



La circolazione del sesso della persona: attribuzione, rettificazione, scelte di autonomia*



Francesca Bartolini

Prof. ass. dell'Università Link di Roma

SOMMARIO: 1. Il transessualismo tra legislatori e giudici. – 2. Il transessualismo come fenomeno giuridicamente rilevante. – 3. La rettificazione dell'attribuzione di sesso: biologia, potere pubblico, autonomia privata, resistenza del modello binario. – 4. I diritti della persona trans nei rapporti familiari.

1. Il transessualismo tra legislatori e giudici

Il transessualismo fa registrare una singolare controtendenza del nostro Paese rispetto al più generale contesto mondiale. Se altrove il fenomeno trova una risposta legislativa, qualunque sia la direzione percorsa, in Italia la protezione della persona transessuale è integralmente affidata ai giudici. Il dato, a ben vedere, non deve sorprendere: il diritto delle persone e della famiglia da sempre si è evoluto (o involuto, nella prospettiva conservatrice) per il tramite di sentenze che hanno supplito all'inerzia del legislatore. Un'inerzia non necessariamente colposa, ma più probabilmente comprensibile in ragione della sostanziale impossibilità politica di affrontare temi e problemi su cui il confronto-scontro valoriale raramente fa registrare, nel contesto legislativo, soluzioni accettate e condivisibili da tutte le parti¹.

* Il contributo muove dalla relazione tenuta al convegno *La circolazione dello statuto personale* promosso dalla Societe de Législation Comparée, Section Méthodologie comparée du droit civil, dalla Associazione Civilisti Italiani, dal CIEC, *Commission Internationale de l'État Civil* e dall'Université Côte d'Azur presso la Corte di Cassazione il 19 gennaio 2024.

¹ Non a caso in Italia l'evoluzione del diritto di famiglia è avvenuta, in almeno due occasioni, sulla spinta di referendum popolari; dato che dimostra l'incapacità della mediazione legislativa di approntare discipline per problemi ad alto contenuto valoriale.

Solo così si spiega perché la Corte costituzionale sia stata chiamata a intervenire più volte nel decennio 2014-2024² a determinare passaggi fondamentali per la comprensione e la regolazione del fenomeno, finendo con l'offrire una disciplina che toccherebbe al legislatore confezionare. Solo muovendo da questa constatazione si può comprendere pienamente l'atteggiamento dell'ordinamento italiano di fronte all'aspirazione delle persone transessuali a uno statuto giuridico certo e, sul piano dell'autodeterminazione, idoneo a consentire una piena espressione della libertà individuale.

Sul piano comparatistico, è tuttavia evidente un disallineamento rispetto a quanto accade in altri ordinamenti³.

In questi mesi i legislatori di diversi Stati hanno infatti lavorato – o stanno lavorando – a una disciplina dei diritti della persona transessuale, prendendo posizione sulle questioni centrali di cui si è detto: il diritto ad autodeterminarsi in relazione al proprio corpo, i diritti della persona trans nella famiglia.

In Montana⁴ è da poco stata approvata, tra molte polemiche, una legge che vieta gli interventi farmaceutici e chirurgici per il cambio di sesso ai minori di 18 anni.

In Belgio, dopo che la *Cour constitutionnelle*, nel 2019⁵, aveva dichiarato discriminatori alcuni articoli della legge sulle persone trans nei confronti delle persone non-binarie,

² In ordine cronologico inverso, Corte cost., 23 luglio 2024, n. 143 che dichiara inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 1 della l. n. 164/1982 circa la mancata previsione di un "terzo genere"; Corte cost., 20 giugno 2017, n. 180, sulla rettificazione di sesso non necessariamente subordinata all'intervento chirurgico; Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221; Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 170, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, ove entrambi lo richiedano, di mantenere una relazione familiare giuridicamente riconosciuta. Su tutte vd. *infra*.

³ Un'indagine sui diversi approcci dei sistemi giuridici ai diritti della persona transessuale si trova in SCHERPE (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, 2015.

⁴ Si tratta del *Senate Bill n. 99 – Youth Health Protection Act* –, proposto dal repubblicano John Fuller, approvato dalla Camera il 24 marzo 2023 e firmato dal Governatore il 28 aprile 2023: vieta la somministrazione di farmaci bloccanti per la pubertà, ormoni o interventi chirurgici su adolescenti trans e, negli ospedali psichiatrici, di ormoni somministrati su pazienti con disforia di genere. (Analogo provvedimento della Utah House – SB 16). Il testo della legge può essere reperito qui: <https://leg.mt.gov/bills/2023/billhtml/SB0099.htm>; a livello federale, il H.R. 734 – *Protection of Women and Girls in Sports Act* – proposta dal repubblicano della Florida Greg Steube, esclude le persone trans M2F dalle competizioni sportive femminili.

⁵ È la sentenza n. 99 del 19 giugno, che ha annullato l'art. 3 della legge del 25 giugno 2017 – *Loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets* – reperibile qui: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2017/06/25/2017012964/staatsblad>. Il testo della decisione qui: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2017121509&table_name=wet. Per una sintesi in lingua italiana: L.G. SCIANNELLA, *Diritto all'autodeterminazione e "terzo genere": la Cour constitutionnelle belge si pronuncia sul "Transgender Act"*, in *DPCE on line*, 2019/3, 2295 ss.

In letteratura, per un inquadramento della disciplina dei diritti della persona trans in Belgio,

costringendole a identificarsi nell'uno o nell'altro genere, è al vaglio della Commissione giustizia un disegno di legge per modificare la disciplina in vigore, che punta a eliminare dai documenti la voce relativa al genere di appartenenza.

Anche in Spagna è il legislatore ad aver semplificato, con la recente *Ley trans*⁶ le procedure per la rettificazione dei documenti, eliminando il requisito di una valutazione medica.

In Germania il 12 aprile 2024 il Bundestag ha approvato la legge «sull'autodeterminazione in relazione alla registrazione del sesso» *Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag* (SBBG) n. 20/9049 – per sostituire la *Transsexuellen Gesetz*, (TSG), con cui si consente alle persone di genere non binario di cambiare il sesso registrato all'anagrafe senza dover presentare la doppia perizia medica finora richiesta dalla legge sulle persone transessuali⁷.

In Russia la Duma – la camera bassa del parlamento – ha recentemente approvato in prima lettura un progetto di legge che vieta ai cittadini di Paesi che autorizzano la transizione di genere di adottare bambini in Russia⁸; il divieto riguarda i cittadini di Paesi che consentono «il cambiamento di sesso attraverso interventi medici, compreso l'uso di farmaci, e la modifica del genere nei documenti d'identità»⁹.

Il nostro legislatore non mostra di volersi attivare (in alcuna direzione); le questioni in gioco, tuttavia, sono tali e così delicate da dover indurre l'innescarsi di un dibattito di carattere legislativo: se è difficile oggi immaginare che ciò accadrà a livello nazionale,

può vedersi il contributo di MEIER, MOTMANS, *Trans Laws and Constitutional Rulings in Belgium: The Ambiguous Relations between Sex and Gender*, in *Politics and Governance*, 2020, 242 ss.

⁶ La *Ley trans* è stata approvata il 16 febbraio 2023 – *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI* –, tutti i passaggi e il testo, in lingua spagnola, qui: https://www.congreso.es/ca/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000113.

⁷ «Nichtbinär» – non binario – è la dicitura che sarà possibile adottare. In Germania dal 2011, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale federale, non è più necessario un intervento medico per il cambio di genere documentale; tuttavia, la TSG richiede un passaggio giudiziale che accerti il cambiamento definitivo con il supporto di due consulenti esterni. La proposta di cui al testo contiene una significativa semplificazione, rendendo possibile il cambio documentale con la sola dichiarazione della persona interessata. È previsto che per i minori infraquattordicenni siano i tutori legali a presentare la richiesta, mentre per i maggiori di quattordici anni la richiesta può farsi in autonomia, con il consenso dei tutori; il Tribunale potrà autorizzare, su richiesta del minore, se non c'è l'accordo dei tutori sulla rettificazione, la decisione da prendere sulla base dell'interesse superiore del minore; è interessante che su quest'ultimo punto un sondaggio pubblico sul quesito «*How do you rate the plans of the federal government to be able to change the gender entry yourself from the age of 14 with the consent of the parents?*» mostri una larga maggioranza di forte dissenso (*Definitely right*: 10,6%; *Rather correct*: 11,5%; *Rather wrong*: 10,6%; *Clearly wrong*: 58,9%; *I do not know*: 8,4%).

⁸ Il comunicato stampa è consultabile qui: <http://duma.gov.ru/en/news/60337/>.

⁹ Il progetto di legge è stato approvato in prima lettura con 397 voti a favore e uno solo contrario.

è auspicabile che succeda nel quadro delle istituzioni europee, sì da trattare i diritti della persona transessuale con lo strumento dell'armonizzazione, e mitigare le difformità di vedute che i diversi contesti politici presentano¹⁰, costruendo una 'posizione' comune a livello UE¹¹. Non sembra, tuttavia, che i tempi siano maturi, posto che la dichiarazione per la promozione delle politiche europee a favore delle comunità Lgbtiq+ presentata dalla presidenza di turno belga ai Paesi membri dell'Ue non è stata firmata da nove Stati su 27: 1/3 di Europa ha da compiere ancora passi avanti, e in questo terzo ci siamo anche noi.

2. Il transessualismo come fenomeno giuridicamente rilevante

Il fenomeno del transessualismo è entrato nell'area del giuridicamente rilevante, in Italia, piuttosto presto¹², quarant'anni fa; si sono poi avvicinati importanti cambiamenti nella società, ma anche nelle regole volte a disciplinare la transizione; i mutamenti, o, per meglio dire, le evoluzioni, su questo fronte non si devono però al legislatore, cui va riconosciuto ben poco merito, ma alla giurisprudenza, che ha svolto il ruolo più significativo, cogliendo i suggerimenti non solo della dottrina giuridica – già attenta –, ma anche di una società che cambiava, e inviava – e invia ancora – segnali forti e chiari.

Le vicende giuridiche del transessualismo mostrano un avvincente campo di prova, in cui oggettività e soggettività si fronteggiano consentendo all'osservatore di misurare la sensibilità del diritto civile rispetto al fenomeno della percezione di sé e della libertà di manifestarsi per come ci si sente¹³.

La protezione giuridica della persona transessuale si realizza proprio attraverso la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone trans, ovvero di chi non si identifica – soggettività – con il genere assegnato alla nascita in base ai caratteri sessuali

¹⁰ Un auspicio in questa direzione si legge già in MAUGER-VIELPAU, *Le transsexualisme et le Code civil*, in *Droit de la famille*, 2005, 7.

¹¹ In Russia, a seguito dell'aumento di istanze di riassegnazione di genere per l'arruolamento nel servizio militare, il legislatore sta vagliando una legge per vietare la rettificazione di sesso (vietare quindi anche gli interventi chirurgici volti all'ablazione dei caratteri sessuali maschili), consentendo la rettificazione per i soli casi – identificati da una commissione medica di nomina governativa – di intersessualità. Vd. <https://www.kommersant.ru/doc/5967009?tg>.

¹² Salvatore Patti segnalò la prontezza del legislatore italiano, che intervenne sulla disciplina della rettificazione del sesso nei registri dello stato civile dopo solo Svezia e Repubblica Federale Tedesca. Cfr. S. PATTI, WILL, *La "rettificazione di attribuzione di sesso": prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 729 ss., 734.

¹³ Pubblico e privato si confrontano su diversi piani: pubblico l'interesse dell'ordinamento a determinare e assegnare il sesso alla persona, per identificarla nel contesto sociale; individuale – ma di rilevanza pubblicistica – è l'interesse, di natura soggettiva, della persona ad affermare la propria identità sessuale e a vederla riconosciuta nel senso del sesso cui sente di appartenere. Su questo vd. ancora S. PATTI, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 335 ss., 336.

primari – oggettività – e intende manifestarsi e relazionarsi secondo un paradigma diverso da quello assegnato¹⁴.

In un contesto socio-culturale ancora complesso come quello italiano¹⁵, in cui restano (troppo) ampi spazi per una confusione terminologica – e dunque concettuale –, con sgangherate sovrapposizioni fra sesso, genere e orientamento affettivo, il legislatore è rimasto silente, trascurando di affrontare alcuni aspetti problematici di centrale importanza, lasciando che fossero gli scienziati a fare ordine, e i giudici a fare spazio ai diritti della persona che la condizione transessuale interessa¹⁶.

Si pongono in particolare due problemi centrali: da una parte, la questione dell'identificazione dei presupposti della rettificazione del sesso anagrafico, sollecitata dalla richiesta di allineamento del documento di identità al genere sentito come il proprio; dall'altra, il problema della sorte del vincolo matrimoniale quando uno dei coniugi intraprenda e finalizzi un percorso di transizione.

Con la prima vicenda emerge chiara l'importanza assunta dall'identità di genere quale nucleo essenziale dell'identità personale, e con essa l'interesse all'autodeterminazione della persona, che integra certamente un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.); le iniziative giudiziali che hanno consentito al problema di manifestarsi pienamente hanno risposto all'esigenza di non vedersi imposto un intervento chirurgico per veder rettificato il documento: un feticcio burocratico, che costringe però a fare i conti con un'identità in cui non ci si riconosce; e l'oppressione che l'ordinamento giuridico provoca sulla persona imponendo una compromissione violenta del corpo.

Il legislatore, per parte sua, aveva regolato la vicenda, ma con una scelta dalle pesanti conseguenze applicative: l'art. 3 della l. n. 164/1982 suonava infatti così: «il tribunale, quando

¹⁴ È quella «doppia verità» del corpo di cui dice ZATTI, *Principi e forme del governo del corpo*, in *Il governo del corpo*, nel *Trattato di biodiritto* diretto da RODOTÀ e ZATTI, Milano, 2011, 99 ss.: «[i]l diritto del corpo si confronta con due fondamentali ambiguità, che tra loro si intrecciano: la doppia verità del corpo, che appare ora come indistinguibile dal soggetto, che vi si riconosce nei termini di essere, ora come oggetto di diritti, decisioni, appropriazioni; e la doppia verità dell'appartenenza, che appare ora come un nesso interno dall'identità (“mio” come “parte di me”) ora come un legame di possesso oggettuale (“mio” dunque “non-me”). Queste due ambiguità fondamentali sono attraversate da altre dicotomie, altri opposti tra cui il corpo oscilla: il corpo come insieme di parti uguali e/o diverse, il corpo come entità naturale e artificiale. Il diritto del corpo non può ignorare queste ambiguità né superarle con qualche pratica semplificazione: deve assumere su di sé il peso delle duplici verità (...)».

¹⁵ Ne dà atto Luca Bruno, componente del *Sexual and Gender Diversity Studies Committee*, in *Varianze di genere, uno sguardo internazionale per gli psicoanalisti italiani*, *repubblica.it*, 3 febbraio 2023. Il parallelismo fra linguaggio corrente e inquadramento scientifico della «sindrome transessuale» emerge bene dalla lettura della voce di FAGGIONI, *Transessualismo*, in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, Esi, 2017, XII, 260 ss., cui si rinvia.

¹⁶ Fra i giuristi il tema fu sostanzialmente ignorato, salva qualche pregevole – e autorevole – eccezione (oltre a Salvatore Patti, già P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. e giur.*, 1970, 830 ss.; studi poi sviluppati in D'ADDINO SERRAVALLE, P. PERLINGIERI, P. STANZIONE, *Problemi giuridici del transessualismo*, Esi, 1981).

risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio». La disposizione è stata poi abrogata con il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, il quale ha peraltro trasferito in altra sede, quella processuale, le stesse sostanziali regole, attraverso il richiamo all'art. 1 della l. n. 164/1982, ove «[l]a rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali». Letta la disposizione in combinato con il comma 4° dell'art. 31, secondo cui «[q]uando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», restava da chiarire se quel «quando risulta necessario un adeguamento» etc. potesse significare altro dall'obbligo di un intervento chirurgico che eliminasse ogni traccia dei caratteri sessuali 'originari'. L'orientamento assolutamente prevalente era negativo; ma, come si dirà nel prosieguo – par. 2 – da un caso posto a un Tribunale si è innescato il percorso verso il cambiamento. I tempi erano maturi, e il cambio di prospettiva, su questo aspetto, è avvenuto tutto in ambito giurisprudenziale: l'intervento chirurgico, da unico viatico per la libertà, è oggi una scelta lasciata alla persona in transizione, così come accade in altri ordinamenti europei.

La seconda dimensione problematica riguarda i diritti della persona trans nel contesto dei rapporti familiari; emerge anche qui un percorso: dall'idea che un'unione spirituale e materiale fra due persone, costituita nel prisma e sotto la 'protezione' dell'ordinamento giuridico, possa essere da quest'ultimo cancellata anche contro la volontà dei coniugi, all'apertura a soluzioni compatibili con le aspirazioni dei componenti della famiglia. Dallo scioglimento – imposto – del matrimonio, alla conversione in «altra forma di convivenza registrata». Anche qui, un lavoro tutto di matrice giurisprudenziale, che rifiuta l'antica idea di famiglia come istituzione da proteggere nei suoi presupposti formali, valorizzandone l'essenza di formazione sociale volta invece a veicolare la realizzazione dei singoli.

Ancora una volta il legislatore aveva manifestato una scelta di ordine burocratico ma con un impatto dirompente sulla vita dei coniugi: gli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982 introducevano infatti il c.d. divorzio automatico nell'ipotesi in cui un coniuge avesse proceduto alla rettificazione del sesso nei termini e con le modalità stabilite dalla citata legge. Dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, oggi le stesse regole si trovano all'art. 31, comma 6, d.lgs. n. 150/2011¹⁷, ma con la fondamentale "istruzione interpretativa" dettata dalla Corte costituzionale nel 2014, di cui si dirà nel prosieguo – par. 3 –. Qui il legislatore ha dovuto recepire l'input della Corte, introducendo nella disciplina delle unioni civili (l. 20 maggio 2016, n. 76), all'art. 1, comma 27°, la regola per cui «[a]lla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi

¹⁷ Art. 31, comma 6°, d.lgs. n. 150/2011: «[l]a sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898».

abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»¹⁸.

Ancora, nel quadro delle relazioni familiari si registra senz'altro un'evoluzione: dal transessualismo come limite al pieno svolgersi della relazione genitoriale al rifiuto dell'approccio discriminatorio basato sulla transizione del genitore dal genere assegnato a quello percepito. Anche qui, tutto si muove attraverso l'operato giurisprudenziale, con il ruolo centrale della Corte di Strasburgo¹⁹.

3. La rettificazione dell'attribuzione di sesso: biologia, potere pubblico, autonomia privata, resistenza del modello binario

Il sesso "documentale" è associato alla persona, alla nascita, in base ai caratteri genitali esteriori, che individuano il sesso biologico²⁰. Ma il sesso è anche soggettivo-psicologico, perché la persona percepisce sé stessa come appartenente a un dato genere²¹; ed è anche "sociale", nella misura in cui si proietta sé stessi nella vita di relazione²². Altra cosa

¹⁸ Per un commento si rinvia a S. TROIANO, *Comma 26-27*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017*, Torino, 2017, 412 ss.

¹⁹ Su questo punto vd. a VIZZONI, *Transessualismo e filiazione: quando la condizione transessuale riguarda il genitore o il figlio minore*, in *Famiglia*, 2016, 101 ss.

²⁰ Il legame è cristallizzato nell'art. 35 d.p.r. n. 396/2000 – e relative circolari esplicative –, ove si prescrive che il nome debba corrispondere al sesso del neonato. Sul tema, con particolare riguardo agli imbarazzi suscitati dal caso "Andrea", vd. VIGGIANI, *Il genere dei nomi nel nuovo ordinamento dello stato civile: il caso «Andrea»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 9 ss., e, in giurisprudenza, Cass., 20.11.2012, n. 20385, in *Fam. e dir.*, 2013, 766 ss., con nota di L. BARDARO, *La svolta della Cassazione: il nome Andrea è ambigenere*, nella cui motivazione si legge che «[l]’art. 35 introduce un ulteriore limite all’esercizio della scelta [del nome da attribuire al figlio da parte dei genitori, n.d.r.], costituito dalla corrispondenza del nome al sesso, al fine di escludere che un profilo d’indubbio rilievo della propria identità come il genere possa essere posto in dubbio o ingenerare ambiguità incidenti sul rispetto della dignità personale».

Il sesso biologico, come categoria distintiva in «maschio» e «femmina» legittimata dalla scienza, scopre il suo successo nella seconda metà del Seicento. Per comprenderne le radici filosofiche, e la connessione con altre varianti dell'identità sessuale, merita una lettura LAQUEUR, *Making Sex. Body and Gender from the Greeks to Freud*, Boston, 1990, trad. it. di Ferrara degli Uberti, *L'identità sessuale dai greci a Freud*, Laterza, 1992 (spec. 203 ss.). Sulla polimorfia della transizione nel corpo sono belle le pagine di LINGIARDI, *Corpo, umano*, Einaudi, 2024, 25 ss.

²¹ L'identità di genere, secondo MONEY e ERHARDT, *Man and Woman, Boy and Girl, The differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Baltimora, 1972, e (rist.) Aronson, Northvale, 1996, è «il senso di sé stessi», l'unità e la persistenza della propria individualità "maschile o femminile", ovvero l'«esperienza di percezione sessuata di sé stessi e del proprio comportamento».

²² Il sesso "sociale" può essere definito come espressione esteriore dell'identità di genere, come l'insieme dei messaggi che la persona invia all'ambiente circostante, manifestando il grado,

è l'orientamento sessuale, che individua la direzione dell'attrazione affettivo-sessuale che un individuo sente verso un'altra persona²³. Questo multiforme concetto di sesso è tutt'altro che immobile; anzi, tutte le sue varianti possono mutare, a causa di un'evoluzione ambientale o per intervento umano²⁴. Il transessualismo è fenomeno che, appunto, lascia emergere un disallineamento fra il sesso biologico (e per ciò, si è detto, documentale) e quello soggettivo-psicologico (identità di genere).

Poiché l'appartenenza a un genere è un dato di significativa rilevanza giuridica²⁵, il legislatore non ha potuto fare a meno di intervenire, per consentire di dare a questa asimmetria un riconoscimento formale²⁶, nel senso di far prevalere il genere percepito come il proprio su quello assegnato alla (e dalla) nascita.

Le coordinate del quadro culturale precedente di qualche anno la prima iniziativa del legislatore italiano sono ben rappresentate dalla motivazione di una sentenza della Corte Costituzionale²⁷, esito di una questione incidentale di legittimità degli artt. 165 e 167 dell'Ordinamento dello stato civile e dell'art. 454 c.c. – che non prevedevano il diritto a ottenere la rettificazione dell'atto di nascita – sul parametro degli artt. 2 e 24 Cost. La Corte, in quell'occasione, inaugurò il palleggio con il legislatore, chiudendosi alla tutela di matrice costituzionale, ma invitando a una riflessione su un possibile intervento normativo. E, infatti, da una parte, rifiutò la lettura valorizzatrice del diritto all'identità

l'entità e l'armonia della propria sessualità. Da giurista, ma in prospettiva ampia, v. anche su questo S. PATTI, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, cit., spec. 341 ss.

²³ Nozione di CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, 2011, 6-7 come «scelta del genere del partner nell'ambito della sfera erotico-affettiva. S'intende così descrivere a livello di attrazione e/o condotta la direzione dell'affettività e sessualità di un individuo, indipendentemente dal genere, maschile o femminile, a cui appartiene». La distinzione netta fra identità di genere e orientamento sessuale può apparire scontata, ma non lo è: ne dà atto, soffermandovisi, già CORTE COST., 14.4.2010, n. 138, in *Foro it.* 2010, I, 1361 (s.m.), con nota di ROMBOLI e DAL CANTO e *ivi*, 1701 (s.m.), con nota di COSTANTINO, in *Giust. civ.* 2010, I, 1294, in *Iustitia* 2010, 311 (s.m.), con nota di COSTANZA, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 1491 (s.m.), con nota di MORLOTTI, in *Dir. famiglia* 2010, 1077, in *Dir. famiglia* 2011, 3 (s.m.), con nota di TONDI DELLA MURA, in *Giur. cost.* 2010, 1604 (s.m.), con nota di ROMBOLI e *ivi* 2715 (s.m.), con nota di Pezzini.

²⁴ Lo osserva P. PERLINGIERI, *Note introduttive*, cit., 830, secondo il quale i diversi profili che si combinano nella fattispecie "sesso" «non si traducono in entità fisse ed immutabili ma costituiscono entità variabili».

²⁵ S. PATTI, *Transessualismo*, nel *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 416. E lo è in ognuna delle sue declinazioni, anche se la sfera delle relazioni, cui il diritto si interessa per disciplinare i rapporti fra i consociati, assume una rilevanza preminente. Sotto questo profilo, si è rilevato, è la componente psicologica a prevalere su quella biologica (SELLAROLI, *La regolamentazione giuridica del c.d. cambiamento di sesso*, in *Giust. pen.*, 1968, III, 86). Cfr. anche S. PATTI, *Transessualismo*, nel *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 416.

²⁶ Ciò sulla spinta delle istanze degli interessati e rispondendo a una sollecitazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, avverte S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 163.

²⁷ Corte cost., 1° 8.1979, n. 98, in *Giur. it.*, 1981, I, 23 ss., con nota di DOGLIOTTI, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*.

sessuale quale diritto inviolabile della persona ex art. 2 Cost., fatta propria dal Pretore di Livorno²⁸; dall'altra, percepita l'opportunità di dar seguito a istanze sociali²⁹, rinviò così: «[i]l problema può suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio».

Naturalmente si trattava di scegliere lo strumento tecnico-giuridico più adatto per riconoscere il mutamento di sesso³⁰. Sul tavolo c'erano due opzioni: l'azione di stato, con il relativo procedimento contenzioso³¹, e il procedimento di rettificazione, lasciato alla volontaria giurisdizione. Il legislatore scelse questa seconda via, disciplinando, con la menzionata l. n. 164/1982, la «rettificazione di attribuzione di sesso»³². La scelta si dimostrò buona a metà, perché la disciplina si limita a dettare, per la complessa vicenda, disposizioni di carattere burocratico-processuale. Vi si stabilisce la possibilità di ottenere la rettificazione dei registri dello stato civile presentando una sentenza «del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nasci-

²⁸ Vi si legge che «[l]'oggetto della garanzia costituzionale che, secondo il giudice *a quo*, le impugnate norme del codice civile e della legge sullo stato civile avrebbero violato, sarebbe il diritto all'«identità sessuale» quale altro fra i diritti inviolabili dell'uomo enunciati nell'art. 2 della Costituzione e tutelabili in giudizio in virtù dell'art. 24 della stessa [...] la Corte ritiene che le norme costituzionali invocate non pongano fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica». Del resto, la Corte più volte ferma l'attenzione su un *distinquo*: un conto è l'identità sessuale, altro è la libertà del comportamento sessuale, che non è contestabile. Quindi, tornando ai vari profili evocati nel testo: il sesso relazionale può esprimersi con la massima libertà; del sesso biologico può farsi ciò che si ritiene, e infatti non è in discussione la liceità civile e penale dei trattamenti chirurgici volti a modificare e i caratteri sessuali esterni; ma il sesso «documentale» non si tocca, perché non esiste un diritto al riconoscimento giuridico del sesso soggettivo-psicologico.

²⁹ Scrive P. PERLINGIERI, *Note introduttive*, cit., 834: «[i]n un momento, come il nostro, di rapida trasformazione dei costumi e della morale, in un regime di ampie libertà riservate ai cittadini, in un clima di rinnovamento degli studi sociali e giuridici, sempre più ispirati a realismo ed al principio dell'effettività, non sarebbe proficuo eludere questo grave problema – valutabile moralmente in piena autonomia – condannando *sic et simpliciter* il fenomeno dal quale trova origine e considerandolo, se non anti-giuridico, non conforme al diritto».

³⁰ Il che esprime una scelta di *policy* sul grado di incisività che l'ordinamento sente di dover esprimere sul tema «transessualismo». Risolvere le questioni in burocrazie, lasciando l'area amministrativa a chiudere la vicenda formale del riconoscimento del nuovo genere; affidarsi al giudice, che valuti, volta a volta, la sussistenza di presupposti da ritenersi idonei alla formalizzazione del mutamento; ovvero mostrare il lato onnivoro dell'«interesse pubblico» e usare la legge come suo scudo di protezione. Cfr. S. PATTI, *Transessualismo*, cit., 419.

³¹ La giurisprudenza preferiva questa via, sulla base dell'assunto per cui il procedimento camerale di rettificazione doveva servire alle sole rettificazioni di errori od omissioni materiali occorsi nella redazione dell'atto, e non a intervenire su questioni di stato, area cui si riconduceva il fenomeno del mutamento di sesso. Così, ad es., APP. BARI, 22.3.1962, in *Foro it.*, 1962, I, 1033. Sul punto si vedano P. STANZIONE, *Transessualità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 880-881 e S. PATTI, *Transessualismo*, cit., 416-417.

³² In dottrina, sull'associazione fra intervento chirurgico e rettificazione del dato documentale cfr. VECCHI, *Transessualismo e divieto di discriminazioni*, in *Famiglia*, 2001, 343.

ta a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali» (art. 1); il procedimento, che si apre con ricorso, prevede che dell'udienza di trattazione sia data notizia a eventuali coniuge e figli del ricorrente, e che il pubblico ministero sia coinvolto nel giudizio. La sentenza di accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso, che non ha effetto retroattivo – art. 4, oggi 31, comma 6 d.lgs n. 150/2011 –, contiene l'ordine all'ufficiale di stato civile del comune dove fu compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro (art. 2) e «provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso» (art. 4).

La scelta del nostro legislatore si caratterizzò per un aspetto fondamentale: l'obbligo del trattamento chirurgico per ottenere la rettificazione (e, dunque, la corrispondenza fra i caratteri sessuali esteriori e il sesso “documentale”); e fino a tempi recenti non si discuteva su esiti interpretativi diversi da quello suggerito dal tenore letterale della menzionata disposizione.

Tuttavia, nel corso del tempo questo approccio iniziò a percepirsi come lontano dal sentire degli interessati e si creò uno spazio di manovra per interpretazioni più aggiornate al sentire comune. In questo percorso il legislatore non compare affatto.

Sono stati proprio i giudici, recependo le istanze sociali e osservando quanto già accadeva in altri ordinamenti, a mettere in discussione l'equazione rettificazione documentale=intervento ablativo³³; a superare cioè quel «paradigma biologico»³⁴ così le-

³³ Il binomio bisturi-rettificazione, in origine ritenuto indissolubile, è andato in crisi proprio grazie ad alcune coraggiose decisioni dei giudici di merito. V. ad es. Trib. Rovereto, 3.5.2013, n. 194 (il cui testo è reperibile in www.certidiritti.it), dopo una giurisprudenza tutta romana – Trib. Roma, 18.10.1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, I, 1033 ss., con nota di LA BARBERA, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento chirurgico*; Trib. Roma, 11.3.2011, in *Dejure*, con la quale si apre alla rettificazione dei registri dello stato civile anche senza previo trattamento chirurgico (il caso del 2013 è l'unico nel quale il ricorrente non aveva provveduto nemmeno con l'impianto al seno). Ciò che, del resto, corrisponde alle regole vigenti in Spagna, Argentina, Portogallo, Germania, Regno Unito e Austria. Il Tribunale segue i precedenti romani, secondo i quali il dato letterale della l. n. 164/1982 consente la rettificazione in assenza di interventi chirurgici, «in quanto prevede solo che debba essere autorizzato quando necessario, (senza peraltro precisare i termini dello stato di necessità e nemmeno specificare se per caratteri sessuali debbano intendersi quelli primari o secondari e fino a che punto debbano essere modificati)», mentre «nei casi di transessualismo accertato il trattamento medico chirurgico previsto dalla legge 164/82 è necessario nel solo caso in cui occorre assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, qualora la discrepanza tra psicosexualità ed il sesso anatomico determini nel soggetto un atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali». La motivazione accenna inoltre alla lettura costituzionalmente orientata della disciplina in questione, che impone di riconoscere un «concetto ampio di identità sessuale ex art. 2 e 32 Costituzione». Il riferimento è a Corte cost., 23.5.1985, n. 161 (in *Foro it.*, 1985, I, 2162, commentata da S. PATTI, *Identità sessuale e tutela della persona umana: si conclude un lungo dibattito?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1986, 349 ss. e da DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur. it.*, 1987, I, 235 ss.), che dichiarò inammissibili o infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione sulla disciplina allora recentemente introdotta.

³⁴ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 254 (il superamento del paradigma biologico apre nuovi spazi alle decisioni della persona).

gato a un determinismo specchio di una società (e di un diritto) ormai superata.

Decisivo fu il ruolo dei giudici di merito, primi intercettatori dei bisogni e delle istanze delle persone e, per questo, primi interpreti a porsi il problema dell'attendibilità di letture non più attuali.

Una decisione importante in questo processo erosivo si deve al Tribunale di Genova del 5 marzo 2015, che ha accolto la domanda di rettificazione in quanto «[i]l dato letterale della norma consente tale interpretazione, costituzionalmente orientata, prevedendo che l'intervento debba essere autorizzato in via preventiva solo quando necessario, senza comunque specificare se per carattere sessuali debbano intendersi quelli primari o quelli secondari e sino a che punto debbano essere modificati. Così, "nei casi di transessualismo accertato il trattamento chirurgico è necessario nella misura in cui occorra assicurare all'interessato uno stabile equilibrio psicofisico, qualora la discrepanza tra psicosessualità ed il sesso anatomico determini nello stesso interessato un negativo atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali, mentre nei casi in cui non si riscontri tale conflittualità non si deve ritenere necessario l'intervento chirurgico per consentire la rettifica dei dati anagrafici».

In questa prospettiva, l'intervento non è necessario, perché la persona ha già pienamente fatto propria un'identità sessuale di cui l'ordinamento deve prendere atto, e non deve pretendersi che a questa piena maturazione si accompagni l'intervento chirurgico, se non voluto.

Ma la vicenda si chiude con una decisione della nostra Corte di Cassazione³⁵, che cristallizza quella intuizione in un precedente difficilmente superabile: per ottenere la rettificazione documentale del sesso non è necessario ricorrere a un intervento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali primari.

Ecco il caso: una persona di sesso maschile chiede al Tribunale l'autorizzazione al trattamento medico chirurgico prodromico alla rettificazione anagrafica; la ottiene, ma non procede però con l'operazione, ripresentandosi poi, dieci anni più tardi, con l'istanza di rettifica documentale [non preceduta da intervento chirurgico]; a sostegno della – più recente – domanda adduce sia la pericolosità dell'intervento per la propria salute, sia l'inopportunità dell'intervento, laddove i trattamenti ormonali ed estetici da tempo

³⁵ Cass., 20.7.2015, n. 15138, in *Corr. giur.*, 2015, 1349, con nota di BARTOLINI, *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione in un'interpretazione "costituzionalmente orientata"*. Sulla stessa linea Corte cost., 5.11.2015, n. 221: «[d]eve essere dichiarata non fondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con la legge n. 848 del 1955. La mancanza di un preciso riferimento testuale alle modalità con cui addivenire ad una variazione dei caratteri sessuali primari implichi la necessità di un trattamento chirurgico, che è soltanto una delle tecniche potenzialmente usufruibili. Spetta esclusivamente al singolo individuo scegliere le modalità attraverso cui porre in essere il proprio percorso di transizione, essendo la scelta di modificare chirurgicamente i propri caratteri sessuali l'esito di un processo di autodeterminazione».

intrapresi avevano consentito di vivere un'armonica appartenenza al genere femminile senza che si percepisse la necessità dell'intervento chirurgico ablativo dei caratteri sessuali primari.

In primo grado la domanda è respinta, perché il Tribunale, sulla base di un'interpretazione letterale della l. n. 164/1982, ritiene necessario l'intervento chirurgico, nonostante la CTU avesse accertato la sostanziale irreversibilità della condizione dell'istante, ormai del tutto ascrivibile socialmente al genere femminile.

In secondo grado la Corte d'Appello – con un'interpretazione che la Cassazione giustamente definisce «originalista» – ritiene che l'unica lettura possibile della disciplina del 1982 sia quella impositiva della modifica dei caratteri sessuali primari, condizione sufficiente, ma necessaria, per ritenere effettivamente irreversibile la nuova identità sessuale; d'altra parte, argomentano i giudici di secondo grado, vanno esclusi profili di incostituzionalità, considerando che l'intervento, pur se oggettivamente invasivo, è meramente facoltativo, poiché «la norma non preclude di vivere la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile». La Cassazione accoglie il ricorso contro la decisione di secondo grado, muovendo, prima di tutto, dalla ricognizione delle disposizioni applicabili al caso concreto, per poi procedere con un'interpretazione funzionale che ne adegui il contenuto ai principi costituzionali nazionali e sovranazionali.

Non si comprenderebbe, però, il senso e l'importanza di questa decisione se non se ne cogliesse l'humus culturale prima ancora che giuridico, del quale occorre tratteggiare almeno i caratteri fondamentali.

Questo importante passaggio, per cui oggi in Italia è possibile la rettificazione con intervento giudiziale sì, ma senza necessità di intervento chirurgico, se non se ne sente la necessità la persona coinvolta, è stato possibile grazie a una rilettura (più) coerente del concetto di identità di genere, secondo una rinnovata rilevanza costituzionale, partendo da una prospettiva socioculturale, su presupposti ricavati dal dialogo con altre scienze, presupposti biologici e psicologici.

Non si tratta di un caso isolato, ma di un punto di arrivo che può dirsi oramai acquisito in seno alla giurisprudenza. Così con una bella sentenza del 2021, il Tribunale di Perugia³⁶ valorizza il «bisogno identitario» della persona, corrispondente a una «scelta meditata e stabile», che prescinde del tutto dall'intervento sul corpo fisico, ma che è «irreversibile» ai fini dell'accoglimento della richiesta di rettificazione del sesso e che, intuitivamente, pone quali protagonisti del processo i giudici, i loro poteri, ma soprattutto le loro sensibilità³⁷. Il Tribunale di Bologna, nel 2023, fa chiaro riferimento all'«adeguato bilanciamento» fra l'identità di genere come «diritto inviolabile che compone il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuisce allo sviluppo equilibrato

³⁶ Trib. Perugia, 27.1.2021, n. 161. V., sempre sulla scia di Cass., n. 15138/2015, anche Trib. Roma, 7.6.2017, n. 80.

³⁷ Il superamento del paradigma biologico apre la questione della legittimità delle c.d. terapie di conversione, oggetto di una specifica disciplina in Germania: v. su questo tema V. PESCATORE (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, Torino, 2021.

della personalità degli individui» e «l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche», esigenza cui può darsi adeguata risposta «anche senza ricorrere a trattamenti che verrebbero a dimostrarsi ingiustificati e discriminatori, pur rimanendo ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dai risultati attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica»³⁸.

Ma l'attualità fa registrare l'apertura di nuove prospettive: in una recentissima decisione, la Corte costituzionale ha affrontato la questione del c.d. terzo genere; ancora una volta, l'emersione di nuove istanze sociali pone all'attenzione dei giudici la complessa questione dell'insufficienza della prospettiva binaria (maschio/femmina) rispetto alla percezione di chi non trovi in questo bipartizione il proprio genere di appartenenza. Ancora una volta la Corte costituzionale di mostra sensibile a questa realtà, sulla quale giudici e legislatori di altri Paesi hanno iniziato a produrre regole giuridiche. Tuttavia, in una prospettiva fortemente concreta, la Consulta avverte che lo schema binario è posto alla base di numerose e importanti discipline giuridiche che informano di sé il sistema intero³⁹. In ragione della centralità di questo schema, avverte l'impossibilità di praticare un'interpretazione costituzionalmente orientata, dovendosi necessariamente passare attraverso una sistematica e ordinata regolazione necessariamente riservata al legislatore, definito, in questa decisione, «primo interprete della sensibilità sociale». Su questo, l'esperienza degli ultimi trent'anni dimostra che il legislatore può rivelarsi insensibile

³⁸ Trib. Bologna, 13.4.2023, n. 816; nello stesso senso, Trib. Rovigo, 20.1.2023, n. 68 e Trib. Brescia, 5.12.2022, n. 2958.

³⁹ Vale la pena riportare le parole della stessa Corte cost -: «[d]altronde, l'eventuale introduzione di un terzo genere di stato civile avrebbe un impatto generale, che postula necessariamente un intervento legislativo di sistema, nei vari settori dell'ordinamento e per i numerosi istituti attualmente regolati con logica binaria.

Per ricordare solo gli aspetti di maggior evidenza, il binarismo di genere informa il diritto di famiglia (così per il matrimonio e l'unione civile, negozi riservati a persone di sesso diverso e, rispettivamente, dello stesso sesso), il diritto del lavoro (per le azioni positive in favore della lavoratrice), il diritto dello sport (per la distinzione degli ambiti competitivi), il diritto della riservatezza (i «luoghi di contatto», quali carceri, ospedali e simili, sono normalmente strutturati per genere maschile e femminile). L'art. 1 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246), dopo aver sancito il principio della parità di trattamento e di opportunità «tra donne e uomini», da assicurare in tutti i campi (comma 2), precisa che esso non osta al mantenimento o all'adozione di misure in favore del «sesso sottorappresentato» (comma 3). La rettificazione in senso non binario inciderebbe anche sulla disciplina dello stato civile, e non soltanto per la necessità di coniare una nuova voce di registrazione, ma anche riguardo al nome della persona». (par. 5.5). La Corte costituzionale, forse per garbo verso la fonte stessa del suo potere, non menziona, tra le fonti del diritto in cui si presuppone l'approccio binario, la stessa Costituzione della Repubblica. Basti qualche esempio: l'art. 48, 1° comma: «[s]ono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età», e l'art. 37, 1° comma: «[l]a donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro e le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore».

alle istanze di autodeterminazione provenienti dalla società ed è probabile che, anche in relazione alla questione dell'insufficienza del modello binario, il giudice delle leggi, dovrà in futuro tornare a esercitare un ruolo di supplenza.

4. I diritti della persona trans nei rapporti familiari

Anche nel contesto della formazione sociale più significativa – la famiglia – la persona transessuale si trovava di fronte a scelte dolorose, o a subire effetti non voluti, ma imposti dall'ordinamento.

Un'altra situazione che ha trovato nella giurisprudenza un importante motore di progresso riguarda il legame matrimoniale: con la sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014, la Consulta⁴⁰ si è pronunciata sulla legittimità costituzionale degli artt 2 e 4 della l. n. 164/1982 (disciplina della rettificazione del sesso): queste disposizioni introducevano il c.d. divorzio automatico nell'ipotesi in cui uno dei coniugi, successivamente al matrimonio, avesse proceduto alla rettificazione del sesso nei termini e con le modalità stabilite dalla citata legge⁴¹.

Il caso da cui prese le mosse la decisione della Consulta è noto, ma vale la pena ripercorrerne le tappe essenziali.

Alessandro, coniugato con Alessandra, chiese al Tribunale di Bologna la rettificazione dell'attribuzione di sesso, con modifica del prenome in Alessandra. Il Tribunale di Bologna (30.6.2009) ordinò l'annotazione nell'atto di nascita, nulla disponendo circa gli effetti del matrimonio. Pur in assenza di una decisione sul punto, l'ufficiale di stato civile del luogo di nascita di Alessandro, annotata la rettificazione nell'atto di nascita ex art. 49 d.P.R. 396/2000 – ordinamento dello stato civile – appose altresì, a margine dell'atto di matrimonio, la formula: «la sentenza ha prodotto, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982,

⁴⁰ Corte cost., 11.6.2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, 2674 [«sono costituzionalmente illegittimi gli art. 2 e 4 l. 14 aprile 1982 n. 164 (norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio consenta, comunque, ove entrambi i coniugi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed i doveri della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore; in via consequenziale, è costituzionalmente illegittimo l'art. 31 comma 6 d.lg. 1° settembre 2011 n. 150 (disposizioni complementari al c.p.c. in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 l. 18 giugno 2009 n. 69), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso»].

⁴¹ Sulle critiche già formulate a questa disciplina rinvio a F. BARTOLINI, *Divorzio del transessuale e «conversione» del matrimonio eterosessuale: un nuovo inizio?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 235 ss. e *Il divorzio del transessuale*, in I. QUEIROLO, A.M. BENEDETTI, CARPANETO (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Ariccia, 2014, 111 ss.

la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto controscritto a far data dal 29 giugno 2009 così come previsto al paragrafo 11.5 del nuovo massimario dello stato civile».

Con ricorso *ex art.* 95 ord. stato civile, le (ormai due) Alessandre chiesero al Tribunale di Modena la cancellazione dell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, sulla base di questo argomento: l'art. 4, l. 164/1982, non conduce all'automatico scioglimento, perché, in base agli artt. 1 e 3 della legge sul divorzio, per procedere a tale "adempimento" serve una sentenza provocata da un ricorso rimesso all'azione dei coniugi. La sentenza di rettificazione, dunque, è solo un presupposto previsto dalla legge come modificata nel 1987. Quanto al massimario dello stato civile evocato dall'ufficiale, che prevede l'obbligo di annotazione a margine dell'atto di matrimonio, sostennero le due Alessandre che esso avesse natura amministrativa, e, quindi, non potesse efficacemente contrastare con disposizioni di natura legislativa.

Il Ministero dell'interno si oppose, ma il Tribunale di Modena, con decreto 28 ottobre 2010⁴², accolse il ricorso, affermando che in assenza di un provvedimento di natura giurisdizionale sul punto l'ufficiale di stato civile non può, *sua sponte*, provvedere sul vincolo matrimoniale. E ordinò con decreto di cancellare la formula.

La Corte di Appello di Bologna⁴³ accolse il reclamo, affermando che l'obbligo di annotazione deriva senz'altro direttamente dalla l. 164/1982, art. 4, il quale obbliga l'ufficiale a procedere all'annotazione sia sull'atto di nascita sia sull'atto di matrimonio. E l'annotazione è legittima, perché l'art. 4 non è stato affatto abrogato dalle modifiche della legge sul divorzio, volte soltanto a precisare alcuni aspetti, e non certo a tradire il senso della disposizione. Sarebbe incompatibile con i principi dell'ordinamento lasciar permanere un vincolo matrimoniale privo di un suo presupposto essenziale (la diversità sessuale fra i coniugi). In un settore, quello dello stato della persona, di pubblico interesse.

Nei gradi del merito prevalsero, dunque, gli argomenti sottesi alla "strategia" legislativa culminata nel d.lgs n. 150/2011: un'interpretazione sistematica che tenta l'emersione dagli imbarazzi lasciati da quella letterale⁴⁴.

La Cassazione⁴⁵, peraltro, condividendo alcune delle tesi delle ricorrenti, nel rimettere alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità sull'art. 4 della l. n.

⁴² Trib. Modena, 28.10.2010, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 72 ss., e commentato in *Giur. merito*, 2012, 570 ss. (WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*).

⁴³ App. Bologna, decr. 4.2.2011, in *Fam. pers. successioni*, 2011, 629 ss., e commentato, insieme alla decisione di primo grado, in *Giur. merito*, 2012, 570 ss. (WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*).

⁴⁴ Osserva giustamente AZZARRI, voce «Unioni civili (dir. civ.)», in *Enc. del dir.*, I tematici, IV. *Famiglia*, diretto da Macario, Milano, 2022, 1329 ss., e spec. 1347, che fra interesse statuale a non modificare il paradigma eterosessuale del matrimonio e l'aspirazione della coppia a continuare a esser riconosciuta come comunità prevaleva il primo.

⁴⁵ Cass., ord. 6.6.2013, n. 14329, in *Corr. giur.*, 2013, 1519 ss., con commento di S. PATTI, *Un ben motivato rinvio alla Corte Costituzionale in materia di divorzio «automatico» della persona transessuale* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 21 ss., con commento di SCHUSTER, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*.

164/1982, nell'ordinanza di rimessione chiariva che: (i) l'impianto normativo voluto dal legislatore nel 1982 non intese subordinare lo scioglimento del vincolo alla domanda di parte; (ii) la novella del 1987 ebbe come unico scopo la razionalizzazione del sistema, con l'instaurazione di un modello processuale più spedito ed efficiente, non certo il sovvertimento dei modelli matrimoniali metabolizzati dall'ordinamento in quel contesto socio-culturale; (iii) con il d.lgs. n. 150/2011 il legislatore ha pienamente confermato la scelta di predisporre una fattispecie di «divorzio "imposto" *ex lege* che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*, salva la necessità della tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori»⁴⁶.

Facendo un passo ulteriore, poneva la domanda centrale: se la soluzione del divorzio automatico di cui all'art. 4 l. 164/1982, oggi art. 31 d.lgs. 150/2011, obbligata nello spettro del rigore ermeneutico, fosse «compatibile con il sistema costituzionale, integrato dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo come interpretata dalla Corte di Strasburgo (da ritenersi operante come parametro interposto), sistema costruito: sul riconoscimento e tutela del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; sul diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri propri del vincolo coniugale; sul diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; sul diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale»⁴⁷.

Il piano della discussione mutava, così, radicalmente, permettendo di identificare la vera questione: il sistema costituzionale italiano si era già trasformato, rispetto a quello di trent'anni prima, al punto da rendere necessario un adeguamento, da parte dei «tecnici delle regole», per garantire la compatibilità costituzionale del sistema?

I punti critici erano due, e su di essi la Cassazione invitava la Consulta a una verifica di tenuta costituzionale: il diritto all'autodeterminazione e l'impianto dei modelli relazionali accolti dal nostro ordinamento.

Sul primo profilo, l'invito era a porsi nuovamente il quesito se l'identità di genere rappresenti una parte di quel diritto di autodeterminarsi che, trentaquattro anni prima, non era stato ritenuto meritevole della tutela costituzionale riconosciuta ai diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost. Ma il diritto di autodeterminarsi è un «catalogo aperto»⁴⁸ la cui consistenza necessariamente muta sulle sollecitazioni del contesto di riferimento. La Corte Costituzionale aveva negato questa apertura⁴⁹, ma poi aveva dovuto fare i conti con nuove, pressanti, forze tendenti a una forte valorizzazione dell'autodeterminazione: in Germania si discuteva già la legge sul divieto dei trattamenti di conversione, volta a vietare qualunque forma di imposizione dell'orientamento sessuale, per

⁴⁶ Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

⁴⁷ È sempre Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

⁴⁸ Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

⁴⁹ Corte cost., 1.8.1979, n. 98, cit.

lasciare alla persona scegliere da sé⁵⁰; nel contesto italiano già si metteva in discussione la classificazione binaria del carattere sessuale⁵¹, e si ragionava sull'uso di "genitore 1" e "genitore 2", o di "genitore" e "altro genitore" in luogo di "padre" e "madre".

In secondo luogo, la Cassazione chiedeva alla Corte costituzionale di rompere il silenzio su questioni finora scaricate sul legislatore. Anni prima la Consulta si era espressa negando tutela al diritto al mantenimento del legame familiare preesistente⁵² della persona che avesse rettificato il proprio sesso. Ma, avvertiva la Cassazione, ciò si giustificò contestualizzando la vicenda: in quella fase, la frontiera da raggiungere era il riconoscere e promuovere tutela per le situazioni minoritarie o anomale, garantendo un'attenzione adeguata ai valori di dignità e di libertà della persona. L'obiettivo, allora, era garantire una cesura con quella parte di sé nella quale la persona non si riconosceva, legittimandone la liberazione definitiva. Non c'era spazio, in quel contesto, per inserire fra quei diritti da riconoscere e promuovere, quello al mantenimento del vincolo matrimoniale preesistente; ciò che avrebbe comportato, nel bilanciamento fra la tutela della vita privata e l'interesse statale al mantenimento dei modelli familiari, il soccombere del secondo.

Il diritto all'autodeterminazione non poté così tanto, allora, ma poi il contesto sociale si è profondamente rinnovato e si è iniziato a guardare ai modelli familiari con una nuova lente⁵³, tenendo conto della «felice contaminazione»⁵⁴ delle fonti costituzionali europee, convenzionali e internazionali che valorizzano i diritti della persona⁵⁵.

La riflessione, naturalmente, si è perciò concentrata sulla possibilità di consentire la sopravvivenza di un vincolo matrimoniale fra persone dello stesso sesso, preso atto che l'eterosessualità non è da tempo canone di ordine pubblico né interno né internazionale. Così come la rottura *ex lege* di una relazione stabile e continuativa che abbia dato vita a un nucleo familiare costituzionalmente protetto integrerebbe un'«eliminazione chirurgica» di un interesse costituzionalmente protetto, mentre nel nostro ordinamento è oggi largamente condivisa l'esigenza di riconoscere alle unioni di fatto anche fra per-

⁵⁰ Su cui vd. PESCATORE, *La legge tedesca sui "Trattamenti di conversione": al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, in ID. (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 1 ss. Oggi la legge tedesca è in vigore.

⁵¹ Cfr., per una critica del concetto binario nel sesso, GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della «normalità»: il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 597 ss.

⁵² Corte cost., 23.5.1985, n. 161, cit.

⁵³ Cfr. S. LUCIANI, *Transizioni familiari. Transessualismo, genitorialità e tutela del minore*, in RUSPINI, INGHELLERI (a cura di), *Transessualità e scienze sociali*, Liguori, 2008, 2: «(...) sebbene la famiglia non costituisca una realtà «naturalmente» data, quanto una realtà socialmente negoziata e convenuta, il modello familiare storicamente affermatosi come l'unico e legittimo modo di fare famiglia è quello fondato sull'unione tra uomo e donna».

⁵⁴ CASS., 6.6.2013, n. 14329, cit.

⁵⁵ Per i profili di diritto internazionale e dell'Unione Europea, cfr. F. PESCE, *Mutamento di genere e orientamento sessuale tra diritto interno, europeo ed internazionale*, in QUEIROLO, A.M. BENEDETTI, CARPANETO (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, cit., 85 ss.

sone dello stesso sesso uno statuto di diritti e obblighi con un trattamento “omogeneo” a quello delle coppie coniugate.

Oggi, dunque, su impulso della sentenza resa dalla Corte costituzionale, quando una persona sposata, rettificata l’attribuzione di sesso, dichiara all’ufficiale di stato civile, con il coniuge, l’intenzione di mantenere il legame giuridico, vede sciogliersi il matrimonio e contestualmente nascere l’unione civile⁵⁶. Secondo il comma 4-*bis* dell’art. 31 d.lgs. n. 150/2011, inserito dall’art. 7 del d.lgs. n. 5/2017, infatti, «fino alla precisazione delle conclusioni la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso ed il coniuge possono, con dichiarazione congiunta, resa personalmente in udienza, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di costituire l’unione civile, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome ed il regime patrimoniale». D’altra parte, adeguandosi, la legge sulle unioni civili oggi dispone che «[a]lla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l’automatica instaurazione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso» (comma 27 dell’art. 1, l. n. 76/2016).

Naturalmente la questione si è posta anche con riferimento alla disciplina delle unioni civili⁵⁷, secondo cui: «la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell’unione civile tra persone dello stesso sesso» (art. 1, comma 26, l. n. 76/2016). In un primo momento, investita della questione di costituzionalità⁵⁸, la Corte costituzionale⁵⁹, pur rilevati i profili di incompatibilità costituzionale, si è fermata sulla soglia dell’inammissibilità per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*.

Tuttavia il Tribunale di Torino⁶⁰, investito del problema da una coppia omosessuale unita civilmente in cui uno dei componenti aveva concluso un giudizio di rettificazione di attribuzione di sesso, volendo trasformare, con il consenso di entrambi i componenti e senza soluzione di continuità, il precedente rapporto in matrimonio, per l’acquisita eterosessualità, ha sollecitato nuovamente la Corte costituzionale. Secondo il Giudice rimettente, il vulnus normativo integra una violazione degli articoli 2 e 3 Cost., per «ingiustificata disparità di trattamento in situazioni analoghe – dal matrimonio all’unione civile ma non viceversa – ed una ingiustificata limitazione alla libertà fondamentale

⁵⁶ LENTI, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2021, 497-498.

⁵⁷ Cfr. AZZARRI, voce «Unioni civili (dir. civ.)», cit., 1349: «[s]ulla norma in parola gravano nondimeno seri dubbi di legittimità costituzionale».

⁵⁸ Le questioni di costituzionalità sottoposte alla Consulta del combinato disposto degli art. 1, comma 26, l. 20 maggio 2016 n. 76, 31, commi 3 e 4-*bis*, d.lg. 1° settembre 2011 n. 150 e 70-*octies*, comma 5, d.P.R. 3 novembre 2000 n. 396, nella parte in cui prevede che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell’unione civile tra persone dello stesso sesso, senza alcuna possibilità di conversione in matrimonio, previa dichiarazione congiunta dell’attore e dell’altro contraente dell’unione, in riferimento agli art. 2, 3, comma 1, e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 Cedu» sono state dichiarate inammissibili.

⁵⁹ Corte cost., 27.12.2022, n. 269.

⁶⁰ Trib. Torino, 29.5.2023, ord. n. 101.

dell'individuo, considerando l'automatico scioglimento dell'unione civile, senza contestuale istituzione dell'unione matrimoniale, pur in presenza dei requisiti di validità previsti dalla legge – capacità, consenso validamente manifestato ed eterosessualità dei nubendi – con ciò non riconoscendo adeguata protezione e tutela ai suoi componenti, in forza dei doveri solidaristici discendenti dall'essere (stati) essi parte di un gruppo sociale strutturato e legalmente riconosciuto».

La Corte Costituzionale⁶¹ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, l. n. 76/2016, n. 76, non già con riferimento all'art. 3, quanto piuttosto all'art. 2; secondo la Corte, l'istituto dell'unione civile, per come configurato dal legislatore, produce effetti in larga parte simili, ma non identici, a quelli prodotti dal matrimonio e, «in parte, di estensione ridotta rispetto a quelli nascenti dal matrimonio». Peraltro, è la soluzione di continuità rispetto al prodursi di questi effetti, che riconoscono e cristallizzano in una dimensione di efficacia giuridica la comunione spirituale e materiale fra i componenti, a generare il vuoto di tutela e, anzi, la «frizione con il diritto inviolabile della persona alla propria identità, di cui pure il percorso di sessualità costituisce certa espressione, e comporta un sacrificio integrale del pregresso vissuto». Sebbene con riferimento alla dimensione familiare, la Consulta torna a ribadire la centralità del percorso di transizione come modo di manifestarsi dell'identità della persona, e autodeterminarsi.

Anche in tema di filiazione, il diritto della persona trans a mantenere la relazione genitoriale durante e dopo la transizione, così come a esser ritenuta potenziale genitore⁶², si è affermato attraverso interventi giurisprudenziali, oggi sul parametro dell'interesse del minore⁶³, pur in un contesto regolatorio dove il cambio di sesso non comporta alcun formale ostacolo alla genitorialità; si afferma, oggi, che va dimostrato, nel caso concreto, il pericolo che la condizione trans (o il percorso) determini un danno emotivo per il figlio, perché ne derivino conseguenze sul diritto a mantenere o a costituire il rapporto genitoriale⁶⁴.

⁶¹ Corte Cost., 22 febbraio-22 aprile 2024, n. 66, sulla quale BELLISARIO, *Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: il rimedio della Consulta*, in questa Rivista, 2024, 491 ss., la quale opportunamente si sofferma su alcuni centrali profili applicativi della decisione (spec. 501 ss.).

⁶² Interessante la decisione della Corte di appello di Tolosa (CA Toulouse, 9 febbraio 2022, n. 20/03128) che, disallineandosi rispetto ai precedenti della Cour de Cassation, ha riconosciuto la maternità della donna trans, genitrice ma non gestante. Vd. il commento di C. SIFFREIN-BLANC, *Une femme transgenre sera finalement mère!*, in *Droit de la famille*, 2022, 34.

⁶³ Va visto sul tema J. LONG, *Essere genitori transessuali*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2008, II, 236 ss.; vd. anche, per un 'uso' del principio del *best interest of the child* in ambito UE, M.G. RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. fam.*, 2011, 1004 ss. Merita una lettura la ricerca condotta, peraltro qualche tempo fa, da E. FACCIO, E. BORDIN, *Genitori Transessuali: un'indagine esplorativa*, in *Scienze dell'Interazione*, I, 2009, 43 ss.

⁶⁴ È il caso di un genitore trans M2F che si era visto comprimere il diritto alle visite ai figli, fino a una completa estraniamento, dal momento della transizione. La Corte di Strasburgo ha stig-

ABSTRACT

Lo scritto, partendo dalle esperienze recenti di diversi ordinamenti a regolare la posizione giuridica della persona transessuale, propone una lettura dei passaggi evolutivi nel contesto italiano (nel senso del progresso della disciplina verso una più aperta autodeterminazione) attraverso la lente del rapporto legislatore/giurisprudenza, per sottolineare come quest'ultima abbia dovuto, nel tempo, supplire alle inerzie del primo. Si prefigura, ad avviso dell'autrice, la necessità, da un lato, di nuovi interventi da parte del giudice costituzionale; dall'altra di un possibile intervento di armonizzazione a livello sovranazionale, che garantisca una forma di protezione minima sottratta alla tirannia dei legislatori su un tema tanto delicato sul piano valoriale quanto facilmente strumentalizzabile sul piano politico.

The paper, starting from the recent trends in various legal systems to regulate the legal status of transgender individuals, offers an analysis of the evolutionary steps within the Italian context (in terms of the progress of legislation towards a more open self-determination) through the lens of the relationship between lawmakers and the judiciary. It highlights how the judiciary has had to, over time, compensate for the inertia of the former. In the author's view, there is a need, on one hand, for new interventions by the constitutional court; on the other hand, a possible harmonization at the supranational level that ensures a minimum level of protection, against the risk of the tyranny of legislators on such a sensitive issue, both in terms of values and its susceptibility to political manipulation.

matizzato la decisione della corte nazionale, basata com'era sostanzialmente su un solo studio in materia, oltretutto «widely criticised». In relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, la Corte ha quindi rilevato la violazione del diritto al rispetto della vita familiare, da un lato, del diritto di eguaglianza rispetto ad altri genitori, dall'altro. Si tratta di Corte eur. dir. uomo, 6.7.2021, ric. n. 47220/19, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-210878%22%7D%7D>. Vi si legge: «[...] in the present case the domestic courts did not conduct their assessment with the required scrutiny. They did not engage in an examination of the possible danger to the applicant's children, the nature and severity of the restriction of parental rights, the consequences it might have for a child's health and development, or any other relevant circumstances. In the absence of such relevant considerations the domestic courts based their decisions on the alleged possible negative effect of the applicant's gender transition on her children. The reasons put forward by the authorities and the evidence presented in support of their position cannot be regarded as convincing and sufficient (see paragraph 57 above) to prove the existence of any possible harm to the children's development and to justify the restriction of the applicant's parental rights» [...] «n restricting the applicant's parental rights and contact with her children without doing a proper evaluation of the possible harm to the applicant's children, the domestic courts relied on her gender transition, singled her out on the ground of her status as transgender person and made a distinction which was not warranted in the light of the existing Convention standards» (parr. 78-79).