

Spunti a partire dal progetto di ricerca Transsexuals' rights and administrative procedure for name and sex rectification, finanziato dal bando PRIN-PNRR 2022*

Anna Lorenzetti

Professoressa associata di diritto costituzionale, Università di Bergamo. Mail: anna.lorenzetti@unibg.it.

L'analisi del progetto di ricerca in tema di rettificazione del nome e dell'assegnazione anagrafica per le persone trans chiede, in prima battuta, di soffermarsi su una serie di premesse di metodo e di merito che pare utile considerare durante lo svolgimento delle attività volte. Ciò al fine di verificare se e in che modo sia possibile ipotizzare lo spostamento del procedimento sulla via amministrativa, abbandonando la via giudiziaria.

In primo luogo, occorre valutare con attenzione l'esclusiva valorizzazione della dimensione identitaria e dunque dell'autodeterminazione della persona, cui è rimessa la valutazione circa l'an, il quando, il quomodo dell'intervento chirurgico. La questione da considerare non si limita alla non correttezza metodologica che disconosce l'origine storica della legge il cui radicamento era, ed è sempre stato, nella tutela della salute, quale diritto fondamentale della persona costituzionalmente presidiato ex art. 32 Cost.¹. Né può intercettarsi un peso determinante in senso

contrario, assunto dal diritto euro-unitario o internazionale e dalle Corti che, sul tema, hanno sempre avuto una certa cautela. Non è dunque fondandosi sul combinato disposto ex artt. 2 Cost. e 8 Cedu che è stata introdotta in Italia la possibilità di modificare il proprio sesso anagrafico, ma in nome di una tutela piena della salute e della necessità di far coincidere identità percepita, soma e risultanze anagrafiche, per coloro che si erano già sottoposti all'intervento chirurgico e non potevano essere riconosciuti nella nuova dimensione identitaria. In parte, ciò spiega anche molti dei limiti, che certamente oggi appaiono vistosi, della legge 164 del 1982, ma che al tempo stesso si presterebbero ad essere superati o quanto meno mitigati con una lettura evolutiva di un disposto che segna l'epoca in cui ha trovato la propria genesi.

Superare del tutto la dimensione della salute nella considerazione del percorso di riassegnazione anagrafica, e prima ancora anatomica, rischia infatti di introdurre nella vicenda una serie di rischi che non possono essere sottovalutati. E si stenta a comprendere come si possa dotare di autonomia il principio dell'autodeterminazione e dell'*habeas corpus*, se sganciato dalla dimensione identitaria di riferimento.

Abbandonare completamente la prospettiva che riconduce al benessere psico-fisico della persona la possibilità di modificare il proprio sesso anagrafico e il proprio corpo è poi da valutare con attenzione per la confusione che rischia di generare rispetto agli interventi di natura estetica liberamente scelti dalla persona e, in quanto tali,

* 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 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.

¹ B. PEZZINI, *Transsessualismo, salute e identità sessuale*, in *rassegna di diritto civile*, 1984, 465 ss.

non rientranti tra le prestazioni a parziale o totale carico del Sistema sanitario nazionale, come invece accade per quanto sia all'interno del percorso delineato ex l. 164 del 1982. Come noto, la gratuità dell'accesso al percorso delineato dalla legge è garantita proprio in nome della "copertura" offerta alla transizione e quale presupposto del pieno accesso ai diritti sociali, dunque in quanto strumento di invero dell'uguaglianza costituzionale. Per cui è da considerarsi il rischio, non certo astratto che, spostando la dimensione teorica alla base del percorso di rettifica sul piano della libertà di scelta e dell'autodeterminazione, le tutele sinora garantite proprio in nome della ricerca del benessere possano essere messe in discussione. Ciò nella consapevolezza di come la prospettiva della salute si sia prestata negli anni ad approcci fortemente paternalistici e problematicamente patologizzanti della condizione trans². Non pare, tuttavia, di potersi condividere la certezza dell'amministrativizzazione del percorso di transizione come soluzione al problematico rapporto fra chi sia portatore della condizione trans e il diritto, a fronte di un rischio non di certo secondario.

Occorre poi verificare attentamente che l'auspicato passaggio alla via amministrativa sia tale da garantire più solidamente i diritti della persona interessata e non rischi invece di innescare una recessione o comunque una minore tutela. Non ci si riferisce alla questione dei diritti/interessi legittimi, oramai risolta da decenni, dalla nota decisione del Consiglio di Stato (500/1999) e dunque non attuale, né decisiva ai fini degli obiettivi del progetto. Piuttosto, si intendono richiamare i requisiti di imparzialità e autonomia che la sola

magistratura ordinaria garantisce, i certamente differenti costi dell'accesso alla giustizia³, la durata non breve dei procedimenti amministrativi che patisce spesso passaggi gravati da un eccesso di burocratizzazione e l'affastellarsi di prassi formatesi negli anni fino a costituire diritto vivente. Sarebbe poi da comprendere quale possa essere la pubblica amministrazione presso cui presentare la relativa istanza che si suppone essere il Comune – competente rispetto al cambio anagrafico – cui si chiederebbe però di entrare in valutazioni tipiche dell'ambito sanitario e non rientranti nelle proprie tradizionali funzioni, dunque in assenza di personale adeguatamente formato e di strutture di riferimento che andrebbero create. Se invece si intendesse pensare all'ingresso delle aziende sanitarie quale amministrazione pubblica di riferimento, occorrerebbe comunque considerare la necessità di un coordinamento tra i diversi enti pubblici interessati e inevitabilmente coinvolti, così da evitare lungaggini dovute ai necessari passaggi burocratici.

Tale prospettiva conduce alla necessità di ricordare come non sono praticamente mai state le disposizioni di legge ad appesantire il percorso di transizione, ma semmai le prassi che si sono nel tempo formate e che, ad esempio rispetto alla possibilità di modificare il proprio sesso anagrafico anche a prescindere dall'intervento chirurgico, hanno richiesto un doppio intervento della Corte di cassazione (15138/2015) e della Corte costituzionale (221/2015), così da superare il diritto vivente. Come noto, sul punto, è di recente intervenuta la Consulta proprio per cristallizzare quel diritto vivente che già dal 2015, a

² A. MARCHIORI, N. COCO, *Il transessuale e la norma*, Edizioni Kappa, Roma, 1992. Avevo a mia volta provato a ripercorrere tali spunti problematici dalla prospettiva costituzionalistica, in *Diritti in Transito*, FrancoAngeli, Milano, 2013, 94 ss.

³ Come noto, le spese per avviare un contenzioso amministrativo sono certamente più ingenti rispetto a quelle di un procedimento ordinario.

legislazione invariata dunque, consentiva di concludere il percorso di modifica anagrafica e identitaria in assenza di interventi chirurgici⁴. Analogamente, si ricordi circa la supposta considerazione della maggiore età come requisito per accedere al percorso, in realtà, non richiesta dalla legge, che non ne fa menzione; come noto, anche in questo caso a legislazione invariata, la questione è stata attraversata da un mutamento della giurisprudenza che oggi rende generalmente possibile concludere il percorso anche prima del conseguimento della maggiore età⁵. Ancora, si pensi a come, a valle della modifica del 2011 (d. lgs. 150/2011) che prevede un doppio passaggio giurisdizionale, per l'autorizzazione all'intervento e per la modifica del nome a seguito dell'intervento o comunque dell'effettuazione del percorso, la giurisprudenza ha dato forma a un diritto vivente per cui spesso si autorizza la persona a sottoporsi all'intervento chirurgico e contestualmente si modifica l'identità anagrafica e dunque l'iscrizione sessuale come M (maschio) o come F (femmina), a oggi le uniche alternative consentite a legislazione invariata⁶. Il consentire contestualmente il cambiamento anatomico e anagrafico e non l'uno quale presupposto preordinato all'altro si pone quale

modalità su cui più di un'obiezione andrebbe mossa, poiché travalica nettamente quanto previsto dalla legge, andando ben al di là di quelli che sono i confini assegnati all'interpretazione. Non si sta, si badi, condividendo l'opzione del legislatore del 2011; certamente, questa presta il fianco a numerose critiche di merito e di metodo, posto che la modifica ha appesantito il percorso di rettificazione, rendendolo altresì più lungo e oneroso per la persona interessata, peraltro all'interno di un atto volto alla semplificazione dei riti, in questo caso resi più onerosi⁷. Ciò che si contesta è proprio l'aver ritenuto di poter superare, per via giurisprudenziale, quanto la legge fissa e che avrebbe invece potuto (o meglio, *dovuto*) essere oggetto di un incidente di costituzionalità, qualora il giudice avesse rilevato un dubbio di illegittimità costituzionale in tale previsione. Al contrario, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto di disapplicare la previsione legislativa che pure non lascia margini di interpretazione, contribuendo a dare via a una consuetudine interpretativa che pare però *contra legem*. Al di là dell'asserita maggiore tutela che ciò garantirebbe – aspetto che pure andrebbe problematizzato⁸ posto che il doppio passaggio presentava elementi di tutela della persona e non di

⁴ Corte cost. 143/2024.

⁵ Sia consentito rinviare al mio: *La condizione giuridica del bambino e dell'adolescente transgenere tra diritto alla salute, autodeterminazione e (in)certeza del diritto*, in *Ragion Pratica*, 2, 2020, 533-555.

⁶ Sul punto v. però le importanti aperture operate della Corte costituzionale nella già richiamata pronuncia 143 del 2024, in cui si opera un riferimento ai paesi in cui è consentita una iscrizione ulteriore rispetto al binarismo su cui il diritto occidentale è classicamente fondato, invitando il legislatore a un intervento.

⁷ Sia consentito un rinvio a *Diritti in transito*, cit., 37 ss.

⁸ Ci si riferisce alla teoria di Antonio Ruggeri ha proposto una vera e propria "conversione" della teoria delle fonti in una teoria dell'interpretazione, ritenendo

superabile, da parte dei giudici, il vincolo derivante dal diritto positivo, in nome dei "valori". Sono numerosi gli scritti in cui l'autore argomenta in ragione del principio della "tutela più intensa dei diritti" per superare i limiti dell'ordinamento costituzionale, così da dare vita a «una sana competizione al rialzo» tra le diverse Carte e stabilire «dove si situi la tutela maggiormente avanzata e idonea a far fronte nel modo più adeguato alle complessive esigenze del caso». V. *inter alia*, A. RUGGERI, *Teoria delle fonti versus teoria dei diritti fondamentali? (Oscillazioni e aporie di una ricostruzione ordinamentale internamente sfilacciata)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2022, 1271-1272. Forti critiche sono giunte anche da Roberto Bin (R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1, 2019, 1 ss.) e Lorenza Carlassare (es. v. L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto*, in

costrizione – a essere chiamato in causa è dunque il ruolo del giudice che certamente non può azzerare le previsioni normative e travalicare i limiti che all’ermeneusi devono essere assegnati, se non altro in ragione della separazione dei poteri; non è infatti all’interprete – ma al legislatore – che è rimesso il bilanciamento fra diritti e interessi contrapposti, mantenendo il giudice il potere di contestare il precetto legislativo, mediante gli strumenti in suo possesso, ossia l’incidente di costituzionalità o l’interpretazione conforme, nel caso di specie non configurabile a fronte di una disposizione dal tenore inequivocabile.

Occorre poi considerare come molti tra i problemi cui il progetto ambisce a trovare una soluzione potrebbero trovare una efficace soluzione senza la indicata modifica normativa che, occorre ammetterlo, presenta non pochi rischi.

È certamente un rischio lo spostare dall’autorità giudiziaria alla pubblica amministrazione il controllo pubblico sul cambiamento identitario, che il progetto dichiara di voler comunque mantenere⁹. Seguendo le finalità dichiarate nel progetto, tale scelta non appare funzionale, anche considerando come la procedura amministrativa non può dirsi meno intrusiva rispetto al procedimento giurisdizionale, né è assicurata una maggiore snellezza e rapidità. Dal progetto emerge infatti comunque l’intenzione di mantenere

quello spazio (già proprio del procedimento giudiziario) per valutazioni e accertamenti tecnici, spazio che potrebbe condurre a dilazionare i tempi di chiusura del procedimento, anche una volta scelta la via amministrativa. Sembra però di potersi dubitare circa la possibilità di produrre autocertificazioni in materia, semmai potendosi forse considerare atti di notorietà; così anche quanto alla previsione circa “le garanzie partecipative da assicurare ai diversi soggetti portatori di interessi giuridicamente rilevanti”, posto che non ve ne sono di bilanciabili rispetto alla posizione giuridica soggettiva della persona interessata e considerato che la stessa affermazione apre a ipotizzare il peso di vicende che nel procedimento di rettificazione non andrebbero affatto considerate. Si tratta infatti di una vicenda personalissima in cui qualsiasi intrusione di terzi, una volta accertata la condizione di partenza che consente l’avvio del percorso di transizione, si configura come potenzialmente lesiva ed è perciò da respingere¹⁰.

In generale, sottrarsi al percorso previsto dalla legge e al procedimento giurisdizionale non è detto significhi sottrarsi a una gabbia o a una catena, semmai potendo presentare il rischio di togliere la catena al collo del potere e la gabbia attorno a chi potrebbe esercitare il pubblico potere senza limiti e confini, limiti e confini di cui la magistratura ordinaria rappresenta la garante¹¹.

Enc. dir., Annali, II, 2, Giuffrè, Milano, 2008, 538 ss.) per il potenziale sovversivo di questa impostazione che lederebbe la separazione dei poteri.

⁹ Per tale aspetto, il progetto prende dunque le distanze dalla soluzione prescelta da alcuni ordinamenti, ad esempio quello argentino, che rimette all’esclusiva scelta e volontà della persona il cambiamento di genere.

¹⁰ Sono ben note le critiche emerse a commento della modifica ex d. lgs. 150/2011 che, facendo transitare il procedimento dalla volontaria giurisdizione al contenzioso, ha di fatto prefigurato l’idea, anche sul piano simbolico, di una contesa fra la persona

interessata, del cui corpo si discute, e terzi, mentre dovrebbe trattarsi di un dominio totalmente a lei totalmente riservato. Non possono esservi dubbi circa la non ammissibilità dell’ingresso in bilanciamento di posizioni giuridiche soggettive di terzi, come pure la dizione dell’art. 31, co. 3, d. lgs. 150/2011, potrebbe far pensare chiedendo che l’atto di citazione sia notificato al coniuge e ai figli dell’attore e affermando che al giudizio partecipa il pubblico ministero.

¹¹ Si intende qui riprendere il titolo del volume che raccoglie di scritti in onore di Lorenza Carlassare: G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in*

Neppure l'affermata riduzione dei tempi pare potersi dire garantita dallo spostamento della procedura prevista dalla legge 164 all'ambito amministrativo, potendosi più utilmente tornare al regime precedente al 2011, che prevedeva la volontaria giurisdizione, certamente meno onerosa, più breve, meno burocratizzata¹², oltre che simbolicamente meno problematica¹³.

In definitiva, spostare nell'ambito amministrativo il procedimento di rettificazione anagrafica del sesso rischia di sortire effetti opposti a quelli auspicati. Non di maggiore celerità, non di maggiori garanzie, non di maggiore certezza, sembrando destinato a infrangersi con la realtà l'auspicio che transitando alla pubblica amministrazione il procedimento diverrà spedito, sottratto a errori e meno invasivo per la persona interessata.

Neppure appare chiaro come sarebbe poi impostata la semantica della nuova normativa e su questo occorre avere presente la difficoltà di redigere un enunciato indiscutibilmente assai complesso nel fraseggio. La questione – pare ovvio – chiama in causa i limiti nelle pretese verso il diritto, anche amministrativo, che vive necessariamente di nettezza e nitore nella parte definitoria e procedurale, né potrebbe essere diversamente se si vuole evitare un indistinto ampliarsi della discrezionalità amministrativa e tecnica. E appare dunque complesso garantire che quel fraseggio possa essere redatto in modalità tali da guidare con sicurezza la pubblica amministrazione e i suoi operatori nell'esercizio di tale potere che difficilmente potrebbe essere vincolato; piuttosto esso sembra essere attratto nell'ambito della discrezionalità tecnica che però non è chiaro

onore di Lorenza Carlassare, *Delle fonti del diritto*, Napoli, 2009.

¹² V. le belle riflessioni di G. CARDACI, *Per un "giusto processo" di mutamento di sesso*, in *Rivista di Diritto della Famiglia e delle Persone.*, 4, 2015, 1459 ss.

¹³ V. *supra*, nota 10 del presente scritto.

come si potrà atteggiare nel concreto a fronte di vicende talmente differenti tra loro da essere difficilmente standardizzabili. Un'opzione potrebbe essere quella di ricorrere alle attestazioni da parte del personale di ambito socio-sanitario, di altra amministrazione dunque, dovendosi però considerare l'estrema complicazione che inevitabilmente da tali procedimenti complessi si genera.

C'è poi un ultimo profilo, forse il più complesso, che è necessario mettere a tema e che riguarda l'effetto della soluzione proposta dal progetto se osservata dalla prospettiva di genere. Rimettere alla libera scelta della persona il cambiamento di sesso o di genere va considerato per gli effetti che produrrà sulla disincarnazione della corporeità. Il *sex/gender system* ne risulterà necessariamente smantellato o quanto meno messo in discussione, poiché non più in grado di rappresentare l'assetto delle relazioni tra i generi e la gerarchizzazione che rappresenta; esso sarebbe infatti "degradato" quale aspetto, fra i tanti, che compongono la dimensione identitaria della persona – al pari del colore dei capelli, del colore degli occhi, di eventuali segni somatici – perdendo così la caratteristica che lo inquadra quale categoria analitica in grado di rappresentare i rapporti – gerarchizzati e gerarchizzanti – fra i generi¹⁴.

Conclusivamente, a prescindere dalle soluzioni indagate dal progetto, sarebbe infine importante porsi la questione di considerare se il superamento delle difficoltà segnalate possa essere ugualmente garantito dalla modifica delle prassi e da un'attenta formazione rivolta a chi la legge è chiamato a attuarla, magistrati in primo luogo

¹⁴ Sul tema, sono imprescindibili gli studi di Barbara Pezzini. Per un inquadramento, v. almeno B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo, 2012.

Forum

e con loro operatori del settore, pure considerando i limiti nelle pretese da avanzare verso il diritto.

