

Identità di genere e percorsi di autodeterminazione: dal processo al procedimento?*

Andrea Magliari

Ricercatore in diritto amministrativo, Università di Trento. Mail: andrea.magliari@unitn.it.

I temi che stanno al centro della ricerca avviata nel quadro del progetto T.R.A.N.S. sono tanti e complessi. Poiché al momento ci appaiono sicuramente più chiare le sfide future che i risultati acquisiti, mi limiterò in questa sede a svolgere alcune brevi considerazioni di carattere generale sulle possibili linee di sviluppo della ricerca.

Innanzitutto, si può dire che, specie con le pronunce della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione del 2015¹, il nostro ordinamento abbia fatto un importante passo in avanti nel senso di un progressivo e graduale riconoscimento di un (nuovo?) diritto all'identità di genere. Questi passi in avanti si devono al progresso medico-scientifico e a una più compiuta maturazione della riflessione scientifica e giurisprudenziale in tema di diritti fondamentali della persona. Considerando lo stato di arretratezza della nostra disciplina normativa in tema di diritti civili, mi pare peraltro che l'evoluzione registrata sia stata ampiamente ispirata dal diritto sovranazionale (Consiglio d'Europa e Unione europea) e dal confronto con le esperienze giuridiche di altri paesi. È sempre più evidente, poi, che – come avviene

in molti altri casi – la tutela dei diritti civili passa, fondamentalmente, attraverso l'interpretazione creatrice e costituzionalmente orientata delle corti, nel totale silenzio del legislatore.

Emerge, però, anche un altro dato. I passi in avanti, pur rilevanti, non sono ancora sufficienti ad assicurare una tutela piena ed effettiva del diritto all'identità di genere, specie sotto il profilo del riconoscimento giuridico di un principio di autodeterminazione delle soggettività trans. Sono ancora molte le criticità dell'attuale disciplina normativa, così come le oscillazioni della giurisprudenza civile nell'applicazione della legge n. 164/1982. Stenta poi ad affermarsi – nella giurisprudenza delle corti, oltre che, evidentemente, nel diritto positivo – una concezione dell'identità di genere come espressione autonoma e compiuta del diritto all'identità personale.

Alla luce di tali rilievi, risulta perciò opportuno provare a svolgere un esercizio che l'Accademia svolge sempre più di rado: porsi in una prospettiva proattiva, *de jure condendo*, per fornire, oltre a nuovi stimoli al dibattito scientifico e giurisprudenziale, anche una concreta proposta di modifica della disciplina legislativa vigente, che affondi saldamente le sue radici nei principi costituzionali, nel diritto sovranazionale e nell'indagine comparata.

Vengo così alla prima riflessione che mi limito qui solo ad abbozzare: il ruolo del diritto e, in

* Contributo scritto nell'ambito del progetto Prin MUR PNRR 2022 T.R.A.N.S., *Transsexuals' Rights and Administrative Procedures 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 Si tratta, rispettivamente, di Corte cost., sent. n. 221/2015 e Cass. Civ., sez. I, n. 15138/2015. Sul punto, per tutti, N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 4, 2017, 1349 ss.

particolare, del diritto amministrativo rispetto alla tutela del diritto all'affermazione di genere. Per fare ciò, vorrei partire da una considerazione, forse un po' banale, in merito all'utilizzo, ambiguo e strumentale, della *natura* da parte del legislatore e delle corti (la famiglia "naturale"; l'immodificabilità del dato di "natura"; la "natura" delle cose)².

Ciò mi ha richiamato alla mente un passaggio, tratto da *Imago naturae. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome* dello storico del diritto Yan Thomas, che pare adattarsi molto bene alla nostra riflessione: «per i giuristi non c'è altra natura che quella da essi stessi creata»³. Come osservava il giurista francese, invero, già nella antica Roma il diritto era una consapevole e necessaria opera di riconfigurazione della realtà naturale, al servizio della vita pratica della società: la natura poteva essere presentata dai giuristi come «uno stato ripristinato, una condizione restaurata», ma poteva servire altresì «all'estensione del diritto»⁴.

Con la consueta lucidità, anche Stefano Rodotà ci ha ricordato che «conformato dalla natura, il corpo è subito consegnato alla disciplina umana, nella quale diritto e norme hanno sempre giocato un ruolo determinante»⁵. Al di là di una certa retorica giusnaturalista, le categorie giuridiche sono invero da sempre sganciate dal mero

dato naturalistico, biologico, anatomico, e ciò è storicamente avvenuto proprio perché il diritto tradizionalmente usa tali categorie per ordinare e controllare la società...la ben nota "biopolitica" delle pagine di Michel Foucault⁶.

Il tema di cui ci occupiamo non sembra sottrarsi a questo ordine di riflessioni. Il diritto positivo riflette, inevitabilmente, un'idea di società "naturale" che il legislatore, tramite il controllo dei corpi, mira "artificialmente" a istituzionalizzare e preservare. Eppure, a fronte dell'evoluzione socio-culturale, medico-scientifica e giuridica, non sarebbe oggi più corretto ritenere che il riconoscimento della centralità della persona umana (dei suoi diritti inviolabili, della tutela del pieno sviluppo della persona umana, della salute come benessere psico-fisico) richieda – come auspicava lo stesso Rodotà – il passaggio da un "diritto crudele" a un "diritto mite"⁷? Si tratterebbe, allora, di abbracciare una prospettiva ermeneutica in cui le categorie e le astrazioni giuridiche sono poste (veramente) a servizio della persona, e non dello Stato, e in cui – per dirla ancora con Rodotà – «per la riconciliazione tra percezione del sé e identità sessuale può essere sufficiente una procedura soltanto giuridico-formale di mutamento del nome e del sesso nei registri dello stato civile»⁸.

² Basti leggere, ad esempio, la sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale, in cui il termine "naturali/e" appare ben undici volte (cfr. «Il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo "naturale" modo di essere»; «la nuova identità sessuale conseguente alla modificazione anatomica ottenuta con l'intervento chirurgico è puramente apparente in quanto non dovuta a cause naturali»; «l'ordine naturale della società familiare»).

³ Y. THOMAS, *Imago naturae. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome* (1991), nella trad. it., recentemente pubblicata in Y. THOMAS, J. CHIFFOLEAU, *L'istituzione della natura*, Macerata, 2020, 45.

⁴ Y. THOMAS, *Imago naturae. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome*, cit., 39.

⁵ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 74.

⁶ Tra le varie opere, M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, trad. it., Milano, 2005; M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, trad. it., Milano, 2005; N. CHOMSKY, M. FOUCAULT, *Della natura umana*, trad. it., Roma, 2005.

⁷ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 88, in relazione proprio alla necessità, precedentemente riconosciuta dalla giurisprudenza, di subordinare «il riconoscimento dell'identità sessuale al sacrificio di una parte del corpo».

⁸ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit.

Ecco, dunque, che viene in gioco il ruolo del diritto e, in particolare, del diritto amministrativo. Diritto amministrativo che – come noto – in uno stato di diritto assume fundamentalmente una duplice dimensione: fondamento dell’esercizio del potere pubblico e limite a tale potere, a garanzia dei diritti e delle libertà dei soggetti privati. Più raramente, il diritto amministrativo appare, invece, il veicolo attraverso cui si giunge ad assicurare la tutela effettiva dei diritti della personalità, essendo ciò principalmente realizzato per mezzo delle categorie, dei linguaggi e degli strumenti propri del diritto costituzionale o del diritto civile.

Per tale ragione, il progetto T.R.A.N.S. ambisce ad approcciare i temi oggetto di indagine muovendo dalla presa d’atto della necessità di stabilire un’alleanza più stretta e proficua tra diritto costituzionale, diritto privato e diritto amministrativo, mettendo quest’ultimo e il suo strumentario a servizio della tutela dei diritti fondamentali della persona.

In questo senso, d’altronde, sempre Rodotà osservava che «l’autodeterminazione nella vita e nel corpo rappresenta il punto più intenso ed estremo della libertà esistenziale»⁹ e che, mirando a questo fine, il diritto deve assumere il compito di creare uno spazio in cui la persona possa effettivamente autodeterminarsi. Ne consegue che detta autodeterminazione necessita sempre di uno spazio – assicurato dal diritto e presidiato dalle istituzioni pubbliche in funzione di garanzia – per potersi realizzare pienamente¹⁰; sarebbe invece impossibile, o comunque utopico, pensare che ciò possa realizzarsi attraverso il non-diritto, all’interno di uno spazio privo di

regole, in cui le singole soggettività sarebbero semplicemente “libere” di esprimersi.

Di qui, allora, quella che costituisce una delle domande di fondo che anima questo progetto di ricerca: date le attuali criticità del quadro normativo, quali strumenti giuridici possono consentire di soddisfare al meglio il diritto all’autodeterminazione delle soggettività trans, dovendosi pur sempre tenere conto che queste ultime, in quanto immerse all’interno di un sistema ordinamentale complesso, fatto di relazioni personali, giuridiche e sociali, necessitano in ogni caso di una qualche forma di intervento pubblico per potersi realizzare pienamente? È il processo civile la sede più opportuna a dare un riconoscimento celere ed effettivo a tale diritto o, sulla scorta di alcune interessanti esperienze di altri Paesi (Spagna e Germania, tra gli altri), si deve piuttosto guardare al procedimento amministrativo? E in quest’ultimo caso, quale procedimento amministrativo? Dinanzi a quale autorità e secondo quali garanzie procedurali e giurisdizionali?

Muovendo dai principali profili critici dell’attuale quadro normativo, e iniziando a ragionare sulla fisionomia di un “futuribile” procedimento amministrativo di affermazione di genere alternativo all’attuale procedimento giurisdizionale, mi pare che una delle questioni più delicate attenga alla definizione dello spazio di valutazione che l’eventuale procedimento amministrativo dovrebbe attribuire alla pubblica amministrazione titolare del potere.

Applicando le categorie proprie del diritto amministrativo, occorre allora in primo luogo chiedersi se le corti oggi – e un domani, eventualmente, le pubbliche amministrazioni – siano chiamate a

non si autoistituisce, non vive in un vuoto di principi di riferimento».

⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 250.

¹⁰ Come avverte lucidamente S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 296, «l’autodeterminazione, infatti,

svolgere una vera e propria ponderazione tra il diritto del singolo e gli altri interessi pubblici o privati potenzialmente confliggenti. Dato che altri interessi privati possono astrattamente sussistere (quello del coniuge o dei figli, ad esempio) e che verrebbe comunque in rilievo un interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici, può trattarsi di un vero e proprio bilanciamento di interessi, riconducibile all'esercizio di discrezionalità amministrativa? In altri termini, una volta riconosciuta la necessità di dare tutela al diritto all'identità di genere, v'è spazio per un'operazione di ponderazione, rimessa alla valutazione discrezionale di una pubblica autorità, in cui altri diritti e/o interessi possano eventualmente prevalere?

A ben vedere, già da tempo la giurisprudenza costituzionale e civile sembra escludere che altri interessi, pubblici o privati, possano portare al sacrificio del diritto individuale alla salute e all'identità di genere. Questa dovrebbe essere pertanto la soluzione anche (*rectius*: soprattutto) nel caso in cui si intenda "amministrativizzare" la procedura di rettificazione anagrafica. Non pare infatti possibile sostenere, alla luce del quadro dei principi costituzionali, che l'interesse (pubblico) alla certezza nella identificazione personale e nelle relazioni giuridiche possa costituire un valido limite alla realizzazione del diritto alla autodeterminazione di genere della persona trans.

Inoltre, l'attuale diritto di famiglia, per quanto non esente da criticità, sembra aver determinato un affievolimento dell'intensità dell'interesse del coniuge (data la possibile conversione del matrimonio in unione civile) o della prole, comunque

pienamente tutelata dall'ordinamento civile, anche in caso di modifica dei dati anagrafici di uno dei genitori.

Esclusa, però, la configurabilità astratta di una ponderazione di interessi (e, dunque, della possibile emersione di profili di discrezionalità amministrativa all'interno del procedimento), si tratta altresì di verificare se, nell'ipotetico procedimento di affermazione di genere, possano o debbano residuare profili valutativi riconducibili ad apprezzamenti tecnici a esito incerto e opinabile in capo all'autorità amministrativa procedente.

Si deve, invero, considerare come attualmente la giurisprudenza (costituzionale, di merito e di legittimità), con riguardo alle richieste di rettificazione anagrafica, sia concorde nel ribadire "la necessità di 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 dalla persona interessata", escludendo che «il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione»¹¹. Per come concretamente applicata dalla giurisprudenza di merito, si tratta di un'operazione che, qualora traslata sul piano del procedimento amministrativo, assumerebbe i connotati di un accertamento tecnico frammito a valutazioni tecnico-discrezionali rimesse all'apprezzamento dell'autorità investita del potere autorizzatorio, eventualmente assistita da un consulente tecnico.

Il che però pare sollevare un'ulteriore questione: un tale potere valutativo-discrezionale – oggi rimesso alla potestà del giudice – può ritenersi

¹¹ Così, ad esempio, Corte cost., sent. n. 269/2022, ove si richiamano, in senso conforme, le sentenze n. 180 del 2017 e n. 221 del 2015, ove si riconosce che il punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia è stato individuato affidando al giudice «nella

valutazione delle insopprimibili peculiarità di ciascun individuo, il compito di accertare la natura e l'entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere».

conforme con il quadro normativo, anche di livello sovranazionale, in tema di tutela dei diritti della personalità?

La domanda – forse impropriamente formulata là dove riferita al giudizio civile – assume un diverso e più pregnante significato se portata sul piano dell’ipotetica autorità amministrativa investita del potere di autorizzare la rettificazione anagrafica del sesso e del nome. Vi sarebbe, cioè, da chiedersi se, una volta trasposta in sede procedimentale, l’autorizzazione in parola debba comunque rimanere subordinata a una valutazione tecnico-discrezionale dell’autorità decidente ovvero se, più semplicemente, ciò possa realizzarsi in virtù di un mero accertamento di taluni presupposti oggettivi o, comunque, di agevole e immediata verifica. E, dunque, l’eventuale procedimento amministrativo dovrebbe continuare a basarsi su una diagnosi medica che accerti l’incongruenza di genere o sulla verifica in concreto dell’avvenuta conformazione del *soma* rispetto alla *psiche* oppure si dovrebbe, a questo punto, abbracciare un modello fondato sostanzialmente sulla libera autodeterminazione della persona, costruito, cioè, sul solo accertamento della effettiva *capacità* e *volontà* della scelta, a prescindere da qualsivoglia valutazione “opinabile” in merito al completamento del percorso di transizione e all’avvenuto adeguamento estetico dei tratti fisico-somatici?

Ancora una volta, è l’indagine comparata e l’analisi degli atti normativi e delle pronunce giurisprudenziali provenienti dagli ordinamenti sovranazionali a risultare particolarmente interessante. Non è certo questa la sede per riflettere sulle diverse opzioni legislative sperimentate in altri ordinamenti, né sui tanti atti (specie di *soft law*) delle istituzioni dell’Unione europea e del Consiglio d’Europa. Emerge nondimeno una recente tendenza, che qui può essere solo succintamente menzionata: quella, cioè, a privilegiare modelli “elettivi” e non “ascrittivi”, in cui si riconosce in modo sempre più largo il diritto all’autodeterminazione della persona e si sgancia il percorso di affermazione di genere dalla prova di un trattamento chirurgico e/o ormonale o di una diagnosi di disturbo mentale. Ciò in nome di una progressiva (e auspicata) de-patologizzazione dell’esperienza trans e di un’attenzione sempre maggiore all’elemento soggettivo-volontaristico rispetto alla scrittura del proprio “palinsesto della vita”¹².

Su questi temi, in particolare, mi pare debbano concentrarsi non solo i nostri studi e la nostra ricerca, ma più in generale anche la riflessione sulla possibile evoluzione dell’attuale sistema di regole e principi posti a tutela dell’identità personale e dei percorsi di affermazione di genere.

¹² L’espressione è, come noto, di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 250.