

Cambio di sesso senza intervento sui genitali: dalla Cassazione «*Con juicio, pero adelante*»

Gabriele Maestri*

CHANGING SEX WITHOUT SURGERY ON GENITALIA: «*CON JUICIO, PERO ADELANTE*» (BE CAREFUL, BUT GO ON), THE ITALIAN SUPREME COURT SAYS

ABSTRACT: The Italian Supreme Court, with its judgement no. 15138/2015, allowed a transsexual person – who had undergone male-to-female hormone replacement therapy and surgery on secondary sex characteristics but not SRS – to change her sex, because her MtF process has been judged completed and irreversible. This decision solved a long conflict of case-law, protecting the right to gender identity and the right to health (and declaring that the interest about the certainty of genders and juridical relationships is not at risk, because transsexualism is not a so spread phenomenon).

KEYWORDS: Transsexualism; primary sex characteristics; secondary sex characteristics; gender dysphoria; sex reassignment.

SOMMARIO: 1. La vicenda giuridica e il contesto. – 2. La decisione della Corte, a tutela della salute e dell'identità. – 3. In particolare, il bilanciamento tra diritto all'identità sessuale, tutela dell'integrità psico-fisica e certezza delle relazioni giuridiche. – 4. Conclusioni.

1. La vicenda giuridica e il contesto

Da decenni il transessualismo stimola l'interesse dei giuristi e della sfera pubblica sotto vari profili. Nel 2014 si è riflettuto sul “divorzio imposto”, oggetto di una sentenza della Consulta, discussa specie per i suoi effetti nel giudizio *a quo*¹; una recente pronuncia della

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, ora dottorando in Scienze politiche – Studi di genere presso l'Università degli Studi Roma Tre. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco.

¹ Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170. Senza pretesa di esaustività, v. A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta online – Studi*, www.giurcost.org, 2014 (ma v. anche Id., “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XVIII. Studi dell'anno 2014, Torino, 2015, spec. 493, 527 e 592); A. D'ALOIA, *Il divorzio obbligato del transessuale è incostituzionale?*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, 149-152; M.M. WINKLER, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio “imposto”: luci e ombre*, in www.articolo29.it, 2014 (13 giugno); B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 2014 (15 giugno) e EAD., *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. MORRA, B. PASA (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, 2015, 201-231, spec. 227 ss.; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014 (24 giugno); G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in www.articolo29.it, 2014 (26 giugno); P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di*

Corte di cassazione² è tornata sull'ipotesi in cui un soggetto abbia iniziato l'iter di transizione (regolato soprattutto da raccomandazioni codificate in linee guida³), si sia sottoposto a interventi ai caratteri sessuali secondari e chiedi al giudice di far rettificare l'attribuzione anagrafica di sesso, senza il previo adeguamento dei caratteri sessuali primari al genere cui sente di appartenere. La Suprema Corte, che ha accolto la richiesta ritenendo compiuto e irreversibile il transito, si è espressa su una fattispecie delicata, su cui la giurisprudenza di merito non era stata univoca.

Il caso in esame era stato generato dalle istanze di M.M., autorizzato nel 1999 dal tribunale di Piacenza a intervenire sui suoi caratteri sessuali primari maschili, nel percorso di transizione da maschio a femmina (MtF). Oltre dieci anni dopo, la successiva richiesta di rettificare l'attribuzione di sesso pur non avendo adeguato i caratteri sessuali primari (il richiedente temeva complicanze legate all'intervento e sosteneva di aver comunque raggiunto un'armonia col proprio corpo, per cui si sentiva già donna) era stata respinta da quel giudice⁴: questi, interpretando l'allora vigente art. 3 della legge 14 aprile 1982, n. 164 – ora trasfuso nell'art. 31, comma 4 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 – aveva ritenuto il trattamento chirurgico condizione (sufficiente e) necessaria per rettificare il sesso anagrafico. La decisione

Quaderni costituzionali, www.forumcostituzionale.it, 2014 (6 luglio); P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014 (7 luglio); M.C. CAMPAGNOLI, *No al divorzio imposto se rettificazione del sesso*, in www.personaedanno.it, 2014 (7 luglio); R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consulta online – Studi*, www.giurcost.org, 2014; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente*, in www.dirittifondamentali.it, 2014 (15 settembre); S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro it.*, 10, 2014, 2685 ss; R. CATALDO, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"*, in www.rivistaaic.it (Osservatorio costituzionale), 2014 (dicembre); F. SAIITO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, in *Giur. cost.*, 3, 2014, 2706 ss.; A. LORENZETTI, A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2014, 1, 1152-1161; L. CONTE, *Anche nelle situazioni minoritarie e anomale". La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e l'istituto matrimoniale tra vecchie resistenze e nuove aperture*, in *Genlus*, 2, 2014, 126-134; A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?*, in www.rivistaaic.it (Osservatorio costituzionale), 2015 (gennaio). Sul seguito della vicenda, conclusa con Cass., sez. I civ., 26 gennaio – 21 aprile 2015, n. 8097, v. M. GATTUSO, *Nasce il matrimonio sottoposto a condizione risolutiva, ovvero sul caso Bernaroli*, in www.personaedanno.it, 2015 (21 aprile), nonché i contributi pubblicati su *Genlus*, 1, 2015, nel focus intitolato *Quando scricchiola un paradigma. La Cassazione decide il caso Bernaroli* (specie B. PEZZINI, *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, 83-93; G.P. DOLSO, *Un matrimonio a tempo per il "transessuale tardivo": considerazioni sul "seguito" della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale*, 96-108; G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il seguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, 109-119; R. ROMBOLI, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, 120-125; A. RUGGERI, *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, 126-133).

² Cass., sez. I civ., 21 maggio – 20 luglio 2015, n. 15138, www.retelenford.it/images/Cass_Civ_15138-15.pdf (ultima consultazione 10 agosto 2015).

³ V. A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 42 ss.; F. BILOTTA, *Transessualismo* (voce), in *Digesto disc. priv. civ.*, 8° agg, Torino, 2013, 759.

⁴ Trib. Piacenza, 12-19 gennaio 2012, n. 1, inedita.

era poi confermata dalla Corte d'appello di Bologna⁵, che aveva chiesto a due consulenti d'ufficio di accertare l'integrazione dei «caratteri sessuali del genere femminile» nel reclamante.

Per i giudici di seconde cure la legge n. 164/1982 all'art. 1 legava la rettifica del sesso alle «interventive modificazioni dei caratteri sessuali», non distinguendo tra caratteri sessuali primari (organi genitali e riproduttivi) e secondari (conformazione del corpo, timbro vocale, atteggiamenti e comportamenti percepibili da altri): su tale base, un'interpretazione «strettamente letterale» per la Corte doveva far ritenere necessaria la modifica tanto dei caratteri sessuali primari quanto di quelli secondari, poiché altrimenti il legislatore avrebbe specificato meglio i requisiti per la rettificazione. Anche leggendo il testo in chiave storico-sistemica, per i giudici di secondo grado restava ferma la necessità di mutare *tutti* i caratteri sessuali come presupposto per la riattribuzione anagrafica del sesso, onde ricomporre «l'equilibrio tra soma e psiche»⁶. Benché l'art. 3 della legge n. 164/1982 (come il vigente art. 31, comma 4, d.lgs. n. 150/2011) parlasse di autorizzazione all'adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali «quando risult[i] necessario», rendendo eventuale l'intervento, il collegio aveva ritenuto che la disposizione si riferisse solo ai casi in cui non occorreva procedere a modificazioni, ad esempio quando la persona si era già sottoposta a interventi di riattribuzione chirurgica del sesso, specie all'estero, prima che entrasse in vigore la legge⁷.

A sostegno della sua posizione, la Corte d'appello di Bologna aveva evidenziato altri due punti. Dichiarando infondata una delle censure di incostituzionalità di quell'interpretazione, sollevata dalla difesa del reclamante rispetto al diritto alla salute ex art. 32 Cost., il collegio aveva sostenuto che «l'intervento chirurgico è pur sempre considerato come una sorta di liberazione, per il paziente, ponendo fine alla sofferenza e all'angoscia derivate dal contrasto tra la condizione anatomica e quella psichica», citando quasi testualmente un passo della sentenza n. 161/1985, con cui la Corte costituzionale aveva confermato la legittimità della disciplina sulla rettificazione di attribuzione di sesso. Di più, per i giudici le relazioni dei CTU – che avevano accertato la modifica dei caratteri sessuali secondari (mediante «incisive terapie ormonali» e vari trattamenti estetici, rinoplastica e mastoplastica comprese) e il raggiungimento di una condizione di serenità e di un «convincimento ormai radicato dell'appartenenza al genere femminile», pur persistendo i genitali maschili – non avevano provato la scomparsa definitiva delle funzioni sessuali maschili di M. e, dunque, la sicura irreversibilità della transizione intrapresa⁸. In questa lettura, quindi, prevale l'interesse, da parte dell'ordinamento, alla chiarezza nell'identificazione dei generi e dei rapporti giuridici.

⁵ App. Bologna, sez. I civ., 22 febbraio – 20 marzo 2013, n. 29, <http://www.articolo29.it/decisioni/corte-di-appello-di-bologna-prima-sezione-civile-sentenza-del-22-febbraio-2013> (ultima consultazione 10 agosto 2015).

⁶ La sentenza trae l'espressione da Corte cost., 6-23 maggio 1985, n. 161, più volte citata in seguito.

⁷ Quel soggetto, prima dell'entrata in vigore della l. 164/1982, rischiava di essere perseguito penalmente e la legge ne sanava la posizione. Non c'era bisogno di intervento nemmeno in altri casi, legati a ragioni congenite.

⁸ La Corte d'appello aveva paventato l'ipotesi che il soggetto non del tutto sterile potesse «recuperare i caratteri sessuali (secondari) maschili con gli stessi metodi o ripercorrendo, a ritroso, il percorso, sanitario, che lo ha condotto a modificarli», ritenendolo legittimato a chiedere una nuova variazione al sesso anagrafico. Critica la tesi A. LORENZETTI (*Diritti in transito*, cit., 64): «il timore che la persona possa mutare il proprio desiderio di appartenere al sesso opposto dovrebbe deporre in senso contrario all'intervento, [...] è sicuramente da evitare un trattamento chirurgico irreversibile qualora vi siano dubbi da parte di chi deve subirlo». Sull'ipotesi di interventi chirurgici e ormonali che riaccostino la persona transessuale al genere di partenza, v. F. BILOTTA, *Transessualismo*, cit., 761.

La posizione della Corte d'appello di Bologna era coerente con quella emersa da altre pronunce di merito, magari risalenti ma numerose⁹, e condivisa da parte della letteratura¹⁰. A distanza di un mese e mezzo dalla decisione bolognese, tuttavia, il tribunale di Rovereto si era espresso in tutt'altro modo su un caso simile¹¹, sostenendo – sia pure con una motivazione stringata – la necessità dell'intervento chirurgico «nel solo caso in cui occorre assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico», qualora egli rifiuti i propri genitali per la «discrepanza tra psicosessualità ed il sesso anatomico»: si era basato sul testo delle disposizioni¹² e su una lettura costituzionalmente orientata, facendo leva sulla stessa sentenza n. 161/1985 della Consulta cui i giudici di Bologna legavano il loro ragionamento.

Anche tale decisione aveva alle spalle alcuni precedenti¹³ ed è stata ben accolta da autorevole dottrina. La sentenza rivelava una nozione di identità sessuale come «dato complesso della personalità,

⁹ V. Trib. Sanremo, 7 ottobre 1991, in *Dir. fam.*, 1992, 242; Trib. Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 996; Trib. Milano, 2 novembre 1982, in *Foro it.*, 1984, I, 582; App. Milano, 29 gennaio 1971, in *Temi*, 1972, 22 ss. Di recente, Trib. Potenza, sez. I civ., 20 febbraio 2015, n. 157, <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/03/Sentenzan.157-2015TRIBUNALEDI POTENZA.pdf> (ultima consultazione 14 agosto 2015); Trib. Vercelli, sez. I civ., 27 novembre - 12 dicembre 2014, n. 159, <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/02/Sentenza-Vercelli-con-omissis.pdf> (ultima consultazione 14 agosto 2015); Trib. Catanzaro, sez. I civ., 30 aprile 2014, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-catanzaro-prima-sezione-sentenza-30-aprile-2014/> (ultima consultazione 14 agosto 2015). Richiede la rimozione chirurgica degli organi riproduttivi, pur non imponendo «interventi [...] di radicale trasformazione dei caratteri genitali», potenzialmente rischiosi per la salute, Trib. Taranto, sez. I civ., 26 giugno 2013, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-taranto-prima-sezione-civile-sentenza-del-26-giugno-2013/> (ultima consultazione 13 agosto 2015). Si segnala Trib. Trento, (ord.) 19-20 agosto 2014, <http://www.articolo29.it/tribunale-trento-ordinanza-19-agosto-2014/> (ultima consultazione 13 agosto 2015): i giudici adottano l'interpretazione letterale-originalista della Corte di Bologna, ma la ritengono incostituzionale, sollevando questione di legittimità rispetto agli artt. 2, 3, 32 e 117, comma 1 Cost.

¹⁰ P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona: la legge n° 164/1982*, in *Leg. giust.*, 4, 1984, 754 ss. È su posizioni più aperte, ma ritiene l'intervento chirurgico (ai caratteri primari, per la «sicura irreversibilità degli effetti») come «in astratto» da preferire alla sola soluzione farmacologica L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *Federalismi.it*, 21, 2013, 13. Sposa l'opzione letterale-originalista A. PORRACCILO, *Una decisione basata sul rispetto rigoroso del dettato normativo*, in *Guida al diritto*, 5, 2015, 33.

¹¹ Trib. Rovereto, 2 maggio 2013, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-rovereto-sentenza-del-del-2-5-2013/> (ultima consultazione 12 agosto 2015). La persona sosteneva di aver ottenuto «l'equilibrio che le dà benessere» con la terapia ormonale; senza poterne prevedere gli effetti, la CTU ricollegava all'intervento ai caratteri primari «inevitabili rischi per la salute» e potenziali «rilevanti squilibri» per il soggetto che non l'avesse ritenuto necessario.

¹² Il collegio, peraltro, aveva colto come il legislatore non avesse precisato «i termini dello stato di necessità» né «se per caratteri sessuali debbano intendersi quelli primari o secondari e fino a che punto debbano essere modificati».

¹³ Tra i primi, Trib. Benevento, 10 gennaio 1986, in *Dir. fam.*, 1986, 617 ss. e, volendo, Trib. Forlì, 18 dicembre 1986, inedita; in seguito Trib. Roma, 18 ottobre 1997, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-roma-sentenza-del-18-ottobre-1997/> (ultima consultazione 12 agosto 2015); Trib. Roma, sez. I civ., 11-22 marzo 2011, n. 5896, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-roma-sezione-prima-civile-sentenza-11-3-2011-n-5896/> (ultima consultazione 12 agosto 2015). Di recente, Trib. Messina, sez. I civ., 4 novembre 2014, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2015/03/Trib.-Messina-4-novembre-2014-Rel-Tortorella.pdf> (ultima consultazione 13 agosto 2015), su cui v. M. WINKLER, *Rettificazione anagrafica di sesso e assenza di intervento chirurgico: a Messina si può*, in www.quotidianogiuridico.it, 2015 (3 marzo).

determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio»¹⁴ e considerava i mutamenti nella percezione sociale del transessualismo e nella sua elaborazione culturale, oltre che in medicina e in psicologia: in tale ottica, «[l]a chirurgia [...] non è "la soluzione", ma un eventuale ausilio per il benessere psicologico della persona»¹⁵, ove il «benessere» si lega a una lettura estensiva del concetto di «salute» ex art. 32 Cost.¹⁶

Già da tempo, in ogni caso, alcuni studiosi avevano sottolineato come, in determinate ipotesi e in certi casi concreti non fosse possibile (o fosse pericoloso) procedere a intervento chirurgico, ma il «mutamento irreversibile» dei caratteri sessuali (non meglio specificati) potesse desumersi pure da altre modificazioni riscontrabili sulla persona in transito¹⁷. Tutto si poteva dire, dunque, meno che in tema di riattribuzione del sesso anagrafico senza intervento chirurgico ai caratteri sessuali primari una qualunque soluzione fosse da ritenere pacifica: una pronuncia autorevole della Suprema Corte era dunque auspicabile per fare chiarezza.

2. La decisione della Corte, a tutela della salute e dell'identità

La Corte di cassazione, valutando il ricorso presentato dalla difesa della persona cui era stata negata la rettificazione anagrafica di sesso, qualifica il «diritto ad autodeterminarsi in ordine all'identità di genere» come diritto inviolabile della persona, ex artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché ex art. 8 CEDU: di tale riflessione si deve tener conto nell'interpretare le disposizioni qui rilevanti. Per la sentenza n. 161/1985 della Consulta, la legge n. 164/1982 si collocava «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»¹⁸: convince perciò l'affermazione della Suprema Corte per cui l'ermeneutica dei testi deve considerare l'evoluzione «dell'approccio scientifico, culturale ed etico» in tema di identità personale, scelte di genere e transessualismo.

Primo passo per inquadrare le norme è lo sguardo alle realtà europee più vicine all'Italia per cultura

¹⁴ A. LORENZETTI, *Modifica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: lo stop and go della giurisprudenza di merito*, in www.articolo29.it, 2013 (27 settembre).

¹⁵ F. BILOTTA, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2013, 1119-1120.

¹⁶ Per l'evoluzione del concetto di salute, v. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di Biodiritto* - V, R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010; A. SIMONCINI, E. LONGO, Art. 32, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006; M. LUCIANI, *Salute (diritto costituzionale)* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1991; L. MONTUSCHI (1° comma), D. VINCENZI AMATO (2° comma), Art. 32, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 29-34*, Bologna-Roma, 1976.

¹⁷ A. VENTURELLI, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2008, 752; sulla stessa linea S. PATTI, M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986, 23. Ammette anche solo un trattamento farmacologico A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2012, 262. Dell'adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali come «condizione solo eventuale, non necessaria, per la pronuncia di rettificazione [...] di sesso» parla M.C. LA BARBERA, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento chirurgico*, in *Dir. fam.*, 3, 1998, 1033 ss.

¹⁸ La disciplina italiana era successiva alla decisione del 9 marzo 1978 della Commissione della Corte EDU (caso Daniel OostenWijck c. Governo belga), basata su orientamenti legislativi e giurisprudenziali di vari Paesi; una proposta di risoluzione al Parlamento europeo (febbraio 1983) aveva invitato tutti gli Stati a seguire tali orientamenti.

giuridica e sensibilità costituzionale. È significativo il richiamo del Supremo Collegio alla normativa tedesca sul transessualismo: in origine, in base al *TranssexuellenGesetz* (TSG), chi voleva cambiare sesso¹⁹, non accontentandosi del cambio del nome (che richiedeva il solo trattamento ormonale), doveva per forza risultare permanentemente sterile e sottoporsi a un intervento che avvicinasse il più possibile le caratteristiche sessuali a quelle del sesso cui intendeva approdare, fino a quando la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato tali condizioni «impretendibili» (*unzumutbar*)²⁰, poiché contrarie al diritto all'autodeterminazione sessuale e all'integrità fisica della persona²¹. A una conclusione affine era giunto nel 2009 il Tribunale amministrativo federale austriaco, ritenendo «non [...] necessario per un chiaro avvicinamento all'apparenza esteriore dell'altro sesso» l'intervento per eliminare i caratteri sessuali primari²².

La stessa Corte EDU aveva da poco ribadito come richiedere la sterilità della persona in transito – magari ottenuta mediante intervento chirurgico – fosse contrario al diritto alla vita privata e familiare, nonché al diritto alla salute²³. Lo aveva concluso, tra l'altro, valutando testi di livello europeo e internazionale (elaborati in seno al Consiglio d'Europa²⁴, al Parlamento europeo²⁵ e all'ONU²⁶), nonché

¹⁹ Si precisa che con l'espressione «cambio/cambiamento di sesso» ci si riferisce solo alla rettificazione anagrafica del sesso, nell'evidente impossibilità di intervenire sul patrimonio genetico del soggetto.

²⁰ La Corte riferisce la decisione al 2008, ma in quell'anno il *BundesVerfassungsgericht* si è pronunciato – BVerfG, 1 BvL 10/05, in *Genlus*, 1, 2014, 184-195 – contro la legittimità costituzionale della disposizione (TSG, § 8, abs. 1, nr. 2) che richiedeva l'assenza di vincolo nuziale per accedere alla *grosse losung* (la rettificazione anagrafica del sesso), costringendo di fatto al divorzio la persona sposata che voleva cambiare sesso. È invece dell'11 gennaio 2011 l'ordinanza – BVerfG, 1 BvR 3295/07, in *Genlus*, 1, 2014, 196-207 – che dichiara incostituzionali le disposizioni (TSG, § 8, abs. 1, nr. 3-4) che prevedevano come requisiti della *grosse losung* l'infertilità e «un'operazione chirurgica di trasformazione [degli] attributi sessuali esteriori, con cui sia stato raggiunto un chiaro avvicinamento al quadro morfologico dell'altro sesso». Sulle pronunce v. F. SAITTO, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*, in *Genlus*, 1, 2014, 64-77, spec. 70-73; S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino, 2013, 155-176, spec. 167 ss.; L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione*, cit., 27 ss.

²¹ Ciò, peraltro, nella particolare fattispecie di un soggetto transessuale dall'orientamento omosessuale che voglia registrare un'unione civile (non volendo, evidentemente, avvalersi dell'istituto matrimoniale) ma, per farlo, debba per forza ottenere il cambio di sesso alle condizioni ricordate, ritenute dal giudice costituzionale irragionevoli. Da una parte, l'intervento chirurgico di riassegnazione del genere lede gravemente l'integrità fisica, può prevedere rischi per la salute ed effetti collaterali per chi lo subisce, non è indicato in tutti i casi di transessualismo e comunque non è necessario per accertare la natura permanente del transito, dunque non può essere preteso; dall'altra parte, se pure è legittimo l'obiettivo del legislatore di evitare che soggetti maschi per l'anagrafe diano alla luce figli o che un concepimento sia provocato da chi anagraficamente è femmina, ha un maggior peso il diritto delle persone transessuali ad autodeterminare la propria sessualità e a tutelare la propria identità fisica (e la rarità del fenomeno del transessualismo evita che siano frequenti discrepanze tra sesso anagrafico e il ruolo di persona fecondatrice/gravida).

²² VWGH Zl., 2008/17/0054-8, 27 febbraio 2009, http://www.transx.at/Dokumente/VwGH_Feb09_Zi_2008_17_0054.pdf (ultima consultazione 17 agosto 2015).

²³ Corte EDU, sez. II, Y.Y. c. *Turchia*, n. 14793/08 (10 marzo 2015), <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-152779> (ultima consultazione 17 agosto 2015).

²⁴ Il riferimento è alla Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del 31 marzo 2010 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sulle misure contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere (che pone in primo piano il riconoscimento giuridico integrale del cambio di sesso, invita a rivedere le procedure dello stesso per sopprimere richieste «sproporzionate», con riferimento pure all'intervento

le disposizioni vigenti in vari Paesi aderenti al Consiglio d'Europa: in quelle norme si fa strada sempre più la non necessità della sterilità o dell'intervento di riassegnazione chirurgica del sesso come requisito della rettificazione anagrafica²⁷, in attuazione della tutela del diritto alla salute e alla vita privata, prevalente su altri interessi in gioco.

Dopo l'inquadramento normativo europeo e internazionale, la sentenza analizza le disposizioni italiane in vigore, sostenendo correttamente che esse non richiedono lo stato libero del soggetto o la sua sterilità²⁸, ma solo «modificazioni dei caratteri sessuali» (art. 1, legge n. 164/1982), senza precisazioni²⁹; il loro adeguamento chirurgico va autorizzato «quando risulta necessario» (art. 3, legge n. 164/1982, ora art. 31, comma 4, d.lgs. n. 150/2011). Giustamente per la Suprema Corte, a differenza di quanto prevedevano le discipline originarie di Germania e Austria, la lettera del combinato disposto non svela precondizioni («limitazioni normative preventive») al riconoscimento del diritto ad ac-

chirurgico, e raccomanda di limitare i trattamenti ormonali o chirurgici necessari al riconoscimento del cambio di sesso a quelli «strettamente necessari», alla Risoluzione 1728 (2010) del 29 aprile 2010 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio sullo stesso tema (preso atto delle condizioni discriminatorie che le persone transessuali vivono in vari Paesi, gli Stati membri sono invitati a garantire i loro diritti, a rettificare il sesso anagrafico senza l'obbligo della previa sterilizzazione o di altre procedure, compresa l'operazione di riattribuzione del sesso) e a due documenti del Commissario ai diritti umani del Consiglio, *Diritti umani e identità di genere* (29 luglio 2009) e il rapporto *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere in Europa* (2011). Entrambi raccomandano di cessare di subordinare il riconoscimento della (nuova) identità di genere a un obbligo di farsi sterilizzare e sottoporsi ad altri trattamenti medici (2009), che possono «attentare gravemente» all'autodeterminazione, alla salute o al benessere della persona (2011).

²⁵ Si tratta della Risoluzione del Parlamento europeo n. 1117 del 12 settembre 1989, sulla discriminazione dei transessuali: gli Stati sono stati invitati, tra l'altro, a emanare disposizioni che regolino il diritto dei transessuali al cambiamento di sesso, sotto l'aspetto endocrinologico, chirurgico-plastico ed estetico e ne vietino la discriminazione.

²⁶ V. il rapporto *Leggi e pratiche discriminatorie e atti di violenza sulle persone in ragione del loro orientamento sessuale o della loro identità di genere*, sottoposto il 17 novembre 2011 dall'Alto Commissario ONU per i diritti umani al Consiglio per i diritti umani. In vari Paesi il cambio di sesso è condizionato, anche solo implicitamente, alla sterilizzazione e in certe realtà si chiede lo stato civile libero (forzando al divorzio chi è sposato); agli Stati si raccomanda di facilitare il riconoscimento giuridico del cambio di genere e il rilascio dei nuovi documenti.

²⁷ Accanto agli Stati che già non avevano la sterilità o il trattamento (anche ormonale) come requisito per il cambio di sesso (Croazia, Regno Unito, Portogallo), la sentenza cita il caso noto della Germania (pure l'Austria è inserita nell'elenco precedente, ma dell'intervento del VwGH si è detto prima), oltre ai Paesi in cui si richiede che la persona in transito abbia sì ricevuto cure mediche per abbinare certe caratteristiche fisiche a quelle del sesso desiderato, senza però che la sterilità – anche a seguito di intervento – sia un requisito (Spagna, Irlanda e Islanda). Quanto agli altri Stati europei in cui, invece, per la rettificazione anagrafica di sesso di fatto è una precondizione il sottoporsi a interventi intrusivi che provocano la sterilità, la Camera della Corte EDU segnala come di recente si siano registrati cambiamenti nella pratica o nella legislazione: cita gli esempi della Svizzera (l'Ufficio federale dello stato civile nel 2012 ha chiesto alle autorità cantonali di non pretendere, come precondizione per il cambio di sesso, un intervento chirurgico che porti alla sterilità o la costruzione dei genitali del sesso opposto), della Svezia (dal 2013 la sterilità non è più un requisito) e dei Paesi Bassi (dal 1° luglio 2014, per il nuovo testo del codice civile, non occorrerebbero più la sterilità o la riassegnazione chirurgica del sesso, purché la richiesta sia giustificata sul piano medico e psicologico).

²⁸ Ritene invece che «[a]l diritto non interess[i] tanto che le neodonne o i neo-uomini appaiano all'osservazione tali, quello che importa è che siano sterili» F. BILOTTA, *Transessualismo*, cit., 760 (v. anche A. COSTANZO, *Stato civile, in Il diritto privato nella giurisprudenza, La famiglia. Le persone*, I, agg., Torino, 2008, 67).

²⁹ Nota giustamente la Corte che nel 1982 era nota da molto tempo la distinzione tra caratteri sessuali primari e secondari: l'assenza di ulteriori specificazioni non è dunque accidentale e dev'essere interpretata con attenzione.

quisire il sesso desiderato. Richiamando poi la collocazione del diritto all'identità di genere tra i diritti inviolabili (legati alla dimensione della dignità personale e allo sviluppo della persona, ex art. 2 Cost.) fatta all'inizio della parte motiva, per il collegio le disposizioni vanno interpretate dando la prevalenza a tale diritto rispetto all'interesse pubblico alla chiara identificazione dei generi e delle relazioni giuridiche: per un adeguato bilanciamento tra le due istanze³⁰, si ritiene sufficiente accertare in modo rigoroso la definitività della scelta del transito (si vedrà in che termini), senza che ciò sconfini in «trattamenti ingiustificati e discriminatori».

Non c'è dunque spazio per una lettura univoca del testo che obblighi a intervenire sui caratteri sessuali primari, come ritenuto dalla Corte d'appello di Bologna. Da una parte, il riferimento (nell'art. 1 della legge) alla modificazione dei caratteri sessuali *tout court*, senza precisazioni, non può comportare la necessità di operare comunque sui caratteri primari: l'esperienza delle persone in transito (a prescindere dal loro approdo) mostra che gli interventi sui caratteri secondari – i trattamenti ormonali e le operazioni chirurgiche necessarie nei singoli casi – non sono un *quid minoris*, ma sono molto incisivi (e invasivi); anche in ragione di questo si valuta caso per caso la necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri primari.

Dall'altra parte, la Suprema Corte critica la lettura storica e «originalista» delle disposizioni fatta dal giudice di seconde cure: la sua staticità è contraria allo spirito dinamico di una «civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori [...] della persona umana», espresso dalla sentenza n. 161/1985 della Consulta. Limitare il senso dell'inciso «quando risulti necessario» alle ipotesi in cui il richiedente abbia già provveduto all'adeguamento senza autorizzazione (magari prima che la legge entrasse in vigore) o esso non occorra per ragioni congenite, secondo il giudice di legittimità, toglie ogni significato attuale all'espressione e la priva di «efficacia prescrittiva», perché non considera i casi in cui il soggetto non può sottoporsi a intervento ai caratteri sessuali primari³¹, dunque è inconcepibile che una norma lo imponga, anche in astratto.

3. In particolare, il bilanciamento tra diritto all'identità sessuale, tutela dell'integrità psico-fisica e certezza delle relazioni giuridiche

Il Supremo Collegio è meno *tranchant* nel valutare il bilanciamento tra il diritto del singolo a non ve-

³⁰ Bilanciamento che parte della letteratura ritiene alla base pure dell'autorizzazione all'intervento di riassegnazione del sesso: R. ROMBOLI, *Art. 5*, in F. GALGANO (a cura di), *Comm. Scialoja e Branca – Delle persone fisiche, artt. 1-10*, Bologna-Roma, 1988, 225 ss. (spec. 266); anche quel bilanciamento appare «diseguale», prevalendo l'interesse del singolo (v. P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, cit., 20 ss. e 70 ss.). Per altri autori (B. PEZZINI, *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, in G. VIDAL MARCÍLIO POMPEU, F. FACURY SCAFF (org.), *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Florianópolis/SC, Brazil, 2012, 327 ss.; della stessa idea A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 55-56), invece, se la certezza delle relazioni giuridiche pare già tutelata dalla previsione della sentenza di rettificazione di sesso (che verifichi l'effettuazione dell'intervento autorizzato e la "continuità" del soggetto, a dispetto del cambio di nome e sesso), l'autorizzazione proteggerebbe gli interessi del soggetto in transito, garantendo la consapevolezza della persona e ponendo le basi per l'aspettativa di veder accolta la domanda di rettificazione a transito compiuto.

³¹ Nei transiti FtM, per dire, non sempre è possibile la falloplastica per la frequenza di crisi di rigetto e problemi urogenitali: per i giudici è sufficiente asportare l'utero e ridurre il seno (F. BILOTTA, *Transessualismo*, cit., 762).

dere sacrificata la sua integrità psico-fisica con un intervento invasivo (avendo già modificato in modo «significativo se non irreversibile» i propri caratteri sessuali secondari) e il citato interesse dell'ordinamento a una chiara individuazione dei generi e alla certezza delle relazioni giuridiche. La sentenza riconosce questi interessi pubblici e, parlando espressamente di «distinzione tra i generi», sbarra poco implicitamente la porta al riconoscimento di un *tertium genus* che combini caratteri sessuali (primari e secondari) maschili e femminili, fatto che produrrebbe conseguenze sul piano dei rapporti matrimoniali e di filiazione³²; i giudici di legittimità, però, non concordano con la valutazione fatta dalla Corte d'appello di Bologna, comunque a favore della certezza dei rapporti giuridici, anche qualora (come in questa vicenda) l'incisività dei mutamenti dei caratteri secondari sia stata certificata dalle consulenze tecniche.

Per arrivare a tale conclusione, la Suprema Corte si confronta con le più recenti acquisizioni di medicina e psicologia in tema di cambiamento di sesso: anch'essa è chiamata, nel ruolo di giudice di legittimità, a valutare «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero»³³. Ogni giudice è chiamato a confrontarsi coi dati scientifici e le conclusioni che se ne possono trarre – anche attraverso l'affidamento a *periti materiae* – per risolvere le questioni che di volta in volta deve affrontare (e alle quali non può sottrarsi)³⁴; alcuni organi, però, hanno il compito di farlo in un modo particolare, concorrendo tra l'altro a evitare che la combinazione soggettiva tra «scienza» e «coscienza» si trasformi in arbitrio individuale³⁵. Da un lato, la Corte costituzionale scruta la ragionevolezza delle norme con un sindacato «scientificamente orientato» (verificando se, nella sua discrezionalità, il legislatore sia stato consapevole dello «stato dell'arte» in ambito tecnico-scientifico, agendo in sintonia con esso)³⁶;

³² V. l'ultimo paragrafo e già ora A. D'ALOIA, *Il "terzo" sesso*, in www.forumcostituzionale.it, 2014 (26 aprile).

³³ Parole tratte da Corte cost., 20-27 luglio 1995, n. 414.

³⁴ Così G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2004, 411-438 (spec. 412-418). Va ricordato che l'atteggiamento dei giudici nei confronti dell'opinione degli scienziati e della valutazione delle prove scientifiche ha subito col tempo significativi cambiamenti, passando da un rispetto deferente di ciò che è generalmente accettato dagli scienziati alla convinzione di dover avere l'ultima parola sulla valutazione delle «prove» di natura scientifica, condotta attraverso vari criteri, compreso il consenso generale della comunità scientifica. La dinamica, osservata specie negli Stati Uniti – v. le sentenze *Frye* (1923) e *Daubert* (1993) della Corte Suprema – emerge bene in S. JASANOFF, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, Cambridge (MA), 1995, 61-68 (trad. it. *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001) e M. TALLACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile*, in *Notizie di Politeia*, 2003, 83-94 (spec. 84-88). A monte, peraltro, rileva l'intero rapporto tra scienza e diritto: v. la riflessione elevata di L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2001, 1 ss.

³⁵ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 438; ripreso pure da R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014, 47-48.

³⁶ V. A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Milano, 2011, 17-49, spec. 17-21. Sul rapporto tra scienza e decisioni della Consulta v. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 1-22 (nello stesso volume v. M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, 23-30; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, 31-93; G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto*, 237-265). V. pure G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; G. VACCARI, *I fatti scientifici nella Giurisprudenza Costituzionale. Il caso del diritto alla salute* (Tesi di dottorato di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara, Ciclo XXI), 2009, 96 ss., spec. 110 ss.

dall'altro, alla Corte di cassazione, per la sua posizione al vertice della giurisdizione ordinaria e la funzione nomofilattica attribuitale, tocca da tempo uno sforzo decisivo nell'indagare la rispondenza delle disposizioni alle conoscenze scientifiche (potendo investire la Consulta in caso di dubbi di costituzionalità rispetto al diritto alla salute) e, a monte, nel cercare un'interpretazione "costituzionalmente e scientificamente orientata" dei testi di legge.

Anche su tali basi, per la Suprema Corte il giudice di seconde cure non ha colto l'intreccio tra autodefinizione del soggetto e ricorso ai trattamenti medico-psicologici nel transito: il legame emerge ben inquadrando la fattispecie. Ora la condizione transessuale è qualificata come «disforia di genere», una distanza persistente (e foriera di disagio) tra il genere percepito dal soggetto e quello che altri gli assegnerebbero³⁷: chi la avverte ha bisogno di compiere «un percorso soggettivo di riconoscimento di questo primario profilo dell'identità personale», un *iter* lungo e segnato da adeguamenti delle «caratteristiche somatiche ed ormonali originarie». Il processo teso a ricongiungere «soma e psiche» è inevitabilmente soggettivo: provare a generalizzarlo, ritenendo che si compia sempre con l'intervento chirurgico (ai caratteri sessuali primari, s'intende), senza considerare i tratti del caso singolo, è un errore.

All'entrata in vigore della legge n. 164/1982, in effetti, si credeva che il cambiamento di sesso richiedesse il «mutamento dei caratteri anatomici», ma per la Corte di cassazione negli ultimi vent'anni si è avuto un graduale sviluppo della scienza medica e psicologica e in Europa è cresciuta una «cultura dei diritti delle persone», sensibile alle «libertà individuali e relazionali» della vita privata e familiare. Le persone transessuali hanno potuto scegliere un processo medico-psicologico «più coerente con il personale processo di mutamento dell'identità di genere»: un *iter* in cui la riattribuzione chirurgica di sesso non apparisse come (sola e forzata) via d'uscita dalla sofferenza legata al permanere dell'organo genitale del genere rifiutato, superando le riflessioni sul punto della sentenza n. 161/1985 della Consulta.

Sono ancora valide, invece, le parti della decisione che riconoscevano alla legge n. 164/1982 il fine di garantire «a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, [...] aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale». Sono affermazioni in linea col dettato dell'art. 2 Cost. in tema di diritti inviolabili della persona (compreso quello all'identità sessuale e di genere) e di doveri comunitari di solidarietà.

Non stupisce che, per la Suprema Corte, il compimento dell'*iter* di transito, anche ove manchi l'intervento di demolizione chirurgica, sia «il risultato di un'elaborazione sofferta e personale della propria identità di genere», realizzata con l'ausilio dei trattamenti medici e psicologici più idonei per le condizioni del singolo: questo genera almeno due riflessioni. *In primis*, detta elaborazione dell'identità che dalla sofferenza porta al benessere è molto legata all'idea di salute, sancita come diritto ex art. 32 Cost. e configurata nella sua versione ampia di «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale»³⁸: essa dipende a sua volta da come ciascuno percepisce la propria condizione, nel

³⁷ Cfr. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Fifth Edition – DSM-5*, Arlington (VA), 2013, 451-459 (*Gender Dysphoria*).

³⁸ V. il primo principio dell'atto di costituzione dell'OMS (New York, 22 luglio 1946): «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity». Per un

concorso di più fattori interni ed esterni al soggetto.

D'altronde, poiché – nota la sentenza – l'elaborazione dell'identità di genere e il diritto a vederla rispettata (ex art. 2 Cost.)³⁹ attengono allo «sviluppo della personalità individuale e sociale», presuppongono alla base⁴⁰ una costante interazione tra apparenza fisica, percezione di sé e relazione con la società e le sue norme comportamentali in tema di sessualità: sono questi i formanti dell'identità di genere. Ciò è consolidato da tempo nei *gender studies* e merita di avere spazio nel ragionamento giuridico: le valutazioni dei giudici devono tenere presente che genere e identità di genere sono frutto di una costruzione sociale a molte mani e in continua evoluzione, per cui un comportamento risulta più o meno “appropriato” in base alle aspettative sociali ricollegate nel tempo all'appartenenza a un sesso⁴¹. Anche sulla base di tali meccanismi, una persona può avvertire una disforia di genere, iniziare il cammino di transito e, per quanto rileva qui, ritenerlo più o meno concluso a seconda del grado di elaborazione ed equilibrio raggiunti.

Tenendo presente questo, nel bilanciamento tra il diritto del singolo al cambio di sesso (anche senza intervento sui caratteri primari, a tutela dell'integrità psico-fisica) e l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche, la Corte trova un punto di equilibrio, non impiegando un criterio di preminenza delle istanze, ma applicando il principio di proporzionalità, così come elaborato dalla Corte EDU ex art. 8 CEDU, per determinare fin dove può spingersi l'ingerenza statale quando sia in gioco il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁴². In questo caso, occorre capire in che misura i diritti della persona (all'identità di genere e alla tutela della salute) si possono sacrificare per garantire la distinzione dei generi e la certezza delle relazioni.

impiego recente del concetto ampio di salute nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., 9 aprile - 10 giugno 2014, n. 162.

³⁹ Diritto che nel 1979 la Consulta non aveva riconosciuto (Corte cost., 12-26 luglio 1979, n. 98): nessuna norma costituzionale identificava come diritto umano inviolabile «quello di far [...] registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica»; lo stesso art. 2 Cost. era visto dalla Corte «come “catalogo chiuso” che esaurisce i diritti della persona», rilevando solo i diritti inviolabili previsti da altre norme costituzionali (e quelli «necessariamente conseguenti» a questi). V. A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 30-31, che pure riconosce l'apertura del giudice delle leggi sulla libertà sessuale del singolo, sulla (non il)liceità della riassegnazione chirurgica di sesso e sull'opportunità di un intervento legislativo (pur richiamando i «relativi limiti in ordine al matrimonio» leggibili nella Carta).

⁴⁰ Come messo in luce anche dalla difesa del richiedente.

⁴¹ Cfr. C. WEST, D.H. ZIMMERMAN, *Doing Gender*, in *Gender and Society*, 2, 1987, 125-151. Tra gli apporti più interessanti, v. quelli della scuola etnometodologica in sociologia (spec. H. GARFINKEL, *Passing and the Managed Achievement of Sex Status in an Intersexed Person*, in Id., *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs (NJ), 1967, 118-40, trad. it. Agnese, Roma, 2000; più di recente v. S.J. KESSLER e W. MCKENNA, *Gender: An Ethnomethodological Approach*, New York, 1978; J. HERITAGE, *Garfinkel and Ethnomethodology*, Cambridge, 1984; G. FELE, *Etnometodologia*, Roma, 2002; R. SASSATELLI, *Esperienze, racconti, identità. Riflessioni sul cross-genderismo*, in L. MUZZETTO e S. SEGRE, *Prospettive sul mondo della vita*, Milano, 2005, 261-282) e quelli di figure chiave del femminismo, spec. S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe*, Paris, 1949, trad. it. *Il secondo sesso*, Milano, 1961; J. BUTLER, *Sex and Gender in Simone de Beauvoir's Second Sex*, in *Yale French Studies (Simone de Beauvoir: Witness to a Century)*, 72, 1986, 35-49 e Id., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, 1990, per la teoria di performatività dei generi.

⁴² La sentenza cita come recente applicazione del principio Corte EDU, sez. II, *Godelli c. Italia*, n. 33783/09 (25 settembre 2012), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114323> (ultima consultazione 19 agosto 2015). V. pure Corte EDU, Grande Camera, *Evans c. Regno Unito*, n. 6339/05 (10 aprile 2007); *Vo c. Francia*, n. 53924/00 (8 luglio 2004); *Odièvre c. Francia*, n. 42326/98 (13 febbraio 2003); *Goodwin c. Regno Unito*, n. 28957/95 (11 luglio 2002).

Per il Supremo Collegio, pur essendo soggettivo il percorso di transito⁴³, medicina e psicologia concordano nel ritenere «tendenzialmente immutabile» la scelta di chi vuol cambiare sesso, sui piani della percezione soggettiva e dell'adeguamento dei caratteri sessuali secondari. La Corte di cassazione ritiene così condizione necessaria e sufficiente «un accertamento rigoroso» del compimento dell'*iter* di transizione: dalla documentazione sui trattamenti praticati al richiedente devono emergere le modifiche ai caratteri secondari, dalle CTU deve risultare «l'irreversibilità personale» della scelta di mutare sesso (per cui il soggetto, convinto, non cambierà idea).

Quand'è così, per i giudici non si può sacrificare il diritto all'integrità psico-fisica (obbligando ad adeguare i caratteri sessuali primari perché soma e psiche si ritengano riavvicinati) in nome dell'interesse alla certezza dei generi: esso, anche per la «dimensione [...] numericamente limitata del transessualismo», non è a rischio ove il singolo percorso d'acquisizione della nuova identità di genere prescinda dall'intervento, purché il cammino sia serio, univoco e se ne accerti il compimento con rigore. A tali condizioni, pare «del tutto coerente coi principi costituzionali e convenzionali» un'interpretazione che non imponga di intervenire chirurgicamente sui caratteri sessuali primari, dando senso all'inciso «quando risulti necessario».

4. Conclusioni

Il bilanciamento proposto dalla Suprema Corte appare convincente, specie nella prospettiva di centralità sempre maggiore dei diritti nella nostra civiltà giuridica. L'interpretazione della Corte di cassazione pone al centro l'idea di persona, mosaico complesso e dinamico di sensazioni, rapporti ed esperienze che meritano l'attenzione dell'ordinamento; la decisione sfugge all'impronta paternalistica che a lungo ha caratterizzato l'approccio al transessualismo⁴⁴ (senza dissolversi) e sembra ricostruire la legittimazione scientifica⁴⁵ delle disposizioni applicabili alla fattispecie, mentre delegittima la tesi per cui l'intervento sui caratteri primari sarebbe «un obbligo, un onere per la persona che intende concludere il percorso di modifica»⁴⁶.

Pare irrealistico sollevare timori di una messa in discussione del binarismo maschio/femmina, sul presupposto che – come si è letto in alcuni siti – «per cambiare sesso/genere sulla carta d'identità, ora non serve nemmeno l'intervento chirurgico». La sentenza è chiara nel chiedere che l'univocità e irreversibilità dell'*iter* di transito, nonché la sua compiutezza anche senza adeguamento dei caratteri sessuali primari, siano accertate rigorosamente: questo impedisce di generalizzare lo schema “transito senza intervento” (anche perché la nuova identità di genere si è comunque “incarnata” nel corpo con gli interventi ai caratteri secondari)⁴⁷. Di più, la Corte di cassazione precisa che il transessualismo

⁴³ Per la Corte la varietà del percorso non testimonia la sua facilità, ma la complessità delle scelte sottostanti del singolo, la sua maturazione di lungo periodo e l'impossibilità di cristallizzare il processo in «protocolli e trattamenti modificativi generali e adeguati a qualsiasi situazione individuale».

⁴⁴ Lo mette in luce A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 94-98.

⁴⁵ Il concetto riprende A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie*, cit., 569-584.

⁴⁶ A. LORENZETTI, *ult. op. cit.*, 66.

⁴⁷ Per garantire alla persona transessuale una scelta davvero informata sulla decisione di intervenire chirurgicamente per rimuovere i caratteri sessuali primari, tuttavia, si deve dare un quadro completo dal punto di

ha una «dimensione tuttora numericamente limitata», dunque rappresenta un'eccezione contenuta e accettabile al principio di certezza delle relazioni, in nome del principio di proporzionalità e della crescente tutela per i valori della persona «anche nelle situazioni minoritarie e anomale», riconosciuta dalla Consulta nel 1985.

Obiettivamente si deve ammettere che la decisione della Corte di cassazione presenta qualche profilo critico, legato soprattutto all'uso di espressioni che lasciano pur sempre un margine di soggettività a chi giudica, con riferimento ad esempio alla scelta «tendenzialmente immutabile» di chi desidera cambiare sesso e all'«accertamento rigoroso» del compimento del transito. Anche sulla scorta della sentenza in commento, i giudici che in futuro (a partire dai giudizi pendenti) saranno chiamati a pronunciarsi su casi analoghi di transizione dovranno prestare attenzione tanto ai quesiti da sottoporre ai consulenti tecnici d'ufficio – il cui ruolo diventa davvero imprescindibile – quanto alle conclusioni da trarre dalle consulenze. La pronuncia annotata ritiene compiuto il transito (anche) a fronte di «un quasi completo azzeramento dell'attività testicolare», in difformità da quanto deciso in secondo grado ma in sostanziale consonanza con le conclusioni dei CTU. Posto che una concentrazione sierica di testosterone pari a zero è difficile da raggiungere⁴⁸, dal punto di vista clinico si considera indice di un transito soddisfacente una concentrazione dell'ormone ridotta ai livelli osservabili in soggetti di sesso femminile (inferiori a 0,6 ng/ml)⁴⁹: il giudice, pur mantenendo il ruolo di *peritus peritorum*, dovrebbe a quel punto affidarsi alle conclusioni dei consulenti tecnici da lui nominati e decidere sulla base di esse, potendosi scostare dal loro contenuto ove ritenesse l'accertamento clinico non sufficientemente rigoroso (motivando la valutazione in modo non superficiale).

Il Supremo Collegio mostra comunque di trattare con attenzione e sensibilità, come fa da anni⁵⁰, le questioni relative ai diritti della persona, offrendo spunti di «apertura» di portata perfino superiore a

vista medico. È acclarato, come si è detto, che la castrazione chirurgica è un evento definitivo che comporta una menomazione «grave e irreversibile»; l'ovariectomia (rimozione delle gonadi femminili), tra l'altro, è più impegnativa rispetto all'orchietomia (rimozione dei testicoli) e presenta un tasso di morbidità non trascurabile. Proprio la rimozione degli organi riproduttivi, però, semplifica molto la terapia farmacologica, che diviene solo «sostitutiva» (per portare gli ormoni del sesso cui si vuole appartenere al livello desiderato), senza che ci sia bisogno di somministrare sostanze «antagoniste» degli ormoni naturalmente presenti e divenuti indesiderati. Ciò è importante soprattutto nelle transizioni MtF, perché bloccare gli ormoni androgeni (che, pur se in piccola quantità, vengono comunque prodotti) è essenziale per ottenere risultati estetici apprezzabili, in particolare dal punto di vista dei peli: quel blocco però richiede l'impiego di farmaci (soprattutto antiandrogeni in dosi elevate) il cui profilo rischi-benefici presenta importanti effetti avversi potenziali ed è ben poco definito per i trattamenti a lungo termine. Per approfondire v. M.C. MERIGGIOLA, E.A. JANNINI, A. LENZI, M. MAGGI, C. MAINERI, *Endocrine treatment of transsexual persons: an Endocrine Society Clinical Practice Guideline: commentary from a European perspective*, in *European Journal of Endocrinology*, 5, 2010, 831-833; E. MOORE, A. WISNIEWSKI, A. DOBS, *Endocrine Treatment of Transsexual People: A Review of Treatment Regimens, Outcomes, and Adverse Effects*, in *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, 2003, 8, 3467-3473; H. ASSCHEMAN, L.J.G. GOOREN, P.L.E. EKLUND, *Mortality and Morbidity in Transsexual Patients With Cross-Gender Hormone Treatment*, in *Metabolism*, 9, 1989, 869-873.

⁴⁸ Se non altro perché, oltre ai testicoli, possono produrre testosterone – sia pure in quantità assai minore – anche le ghiandole surrenali.

⁴⁹ V. C. AYALA, E. STEINBERGER, K.D. SMITH, L.J. RODRIGUEZ-RIGAU, S.M. PETAK, *Serum Testosterone Levels and Reference Ranges in Reproductive-Age Women*, in *Endocrine Practice*, 6, 1999, 322-329 (qui il parametro è anche più restrittivo, ritenendo che il testosterone nella donna debba avere concentrazione sierica inferiore a 0,5 ng/ml).

⁵⁰ Sull'evoluzione del ruolo della Suprema Corte e del suo rapporto con la Consulta v. E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2013, 45 ss.

quelli della Corte costituzionale sugli stessi temi⁵¹. Questa sentenza è un nuovo passo nel cammino della civiltà giuridica «in evoluzione» e alimenta il rapporto «circolare» di reciproca costruzione tra diritto e genere⁵²; altre situazioni richiedono però l'impegno del legislatore⁵³, come il «divorzio imposto»⁵⁴, mancando la regolazione – chiesta dalla Consulta con la sentenza n. 170/2014 – della «forma di convivenza registrata» a disposizione della coppia il cui matrimonio è stato sciolto per la rettificazione anagrafica di sesso di uno dei due coniugi.

Le considerazioni fatte *supra*, anche sull'oggettiva limitata estensione soggettiva della fattispecie considerata, dovrebbero bastare a non far temere che, almeno in questo caso, al riconoscimento di un diritto possano seguire indesiderabili «effetti collaterali». È comunque giusto dire che, benché i nuovi diritti siano un'occasione di crescita per la società, questo non significa che ogni istanza o rivendicazione che ciascuno (legittimamente) ha debba trasformarsi in diritto, per di più fondamentali. Gli strumenti preziosi, come i diritti, non vanno trattati con parsimonia (è un peccato disporre di mezzi efficaci e non usarli), ma con cura si⁵⁵: se sono inflazionati possono svuotarsi di significato, con danno per tutti⁵⁶; se ne nascono troppi o sono costruiti in modo isolato, nell'espandersi rischiano di intralciarsi⁵⁷ o «divorarsi» tra loro⁵⁸.

Di certo, però, tutto questo è stato considerato anche dalla Corte di cassazione, che si è pronunciata ben sapendo che il diritto all'identità di genere e al cambio di sesso non è sorto «a semplice richiesta» e non è frutto di un capriccio, ma di bisogni e sofferenze che hanno richiesto (troppo) tempo per essere riconosciuti e ricevere una risposta adeguata.

⁵¹ V. le sentt. nn. 2400/2015 (mancata estensione del regime matrimoniale alle unioni omosessuali), 20385/2012 (assegnazione di un nome ritenuto non corrispondente al sesso) e 21748/2007 (disattivazione di nutrizione e idratazione al paziente in prolungato stato vegetativo permanente), emesse dalla I sezione civile, con i collegi presieduti da Maria Gabriella Luccioli: lo stesso vale per Cass., sez. I civ., (ord.) 12 febbraio - 6 giugno 2013, n. 14329 (in *Genlus*, 1, 2014, 159-169), alla base di Corte cost., n. 170/2014. Sull'ordinanza v. i contributi ospitati nel n. 1/2014 di *Genlus*, spec. B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettificazione di sesso*, 21-39; P. VERONESI, *Il "caso Bernaroli" alla Corte costituzionale: ancora un bivio sul tema dell'eterosessualità del matrimonio*, 48-57; A. LORENZETTI, *Quali possibili risposte della Corte di fronte ad un "incerto del mestiere di vivere"?*, 58-63.

⁵² Cfr. B. PEZZINI, *Implicito ed esplicito*, cit., 202.

⁵³ La tutela della salute delle persone transessuali resta un ambito delicato, non solo in Italia: sulle disuguaglianze subite dai pazienti LGBT negli USA, v. H. DANIEL, R. BUTKUS (Health and Public Policy Committee of the American College of Physicians), *Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Health Disparities: Executive Summary of a Policy Position Paper From the American College of Physicians*, in *Annals of Internal Medicine*, 2, 2015, 135-137.

⁵⁴ V. anche B. PEZZINI, *Del sesso, del genere e del "mestiere di vivere": cosa c'è di nuovo nella questione dello scioglimento automatico del matrimonio della persona transessuale che ha ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso*, in *Studi Rossano*, Napoli, 2013, vol. II, 733-753 e Id., *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010, spec. 8 ss.

⁵⁵ Non si dimentichi che al diritto di qualcuno deve corrispondere il dovere di chi (con la sua azione/astensione) è chiamato a concretizzare quel diritto: se il dovere resta inadempito e non c'è chi lo fa rispettare, il diritto non serve. V. soprattutto A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005, 33-34.

⁵⁶ V. A. D'ALOIA, *Il "terzo" sesso*, cit. e, prima, R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Rag. prat.*, 14, 2000, 15 ss.; A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 3, 1991, 453 ss.

⁵⁷ V. A. PACE, *Diritti "fondamentali" al di là della costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 3 ss.

⁵⁸ Sul piano filosofico, è stimolante la lettura di A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2, 2000, 3-20.