al (pur differente) caso di gravidanza di una persona che aveva avviato il percorso di rettifica- zione dal sesso femminile a quello maschile.

Nel 2015, sempre con riferimento alla legge n. 164, la Corte ritiene che la disposizione censurata (art. 1, comma 1) costituisca «l’approdo di un’evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all’identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, rientrante a pieno titolo nell’ambito dei diritti fondamentali della persona». La legge n. 164, come già rilevato nella sentenza n. 161, ha accolto un «concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato», non assegnando più esclusivo rilievo agli organi genitali esterni, ma includendoci anche «elementi di carattere psicologico e sociale». Di conseguenza, il «sesso» è inteso «come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori». In questo percorso argomentativo, forse anche grazie alla circostanza che l’art. 32 Cost. era stato specificamente evocato quale parametro, la Corte perviene a riconoscere che la legge n. 164 garantisce il diritto all’identità di genere quale espressione del diritto all’identità personale (art. 2 Cost.) e, in stretta connessione considerando la materia, anche il diritto alla salute.

A conclusione di queste brevi riflessioni non si può non fare riferimento alla già richiamata sentenza n. 66 del 2024 che, a dieci anni di distanza dalla sentenza n. 170, definisce una ulteriore questione relativa alla dimensione relazionale, affettiva e familiare di coloro che rettificano il proprio sesso.

Se in queste precedenti occasioni la Corte si è occupata di dare perdurante rilievo al legame affettivo dei componenti delle coppie – eterosessuali unite in matrimonio e omosessuali unite in unione civile – che attraversano l'esperienza della rettificazione di sesso di uno dei due, con tecniche decisorie differenti e con argomenti, soprattutto nella seconda decisione, non privi di problematicità sui quali non è possibile in questa sede soffermarsi, alla luce della ultima sentenza n. 143 resta aperta la questione dell'eventuale riconoscimento di una identità «altra», tenendo conto (come la Corte sottolinea, facendo proprio riferimento al matrimonio e all'unione civile) che «il binarismo di genere informa il diritto di famiglia», oltre ad altri settori dell'ordinamento, e che, «per le ricadute sistematiche», eccede «il perimetro del sindacato» costituzionale.

Ancora una volta, sembrano valere le considerazioni della Corte svolte nella sentenza n. 84 del 2016, secondo cui «la linea di composizione tra gli opposti interessi [...] attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».

Il trascorrere del tempo, il mutamento del modo di sentire della coscienza sociale e le modalità con cui il legislatore soprattutto, ma anche i giudici comuni e la stessa Corte intenderanno registrarlo potrebbero condurre, evidentemente, a una complessiva trasformazione del cd. sistema binario, fermo restando che, in ogni caso, anche la mancata scelta di disciplinare questi nuovi «fenomeni» può considerarsi rientrante nella legittima sfera di discrezionalità legislativa.

La Corte però – e di questo difficilmente può non tenersi conto nella valutazione circa l'inerzia del

legislatore – proprio nella sentenza n. 143 ha affermato che il «non binarismo» costituisce «un problema di tono costituzionale» e che la «percezione dell'individuo di non appartenere né al sesso femminile, né a quello maschile [...] genera una situazione di disagio significativa rispetto al principio personalistico cui l'ordinamento costituzionale riconosce centralità (art. 2 Cost.)».