



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. I

(ESTRATTO)

ILARIA RIVERA

**LE SUGGERZIONI DEL DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE
PERSONALE TRA IDENTITÀ E DIVERSITÀ DI GENERE.
NOTE A MARGINE DI CORTE COST. N. 221 DEL 2015**

12 APRILE 2016

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Ilaria Rivera***Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di [Corte cost. n. 221 del 2015](#)**

SOMMARIO: 1. La [sentenza n. 221 del 2015](#) della Corte costituzionale e l'affermazione dell'identità di genere come espressione dell'identità personale. - 2. La necessità dell'intervento chirurgico e il diritto alla salute psico-fisica dell'individuo. - 3. La rettificazione anagrafica di sesso e la previa sottoposizione ad intervento chirurgico: la sentenza CEDU Y.Y. c. Turchia e la sentenza della Corte di cassazione n. 15138 del 2015. - 4. La rettificazione anagrafica di sesso tra tutela della dignità umana e proporzionalità in ambito medico-scientifico. - 5. La Corte costituzionale e il transessualismo: il "precedente" della [sentenza n. 170 del 2014](#). - 6. La problematica tutela dell'identità personale: alcune riflessioni conclusive.

1. La [sentenza n. 221 del 2015](#) della Corte costituzionale e l'affermazione dell'identità di genere come espressione dell'identità personale.

Per Svevo, la vita è come una malattia, ma, al contrario delle comuni malattie, essa non ha cura¹. Forse, però, la cura esiste e risiede nella possibilità di ricorrere ad un giudice per perseguire una condizione vitale accettabile e dignitosa, a seconda delle aspirazioni umane. Un tale concetto, al netto di qualunque correttivo ermeneutico, rischia di essere rimesso alla fortunosa determinazione dell'azione dell'uomo, che assume le sembianze che il contesto sociale di volta in volta contribuisce a determinare. Ad ogni modo, la realizzazione dell'uomo non può prescindere dalla puntuale individuazione dei suoi bisogni primari e dalla cristallizzazione delle esigenze che ne informano l'animo e ne permeano la personalità.

Sulla base di questo portato argomentativo pare incentrarsi il nucleo essenziale della [pronuncia n. 221 del 2015](#) della Corte costituzionale, che si vuole qui commentare, con la quale il giudice delle leggi ha respinto, mediante una sentenza interpretativa di rigetto, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982², in materia di rettificazione anagrafica di sesso.

La decisione costituzionale prende le mosse dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Trento, il quale si doleva - sebbene attraverso una motivazione non del tutto coerente e carente di una ricostruzione sistematica della normativa censurata - in considerazione delle alterne oscillazioni giurisprudenziali³ che l'avevano interessata, del fatto che la subordinazione della possibilità di

* Dottore di ricerca in "Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale" - Università degli studi di Pavia – ilaria.rivera@virgilio.it.

¹ Letteralmente, l'Autore triestino afferma che la vita non sopporta cura (cfr. I. SVEVO, *La coscienza di Zeno*, Brescia, 1986, 477).

² Che recita testualmente: "La 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". Per un commento alla legge, cfr. S. PATTI, *Legge 14 aprile 1982, n. 164 – Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. GABRIELLI), Torino, 2010, 637 ss.; M. DOGLIOTTI, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giur.it.*, 1981, 27 ss.; R. TOMMASINI, *L'identità del soggetto tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona*, in *Scritti in memoria di Lorenzo Campagna*, Milano, 1981; P. VERONESI, *Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica*, in *Fam.dir.*, 2005, 528 ss.; Con specifico riguardo alle "modificazioni" prescritte dalla normativa in esame, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 27, sottolinea come queste possa essere anche di carattere esclusivamente psicologico, senza coinvolgere necessariamente la sfera fisica.

³ Sull'intervento chirurgico quale condicio sine qua non ai fini dell'accesso alla procedura di rettificazione anagrafica di sesso, si veda Corte App. Bologna, 20 marzo 2013, con commento di A. LORENZETTI, *Modifica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico: lo stop and go della giurisprudenza di merito*, nella rivista telematica [Articolo29](#), 2013.

accedere alla rettificazione anagrafica di sesso⁴ alla modificazione dei caratteri sessuali attraverso trattamenti sanitari (ormonali o chirurgici) comportasse un'ingiustificata invasione nella sfera più intima del soggetto interessato, oltre a costituire un grave pericolo per la salute dello stesso. Più precisamente, a giudizio del rimettente, la necessità della previa sottoposizione ad intervento chirurgico⁵ rischierebbe di minare *in nuce* l'esercizio del fondamentale diritto alla *identità di genere*⁶.

Particolarmente rilevante risulta il richiamo, da parte del giudice rimettente in primo luogo, e del giudice delle leggi nella [sentenza n. 221](#) poi, al concetto di "identità di genere"⁷, da non confondersi con l'altro, seppur affine⁸, di "identità sessuale"⁹. Con la prima espressione, si fa riferimento alla tendenziale corrispondenza tra il sesso percepito nella propria psiche e quello attribuito alla nascita in base alle evidenze morfologiche e, quindi, si guarda alla eventuale distorsione – se non, in taluni casi, alla tensione – tra soma e psiche.

D'altra parte, l'*identità di genere* differisce anche dall'orientamento sessuale, che concerne più propriamente la tendenza a provare attrazione per persone appartenenti al medesimo sesso, a prescindere da considerazioni circa la percezione di sé o del proprio corpo. Ne risulta, quindi, una nozione complessa, proteiforme, condizionata non solo dalle specifiche inclinazioni sessuali, ma

⁴ Cfr. P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/1982*, in *Dir.fam.pers.*, 2, 2009, 729, che mostra le sue perplessità circa la mancata previsione normativa di un lasso di tempo "che contribuisca a fornire maggiore fondamento alle aspirazioni della persona".

⁵ Per l'affermazione che l'effettuazione del trattamento chirurgico demolitivo costituisca un presupposto indefettibile per la rettificazione del sesso, cfr. Trib. Cagliari 25-10-1982; Trib. Roma 3-12-1982; Corte app. Milano 29.1.1971. da ultimo, Trib. Vercelli, 27 novembre 2014; Trib. Potenza, 20 febbraio 2015, nella quale il giudice potentino, dopo aver ricostruito con particolare dovizia l'assetto normativo vigente negli ordinamenti europei in materia, conclude per una siffatta interpretazione in virtù del vincolo dell'elemento testuale ("dati normativi") della normativa, dal quale non si può prescindere; e, ancora, Corte App. Bologna, 22 febbraio 2013; Trib. Roma, 22 marzo 2011. Contra, Trib. Messina, 4 novembre 2014, nella quale si opta per il meno invasivo trattamento ormonale laddove sia sufficiente a ridurre lo iato sussistente tra vissuto sociale del soggetto e diritto all'identità di genere; Trib. Rovereto, 2 maggio 2013; Corte App. Napoli, 15 marzo 2013. Nel senso della necessità di procedere ad intervento chirurgico dei caratteri sessuali che compongano l'apparato riproduttivo, pur non richiedendosi totale coincidenza con i caratteri sessuali del sesso verso cui si transita, si vedano Trib. Taranto, 26 giugno 2013 e, più di recente, Trib. Catanzaro, 30 aprile 2014.

⁶ A tal proposito, la Corte di cassazione, con la sentenza n. 15138 del 2015, chiarisce che l'identità di genere è espressione dell'identità personale, come tale, sacrificabile dallo Stato solo nel caso in cui si renda necessario preservare interessi di rilievo superiore, tra i quali – a giudizio dei giudici di legittimità – non possono annoverarsi né l'esigenza di tutela della certezza dei rapporti giuridici né la necessaria diversità sessuale nelle relazioni familiari.

⁷ Per una ricostruzione della tematica, si vedano, ad esempio, F. BARTOLINI, *Identità di genere: per cambiare l'intervento chirurgico non è (più) necessario (secondo il Tribunale di Genova)*, in *Dir.civ.cont.*, 3 giugno 2015; S. PATTI, *Rettificazione di sesso e trattamento chirurgico*, in *Fam.pers.succ.*, 2007, 25 ss.; A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *Nuova Giur. civ.*, 2012, 243 ss.; M. TRIMARCHI, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*, in *Fam.Dir.*, 2012, 2, 183 ss.; A. VESTO, *Favorire l'emersione dell'identità sessuale per tutelare la dignità umana nella sua unicità*, in *Nuova Giur.civ.*, 2015, 6 ss.

⁸ Per la ricostruzione del dibattito circa la differenza tra identità di genere, identità sessuale e orientamento sessuale, si vedano, tra gli altri, F. BILOTTA, *Transessualismo (voce)*, in *Dig.disc.priv.*, Torino, 2013, 732 ss., spec. 765 ss.; P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir.fam.pers.*, 2009, 713 ss.

⁹ Per una distinzione tra i due concetti, si veda, tra gli altri, R.J. STOLLER, *Sex and gender. On the development of masculinity and femininity*, London, 1968. Per una ricostruzione del dibattito dottrinario circa la differenza tra sex e gender e le relative ricadute pratiche, si veda, più di recente, L. PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, Milano, 2012, 8 ss. sul punto, si veda, peraltro, [Corte cost. sentenza n. 161 del 1985](#), nella quale il giudice delle leggi chiarisce come il diritto al perseguimento dell'identità sessuale costituisca espressione del più generale diritto all'autodeterminazione personale, in relazione al quale sussiste l'obbligo in capo alla collettività sociale di assicurare adeguato rispetto "per dovere di solidarietà sociale". Sul punto, cfr. L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 201. A tal riguardo, G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in *Trattato di Biodiritto*, in S. CANESTRARI, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 740, evidenzia che "il diritto all'identità sessuale [rappresenta] proiezione della percezione psicologica di genere del soggetto". Similmente, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 26, considera il diritto all'identità sessuale come "corollario del diritto all'identità personale dall'art. 2".

anche dal contesto sociale nel quale l'individuo si trova a vivere e, infine, dalla percezione dell'io da parte della comunità sociale.

Così intesa, l'identità di genere¹⁰ si ricollega ad un'altra nozione non facilmente intellegibile nelle composite sfumature che la connotano, ossia il transessualismo¹¹, che si manifesta nel caso in cui il sentimento di rifiuto al genere convenzionalmente riconosciuto alla nascita comporta, nel soggetto che non vi si riconosce, il bisogno di transitare verso il sesso al quale sente più propriamente di appartenere, attraverso la modificazione – nel caso – anche dei tratti corporei primari o secondari che disvelano, appunto, il sesso biologico. In tal senso, la modifica morfologica, mediante il trattamento chirurgico od ormonale¹², si porrebbe funzionalmente allo scopo di attenuare il divario tra la percezione di sé e la percezione della propria persona da parte degli altri.

Ciò nondimeno, la modificazione dei caratteri sessuali non pare risultare necessario¹³, almeno nella lettera della norma di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, in combinato disposto a quanto previsto dall'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011¹⁴, ai fini dell'ottenimento della rettificazione anagrafica del sesso. Circostanza, questa, che ha portato la giurisprudenza di merito¹⁵ a porsi variamente rispetto alla questione e a ravvisarne o meno i caratteri di necessità a seconda della specifica situazione del soggetto che intendeva sottoporsi al percorso psico-fisico di transito. Non sono mancate, più nello specifico, pronunce nelle quali l'autorità giurisdizionale, mediante la valorizzazione del dato *personale* su quello prettamente *biologico*, ha inteso assicurare la prevalenza ad un concetto di "salute" comprensivo anche della sfera psicologica, escludendo, quindi, la sottoponibilità a interventi chirurgici modificativi particolarmente invasivi.

D'altra parte, non è mancato chi abbia dato rilievo alla necessità di assicurare la certezza degli status giuridici soggettivi attraverso la nitida individuazione dell'appartenenza sessuale e la precisa corrispondenza tra questa e il nome anagraficamente attribuito. Così intesa, la dicotomia del sesso potenzialmente attribuibile sembrerebbe rispondere all'esigenza di assicurare situazioni giuridiche *chiare* ovvero *chiarificate* mediante procedimenti che non trasmodino nella arbitraria determinazione della volontà del soggetto.

2. La necessità dell'intervento chirurgico e il diritto alla salute psico-fisica dell'individuo.

¹⁰ La quale può rappresentare uno dei motivi di persecuzione e giustificare, quindi, a livello internazionale il riconoscimento dello status di rifugiato. In tal senso, L'art. 10, paragrafo 1, lett. d), della direttiva 2011/95/UE (Direttiva qualifiche) prevede che "in funzione delle circostanze nel paese d'origine, un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale. L'interpretazione dell'espressione «orientamento sessuale» non può includere atti penalmente rilevanti ai sensi del diritto interno degli Stati membri. Ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, si tiene debito conto delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere".

¹¹ Per un approfondimento sul punto, si veda, P. STANZIONE, *Transessualismo*, in *Enc.dir.*, Milano, 1992, 874 ss.

¹² Sul punto, A. VESTO, *Favorire l'emersione dell'identità sessuale per tutelare la dignità umana nella sua unicità*, in *Nuova Giur.Civ.*, 2015, 6, 10544.

¹³ In tal senso, la Corte di cassazione, nella citata sentenza n. 15138 del 20 luglio 2015, specifica che la mera eventualità della sottoposizione all'intervento chirurgico deriva dal fatto che quest'ultimo può, in taluni casi, risultare eccessivamente invasivo per la salute del soggetto che vi si sottopone, con la conseguenza che risulta auspicabile procedere, di volta in volta, al bilanciamento tra il diritto all'identità di genere del soggetto interessato e il diritto alla salute, il quale prevale sul primo nel caso in cui si abbia "diagnosi di disforia di genere e (...) modificazione certa dei caratteri sessuali secondari attraverso interventi di chirurgia estetica e terapie ormonali". Peraltro, la dicotomia sussistente tra il godimento del diritto all'identità personale, nella peculiare accezione di identità di genere, e quello del diritto alla salute traspare, secondo la Cassazione, dalla sottoposizione o meno al trattamento chirurgico, ove, nel primo caso, troverebbe piena attuazione il diritto al perseguimento della propria identità personale, mentre, nel secondo, verrebbe preservato il diritto alla propria integrità psicofisica, a scapito dell'autodeterminazione personale.

¹⁴ Cfr. "Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato. Il procedimento è regolato dai commi 1, 2 e 3". Sul punto, cfr. M. PILLONI, *Delle controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso – commento all'art. 31 del d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150*, in *Codice di procedura civile commentato* (diretto da C. CONSOLO), Milano, 2012, 396 ss.

¹⁵ Vedi nota 5.

Al netto delle possibili interpretazioni che di tale articolato normativo sono state offerte nelle diverse pronunce giurisprudenziali, è agevole osservare che, in ogni caso, il percorso di transizione, da intendersi non esclusivamente nella accezione propriamente sessuale, si denota per la sua complessità, involgendo una serie di fattori, fisici, psicologici, sociali¹⁶, che debbono essere presi in dovuta considerazione dagli operatori sanitari e da tutti coloro che intendano accompagnare la persona che voglia sottoporvisi.

La valorizzazione della dignità umana¹⁷, nei molteplici accenti nei quali essa si esprime¹⁸, e la necessità di assicurare la prevalenza ontologica dell'uomo kantianamente inteso come fine, complesso centro di relazioni sociali e di intime aspirazioni personali, sembra aver costituito la traccia argomentativa nel solco della quale il giudice costituzionale è giunto a riconoscere che la richiesta di accesso alla rettificazione anagrafica del sesso può prescindere dall'intervento chirurgico¹⁹.

In particolare, il giudice delle leggi, riprendendo e sviluppando ulteriormente l'asse motivazionale della precedente sentenza n. 161 del 1985²⁰, evidenzia l'importanza dell'identità di genere quale estrinsecazione specifica dell'identità personale, la cui tutela si impone nell'ordinamento giuridico interno ai sensi degli artt. 2 e 32 della Costituzione e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La necessità dell'intervento chirurgico al fine della rettificazione del sesso²¹ sembra collidere – a giudizio della Corte – con un concetto di salute psicofisica da intendersi nel senso *positivo* di libera espressione dei bisogni che determinano la trama personale e nel senso *negativo* di libertà dello stesso da qualsiasi tipo di costrizione, fisica o psicologica²². In tal senso, il percorso di transizione pare dover trovare un'attuazione differente, lontano da rigide determinazioni aprioristiche, che dover conto delle legittime aspirazioni personali e delle contingenze concrete nelle quali l'individuo vive e si relaziona con gli altri. Così inteso, l'intervento chirurgico diviene uno strumento meramente funzionale al

¹⁶ Cfr. P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in F. D'AGOSTINO, *Identità sessuale e identità di genere*, cit., 29.

¹⁷ Che – a giudizio di F. RINALDI, *La «dignità umana» e la «vita»: tra «volontà» e «rappresentazione»*. Note minime, nella rivista telematica [Diritti Fondamentali](#), 2012 – assume precisa consistenza nell'atto di lesione o di compressione della stessa. Nella giurisprudenza costituzionale, il giudice delle leggi evidenzia come la dignità umana costituisca “un valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo” ([sentenza n. 293 del 2000](#)) ovvero che rappresenti un “valore supremo”, sottratto, quindi, alle dinamiche della revisione costituzionale ai sensi dell'art. 138 Cost. ([sentenza n. 414 del 1991](#)).

¹⁸ Cfr. C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super) costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, 239 ss.

¹⁹ In senso analogo, si vedano Trib. Benevento, 10 gennaio 1986; Trib. Roma, 22 marzo 2011, Trib. Rovereto, 3 maggio 2013. Contra, cfr. Trib. Roma, 3 dicembre 1982; Trib. Milano 2 novembre 1982; Trib. Roma, 18 ottobre 1997; Trib. Sanremo, 7 ottobre 1991; Trib. Macerata, 21 maggio 1985; Trib. Vercelli, 27 novembre 2014; Trib. Potenza, 20 febbraio 2015. Nel dibattito dottrinario, circa l'opportunità di sottoposizione ad intervento chirurgico, si veda L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, nella rivista telematica [Federalismi.it](#), 2013.

²⁰ Nel senso che “Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche (come ebbe ad esprimersi il *Bundesverfassungsgericht* nella nota sentenza dell'11 aprile 1978), ed a questo effetto, di norma, è indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica (...) l'intervento chirurgico e la conseguente rettificazione anagrafica riescono nella grande maggioranza dei casi, come si è detto, a ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche, consentendo al transessuale di godere una situazione di, almeno relativo, benessere, ponendo così le condizioni per una vita sessuale e di relazione quanto più possibile normale”. Per un commento, tra gli altri, si veda M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur.it.*, 1, 1987, 236.

²¹ Sul punto, M.M. WINKLER, *Cambio del sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur.mer.*, 3, 2012, 584, sottolinea che “La concezione per cui vedersi riconosciuto un proprio diritto una persona debba per forza sottoporsi a trattamenti clinici altamente invasivi, al limite di mettere in pericolo la propria salute, stride in maniera evidente con lo scopo della legge, che è quello di consentire alla persona transessuale di raggiungere l'equilibrio psico-fisico”.

²² Così, anche la Corte di cassazione, nella sentenza supra richiamata, ravvisa l'impossibilità, per la norma di cui all'art. 1 della legge n. 164 del 1982 di esprimere l'imposizione dell'intervento chirurgico nella illogicità che sussista un obbligo in natura di qualsiasi tipo di trattamento chirurgico demolitorio.

perseguimento di un maggior livello di benessere psicofisico²³, ma non il mezzo esclusivo cui ricorrere per dare seguito all'esigenza di inverare la propria identità²⁴.

In tale prospettiva, peraltro, assume un ruolo cruciale il giudice, chiamato a valutare gli elementi fattuali dirimenti nel procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica di sesso, all'esito del quale, questi potrebbe escludere la l'opportunità di prescrivere il suddetto intervento qualora risulti eccessivamente gravoso per la salute del soggetto interessato ovvero non necessario, in quanto già effettuato all'estero o supplito da idonea terapia ormonale.

L'eventualità dell'intervento chirurgico risponde, in ogni caso, alla necessità di garantire il diritto alla salute²⁵, da considerarsi come "stabile equilibrio psico-fisico", nei casi in cui la tensione tra il sesso biologico e quello psicologico risulti imm modificabile e, anzi, rischi di aggravare il profondo disagio nel quale versa il soggetto che si ritrova a vivere in una condizione di frazionamento della propria personalità.

La Corte costituzionale pare, quindi, dare rilievo alla imprescindibile connotazione personalistica del diritto alla salute, che si manifesta nella necessità di assicurare la soddisfazione delle prioritarie esigenze dell'individuo, anche nella specifica realizzazione personale e secondo le modalità che risultino più opportune nel perseguimento di quel fine ultimo che è costituito, appunto, dall'uomo.

Come sottolineato in diversi passaggi della pronuncia in commento, il riconoscimento della possibilità di accedere alla procedura di rettificazione anagrafica di sesso, a prescindere o meno dalla sottoposizione al previo intervento chirurgico²⁶, costituisce un approdo evolutivo ed ermeneutico in

²³ Al riguardo, si fa rinvio alla nota sentenza della Corte costituzionale tedesca dell'11 gennaio 2011, con la quale il giudice costituzionale tedesco ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa in materia di transessualismo – segnatamente l'art. 8, comma 1, n. 2 e 4 del *Transsexuellengesetz* nella parte in cui imponevano, ai fini della rettifica del sesso, la permanente incapacità a procreare e "un'operazione chirurgica di trasformazione dei suoi attributi sessuali esteriori, con la quale sia stato raggiunto un chiaro avvicinamento al quadro morfologico dell'altro sesso" – per l'irragionevolezza di imporre un trattamento sanitario particolarmente lesivo per la salute al fine di provare la serietà della transessualità. In senso analogo, anche la Corte costituzionale austriaca con sentenza del 3 dicembre 2009. In Gran Bretagna, il *Gender Recognition Act 2004* prevede la mera eventualità dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione dell'attribuzione del sesso, in particolare affermando che "the fact that a person's gender has become the acquired gender under this Act does not affect the status of the person as the father or mother of a child" e che tale nuova situazione "does not affect the disposal or devolution of property under a will or other instrument made before the appointed day". In Spagna, la legge n. 3 del 15 marzo 2007 consente l'effettuazione della rettifica dell'attribuzione del sesso, senza bisogno di intervento chirurgico, a qualsiasi persona spagnola, maggiorenne e nel pieno delle facoltà mentali, cui sia diagnosticata disforia di genere e sia sotto trattamento ormonale da almeno due anni. Per un commento alla normativa spagnola, cfr. R. PLATERO MÉNDEZ, *Transsexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización*, in *Política y Sociedad*, 46, 1-2, 2009, 112 ss. da ultimo, nell'aprile del 2015, è stata approvata a Malta una legge che consente l'accesso alla rettificazione anagrafica del sesso, senza previa sottoposizione ad intervento chirurgico, nella quale, peraltro, si dà la possibilità ai soggetti interessati di non dichiarare il proprio sesso o genere sui documenti di identità attraverso la menzione del simbolo X. Si prevede, inoltre, che se, al momento della nascita non possa essere stabilito il sesso biologico perché dubbio, non si compilerà la relativa sezione nel certificato di nascita, dovendo, di contro, provvedere i genitori alla relativa dichiarazione entro il quattordicesimo giorno successivo alla nascita.

²⁴ Costituendo, così, il fine primario da perseguire nell'esercizio dell'attività interpretativa da parte del giudice interno (cfr. A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quad.cost.*, 4/2015, 1009).

²⁵ Sulla preservazione del diritto alla salute nella condizione di transessualismo, cfr. P.M. VECCHI, *Transessualismo* (voce), in *Enc.giur.*, XXXI, Roma, 1994, 2 ss.

²⁶ Nel senso di ritenere necessario l'intervento chirurgico esclusivamente nell'ipotesi in cui sussista una patente discrepanza tra sesso anatomico e percezione sessuale, si vedano, tra le altre, Trib. Roma 22-3- 2011 e Trib. Rovereto 3-5-2013. In senso analogo, anche Trib. Benevento 10-1-1986, che ribadisce la mera eventualità di questo nel caso in cui non sussiste la volontà di sottoporvisi.

un contesto sociale mutato e maturato²⁷, nel quale la tutela dell'identità personale²⁸ impone un ripensamento complessivo dei canoni assiologici alla luce dei quali valutare e proteggere le istanze individuali²⁹.

Le modalità operative³⁰ attraverso le quali provvedere al riconoscimento e all'arricchimento del percorso di strutturazione dell'identità personale dovrebbero essere rimesse, come sottolineato dalla Corte, alla libera scelta del soggetto che *transita*³¹, di modo da non ingerire in una scelta personalissima di rinvenimento della propria identità. In questo percorso di realizzazione e di maturazione della personalità³², nelle molteplici accezioni cui si presta tale espressione, sarà il giudice a verificare le condizioni nelle quali vive il soggetto e avallare, se del caso, la volontà di sottoporsi alla procedura di rettificazione senza preventivo intervento chirurgico demolitivo dei caratteri sessuali.

3. La rettificazione anagrafica di sesso e la previa sottoposizione ad intervento chirurgico: la sentenza CEDU Y.Y. c. Turchia e la sentenza della Corte di cassazione n. 15138 del 2015.

Nodo cruciale della normativa della pronuncia in commento, che sembra lasciare soluzioni ancora aperte e dai confini applicativi non immediatamente percepibili, sta nella corretta individuazione dei caratteri sessuali – primari o secondari³³ - sui quali si deve inserire la pretesa modificazione ai fini della rettificazione anagrafica del sesso.

Tale questione non è di poco momento se si considera che la sopravvenuta incapacità procreativa, ai fini della rettificazione anagrafica, veniva richiesta come prerequisito essenziale in taluni ordinamenti europei ed è stata sanzionata dal giudice di Strasburgo proprio in ragione della

²⁷ Al riguardo, si vedano le riflessioni di M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Roma, 2010, 126, il quale pone in evidenza la necessità, oltre che l'opportunità, di bilanciare, da un lato, l'esigenza di assicurare la protezione della persona umana, anche nella mutevolezza del contesto sociale di appartenenza, e, dall'altro, quella di assicurare il rispetto del reticolo costituzionale, proponendo, così, un aggiornamento del diritto alla luce delle contingenze sociali, pur senza intaccare "le mura maestre della Costituzione".

²⁸ Al riguardo, D. BUZZELLI, *Il diritto all'identità ricostruita*, in *Nuova Giur.Civ.*, 2013, 6, 10630, sottolinea come il percorso di ricostruzione dell'identità personale si strutturi variamente a seconda del tipo di finalità perseguita. In particolare, il discorso diviene più problematico laddove venga in rilievo l'attribuzione di un segno distintivo convenzionale diverso da quello che connotava il soggetto nell'originaria condizione.

²⁹ Sui profili di pertinenza tra dignità umana e transessualismo, cfr., tra i molti, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma 1° ottobre 2007, nella rivista telematica *Rivista AIC*, 2007; A. RUGGERI, "Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, *ivi*, 2011.

³⁰ Cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 201.

³¹ Secondo un percorso che viene definito dal giudice di legittimità nella citata sentenza del 2015 "non standardizzabile".

³² Sulla nozione di "identità personale", si vedano, tra le altre, Corte cost. [sentenze nn. 278 del 2013](#) e [425 del 2005](#), in materia di parto in anonimato, [sentenza n. 120 del 2011](#), sull'attribuzione del cognome dell'adottante al figlio adottato, e [sentenza n. 13 del 1994](#), sempre in tema di attribuzione di cognome, nella quale il giudice costituzionale chiarisce che, in virtù dell'art. 2 Cost., rientra nel novero dei diritti inviolabili della persona il diritto all'identità personale, "di cui il nome (...) rappresenta il primo e il più immediato elemento caratterizzante, in quanto segno distintivo e identificativo della persona umana nella sua vita di relazione".

³³ A tal riguardo – come evidenziato da A. LORENZETTI, *Il cambiamento del sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, nella rivista telematica *GenIus*, n. 1, giugno 2015, 176-177 – l'intervento chirurgico deve essere inteso come una sorta di "contenuto minimo essenziale", riguardante gli elementi caratteristiche della differenziazione uomo/donna. Peraltro, l'Autrice si interroga se, dopo aver effettuato l'operazione de qua, risultino con nitore le caratteristiche fisiche auspiccate, "sia pure senza pretendere la funzionalità dei nuovi organi e comunque tenendo conto dei limiti in cui la conversione è tecnicamente possibile". Sul punto, si è espresso il Trib. Pavia, con sentenza 26 febbraio 2006, nella quale chiarisce che "ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso, in particolare dell'attribuzione anagrafica con provvedimento giudiziario del sesso femminile a persona originariamente di sesso maschile, è sufficiente che la persona si sia sottoposta a trattamento chirurgico consistente nella totale asportazione di entrambi i testicoli, in quanto organi che permettono di generare come uomo, mentre non è necessaria anche l'asportazione del pene, con conseguente formazione degli organi sessuali femminili, ciò anche a salvaguardia del diritto del soggetto alla salute e all'integrità fisica".

intangibilità riconosciuta all'essere umano, la cui preservazione identitaria si impone assiologicamente sulla asserita certezza delle situazioni giuridiche esistenti.

La citata pronuncia della Corte europea³⁴, che curiosamente non viene richiamata nel percorso motivazionale della [sentenza n. 221 del 2015](#), forse in ragione dell'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la [sentenza n. 49 del 2015](#)³⁵ volto ad evidenziare la priorità assiologica del dettato costituzionale sugli altri cataloghi di diritti internazionali proclamati – e nel caso di specie, sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁶ –, dopo aver ribadito la facoltà per gli Stati membri del Consiglio d'Europa di adottare la disciplina normativa che ritengano più opportuna, in ossequio alla sussistenza del margine di apprezzamento nazionale e in assenza di un consolidato *consensus* europeo, osserva, d'altra parte, che la scelta normativamente imposta dall'art. 40 del codice civile turco di imporre la procedura di sterilizzazione al fine della successiva rettifica anagrafica del sesso non costituisce un'ingerenza statale “necessaria” e giustificata in una società democratica, così violando l'art. 8 CEDU³⁷ (“diritto al rispetto della vita privata e familiare”). A tal fine, il giudice europeo chiarisce che “la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu (Christine Goodwin³⁸, précité, § 90)” (par. 109). Assume vigore, pertanto, nel percorso motivazionale adottato dalla Corte europea il libero

³⁴ Si tratta della sentenza *Y.Y. c. Turchia* del 10 marzo 2015, divenuta definitiva il 10 giugno 2015, nella quale il giudice di Strasburgo rammenta che, in tematica particolarmente sensibili, tra le quali è riconducibile il diritto all'autodeterminazione personale, il margine di apprezzamento rimesso ai singoli Stati si restringe. D'altra parte, questo è destinato ad ampliare il proprio raggio nel caso in cui non si strutturi un comune *consensus* europeo tra gli Stati aderenti alla Convenzione. Parimenti, nell'opinione concordante dei Giudici Keller e Spano, si evidenzia che, nella valutazione dell'ingerenza sul diritto alla determinazione personale, intesa quale determinazione di genere, la discrezionalità rimessa all'autorità pubblica deve ridursi al minimo.

³⁵ A commento della pronuncia, nella nutrita letteratura sul punto, si vedano, tra gli altri, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in [Dirittopenalecontemporaneo](#), 2015; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in [Rivista AIC](#), maggio 2015; R. CONTI, [La CEDU assediata? \(Osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015\)](#), in questa [Rivista](#), 2015, 181 e, ancora, A. RUGGERI, *Fissati i nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in [Dirittopenalecontemporaneo](#), 2015, 6-7, il quale non cela le proprie perplessità in ordine al ragionamento espresso dalla Corte costituzionale nell'organizzazione gerarchica delle Carte (costituzionale e convenzionale) sia sul piano della teoria delle fonti sia sul piano della teoria della interpretazione delle stesse, rispetto alla quale non sarebbe possibile effettuare una graduazione prioritaria.

³⁶ Sul rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento sovranazionale, segnatamente CEDU, la giurisprudenza costituzionale si è assestata nel senso di riconoscere alla Convenzione europea, a partire dalle note sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, la natura di norma interposta nel giudizio di legittimità costituzionale, in virtù del richiamo degli obblighi internazionali nella formulazione del nuovo art. 117, primo comma, Cost. Peraltro, il giudice delle leggi chiarisce come anche le norme CEDU non siano sottratte ad operazioni di bilanciamento, al fine di assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, degli interessi di volta in volta coinvolti nel sindacato concreto e nella prospettiva di perseguire “la massima espansione delle garanzie” di tutti i diritti e i principi rilevanti (così, Corte cost. sentenze nn. [170 del 2013](#), [264 del 2012](#), [236 del 2011](#), [93 del 2010](#)).

³⁷ Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di rispetto alla vita privata, intesa quale diritto all'identità di genere, cfr., tra gli altri, L. TRUCCO, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2003, 378 ss.

³⁸ Nella sentenza dell'11 luglio 2002, [Goodwin c. Regno Unito](#), la Corte di Strasburgo, nel dichiarare la violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) da parte del Governo britannico, ravvisando l'insussistenza di motivi di ordine pubblico tali da impedire il riconoscimento legale della rassegnazione del sesso della ricorrente, chiarisce, in un passaggio particolarmente significativo, che “the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings (see, inter alia, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, judgment of 29 April 2002, § 62, and *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, judgment of 7 February 2002, § 53, both to be published in ECHR 2002-...). In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved” (par. 90). Sul punto, cfr. S. PATTI, M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986, 118 ss.

perseguimento dell'identità personale³⁹, il cui sviluppo risulta inscindibilmente connesso alla preservazione dell'integrità psico-fisica dell'individuo e al diritto all'autodeterminazione personale. Trova accoglimento, nella visione prospettica adottata dalla Corte europea, l'obbligo in capo agli Stati membri di astenersi – in attuazione del portato in senso negativo dell'art. 8 CEDU - da qualsiasi atto o comportamento che possa ledere la dignità dell'individuo – nel caso di specie, mediante l'imposizione dell'incapacità procreativa ai fini della transizione di genere⁴⁰ -, anche nell'ambito di un procedimento di cambiamento personale specificamente scelto e voluto dal soggetto.

La pronuncia *Y.Y. c. Turchia*⁴¹, costituisce, peraltro, la base argomentativa dalla quale prende le mosse un'altra sentenza, la n. 15138 del 2015 della Corte di cassazione⁴² che, a differenza di quella che qui si commenta, evidenzia in diversi passaggi che la citata legge n. 164 del 1982 non prescrive testualmente alcun tipo di intervento chirurgico né, tantomeno, specifica quali siano i caratteri sessuali che debbano essere modificati. Particolare attenzione viene dedicata dal giudice di legittimità al contesto normativo sovranazionale, europeo e CEDU, all'interno del quale si inquadra il fenomeno del transessualismo. Non potrebbe, a giudizio di quest'ultimo, determinarsi in capo al soggetto transessuale l'obbligo di effettuare la drammatica scelta tra la necessità di assicurare la propria salute psichica, mediante il cambio del sesso, e quella di non compromettere la salute fisica mediante la sottoposizione ad un intervento chirurgico serio e dagli esiti incerti. Il rifiuto della tesi volta ad accogliere la necessità dell'intervento medico-chirurgico sembra essere suffragato – a giudizio della Cassazione - anche dalla considerazione complessiva dei valori coinvolti e potenzialmente confliggenti. Invero, nessun interesse pubblico superiore sembrerebbe giustificare, in ogni caso, il sacrificio della condizione psico-fisica del soggetto in ragione dell'attribuzione del nuovo sesso. Il percorso di mutamento sessuale risulta piuttosto complesso, e attraversato dal dissidio di vivere una condizione umana non corrispondente esattamente al proprio intimo volere. Nel quadro così tratteggiato, l'imposizione dell'intervento chirurgico rischierebbe di acuire la gravità di una scelta personalissima già particolarmente sofferta e di portare ad esiti autodistruttivi il soggetto che vi si sottopone, non più libero di perseguire il proprio processo di maturazione personale, bensì coatto dall'esigenza collettiva di raggiungere una condizione di corrispondenza giuridica al nuovo genere.

Sottolinea, peraltro, il giudice di legittimità che la mancanza di qualunque obbligo circa l'intervento chirurgico demolitivo ovvero ricostruttivo dei caratteri sessuali non può prescindere dall'effettuazione di un rigoroso accertamento giudiziale dell'avvenuto transito personale. Similmente, in taluni ordinamenti europei, si richiede, al fine di accedere al mutamento di sesso, la verifica del fatto di vivere conformemente al nuovo sesso per un determinato lasso di tempo, di modo da valutare l'aderenza del sentire personale al sesso diverso da quello cui biologicamente si appartiene e la costante volontà di transitare verso il sesso cui si sente, al contrario, di appartenere⁴³.

³⁹ Sempre con riguardo alla questione della rettificazione anagrafica del sesso, la Corte europea dei diritti dell'uomo specifica che l'obbligo di garantire il pieno godimento di tutti gli aspetti della vita privata, compreso quello alla realizzazione della condizione psicologica della propria identità di genere, costituisce un obbligo positivo che incombe in capo ai singoli Stati membri a mente dell'art. 8 CEDU (così, sentenza CEDU, *L. c. Lituania* dell'11 settembre 2007). Peraltro, tale obbligo non si arresta nel riconoscimento giuridico del processo di transizione, ma deve volgere anche alla concreta tutela del soggetto interessato nella rimozione delle differenze fisiche che possano fondare una differenziazione con i membri biologici del sesso cui questo comincia ad appartenere.

⁴⁰ Peraltro, mostrano, al riguardo, le proprie perplessità i giudici Lemmens e Kuris, i quali si interrogano sulla necessità, in taluni Stati, di imporre requisiti così stringenti, quali l'incapacità procreativa, ai fini della rettificazione del sesso, invitando il consesso giudicante europeo a ripensare la questione in termini più approfonditi.

⁴¹ Per un commento alla pronuncia in questione, si veda A. CORDIANO, *La Corte di Strasburgo (ancora) alle prese con la transizione sessuale. Osservazioni in merito all'affaire Y.Y. c. Turchia*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 502 ss.; A. DEL GUERCIO, *Il riconoscimento giuridico dell'identità di genere delle persone trans gender, tra sterilizzazione imposta e diritto all'autodeterminazione. Il caso Y.Y. c. Turchia e le cautele della Corte europea*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 9, 2015, 441 ss.

⁴² Cfr. Corte di cassazione, I sez. civ., 20 luglio 2015, n. 15138. Per un commento, cfr. G. CASABURI, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico «radicale». Rivive il mito dell'ermafroditismo?*, in *Il Foro italiano*, 2015, I, 3138 ss.

⁴³ Cfr. S. PATTI, *Transessualismo*, in *Dig.it., disc.priv.*, IXI, Torino, 1999, 416.

Ciò che sembra risaltare alla luce della giurisprudenza richiamata è che il percorso personale di riscoperta identitaria⁴⁴ dovrebbe trovare specifica attuazione secondo modalità differenziate a seconda delle peculiari situazioni in rilievo⁴⁵. In tal senso, il punto di approdo sembra costituire un elemento problematico nella maturazione di una rinnovata coscienza personale, ma, allo stesso modo, anche la condizione di partenza, poiché la percezione originaria del soggetto transessuale pare acquisire un'importanza cruciale nella determinazione degli aspetti da valorizzare nella ricerca dell'io⁴⁶. Una siffatta affermazione, peraltro, rischia di esibire tutte le sue criticità se ci limita a considerare l'elemento volontaristico del cammino transessuale, che può trasmodare nella definizione volontaristica di canoni esistenziali nuovi⁴⁷ insuscettibili di essere sindacati⁴⁸. In realtà, quello che si vuole qui rilevare è che il perseguimento dell'identità personale⁴⁹ in generale, e dell'identità di genere⁵⁰ in particolare - a prescindere dal fatto che si parli o meno di transessualismo⁵¹, disforia di genere⁵² ovvero di distorsione dell'orientamento sessuale⁵³ - necessita di passaggi complessi che richiedono il progressivo perfezionamento nella mutata coscienza individuale, con l'imprescindibile

⁴⁴ Particolarmente significativa, al riguardo, risulta la riflessione di L. PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, cit., 18-19, la quale sottolinea come il concetto di identità esiga la differenza, intesa quale opposizione. Così intesa, essa non può che comportare la sussistenza di una specifica prospettiva entro la quale sviluppare la propria personalità, perfettamente definita nelle caratteristiche essenziali. In tal modo, la trans-identità, pensata quale condizione di transizione del soggetto che inventa – nel significato classico – il proprio percorso di strutturazione individuale, costituisce una contraddizione logica, poiché implica una fluidità concettuale difficilmente conciliabile l'esigenza di rigida demarcazione sessuale.

⁴⁵ Con riguardo all'interazione tra invero della dignità umana e tutela egualitaria sostanziale, cfr. M.R. MARELLA, *A New Perspective on Human Dignity: European Contract Law, Social Dignity and the Retreat of the Welfare State*, in S. GRUNDMANN (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, New York, 2008, 137 ss.

⁴⁶ Laddove il corpo – come sottolineato da M. CARTABIA, *Avventure giuridiche dell'identità sessuale*, in F. D'AGOSTINO, *Identità di genere e identità sessuale*, cit., 51 – viene visto come un ingombro per la realizzazione personale dell'individuo.

⁴⁷ Così, F. D'AGOSTINO, *Introduzione ai lavori*, in ID. (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. Palermo, 9-11, dicembre 2010, Milano, 2012, 2, sottolinea come il progressivo dissolvimento della differenziazione di genere, accompagnati da processi nuovi di procreazione che importino una modificazione dei modelli classici familiari, comporta una fase del tutto originale di auto comprensione della persona umana.

⁴⁸ Cfr. E. ROCCELLA, L. SCARRAFIA, *Contro il cristianesimo. L'ONU e l'Unione Europea come nuova ideologia*, Casale Monferrato, 2005.

⁴⁹ Di cui, come sottolineato nella pronuncia n. 161 del 1985, l'identità sessuale costituisce manifestazione, per cui si afferma una "concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando - poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa - il o i fattori dominanti". Sul concetto di identità e sugli elementi che ne rappresentano estrinsecazione, cfr. D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1995, 197 ss. più ampiamente, sull'identità personale, cfr. G. CASSANO, *Il diritto all'identità personale*, in *Nuova Giur.Civ.Comm.*, 1997, II, 351 ss.; G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale (voce)*, in *Dig.Disc.priv.sez.civ.*, IX, 1993, 294 ss.

⁵⁰ Che, come sottolinea 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 (a proposito delle modifiche alla legge sul transessualismo attraverso la semplificazione dei riti processuali)*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, 736, non costituisce il problema di una minoranza deviante.

⁵¹ Sul punto, si è espressa, peraltro, la Corte di giustizia nella sentenza *P c. S e Cornwall County Council* del 30 aprile 1996 (causa C-13/94), in tema di licenziamento operato dal datore di lavoro per cambiamento di sesso del lavoratore, nella quale si ribadisce la rilevanza della esigenza di tutelare la dignità umana, in particolare chiarendo che "Il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare".

⁵² Con tale espressione si fa riferimento, secondo F. D'AGOSTINO, *Corpo e identità*, in ID., *Bioetica e biopolitica*, cit., 87, ad una condizione di perfezione fisica associata ad un grave malessere per il sesso concretamente attribuito.

⁵³ Sul punto, L. ATTADEMO, *La rettificazione del sesso non presuppone l'adeguamento dei caratteri sessuali primari*, in *Giur.it*, 1/2016, sottolinea che "l'adeguamento chirurgico veniva riconosciuto come l'unica cura efficace di quello che, fino a pochissimi anni or sono, era qualificato come disturbo della sfera sessuale, in quanto incluso nel Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, di seguito "DSM"), fino all'edizione del 2013".

apporto relazionale con la comunità sociale. La percezione di sé, in sostanza, matura e si struttura nel libero confronto con l'altro⁵⁴ e nella realizzazione dei propri bisogni e delle proprie aspirazioni.

4. La rettificazione anagrafica di sesso tra tutela della dignità umana e proporzionalità medico-scientifica.

La tutela della dignità dell'individuo, da cui promana l'espressione delle proprie libertà⁵⁵ e il perseguimento dei propri diritti, si inserisce nella composita articolazione sociale della quale questi è membro.

In questo contesto, si incardina *anche* il percorso soggettivo del transessuale, che sembra maturare dalla consapevolezza di un divario sussistente tra il corpo e ciò che si vorrebbe esprimere attraverso lo stesso. Si tratta di una vicenda umana, che, ben oltre le coloriture ideologiche, risulta indubbiamente intrisa di una particolare drammaticità. In questo cammino, acquista rilievo il supporto psicologico e la consulenza medica degli operatori sanitari⁵⁶, chiamati per primi a valutare i *contorni* della situazione che si va delineando e predisporre gli opportuni presidi. Peraltro, tale valutazione sembra essere corroborata da quella successivamente operata dell'autorità giudiziaria⁵⁷ cui si accede per procedere all'autorizzazione alla rettificazione del sesso, la quale esamina i fattori psicologici, sociali, spirituali, che possono incidere sulla reale volontà del soggetto.

Leggendo in filigrana le parole del giudice delle leggi nella pronuncia in commento, sembrerebbe emergere una sorta di *principio di proporzionalità* in ambito medico-scientifico⁵⁸, in attuazione del quale la necessità del trattamento medico-chirurgico si gradua differentemente a seconda dei valori sottesi e, più in particolare, dell'esigenza di tutelare il fondamentale diritto alla salute psico-fisica del soggetto. L'innovazione della scienza medica⁵⁹ non può prescindere dalla considerazione dei risvolti empirici che importerebbe il mutamento del sesso, soprattutto ove questo fosse imposto chirurgicamente in modo invadente. La proporzione nel caso di specie risiederebbe nella possibilità per il transessuale di tracciare il proprio cammino di transizione attraverso le modalità che ritiene più adatte⁶⁰ e nella facoltà del giudice di valutare la necessità di una simile scelta in relazione agli elementi fattuali, alla ricerca di un equilibrio tra la certezza del diritto e la tutela della salute psico-fisica. Il bilanciamento che quest'ultimo sarebbe chiamato ad operare – e che la Corte sembra evidenziare – si instaurerebbe tra il diritto alla autodeterminazione personale, della quale, come detto,

⁵⁴ In tal senso, cfr. M. MONINA, *Identità sessuale e sviluppo della persona*, Bologna, 1995, 233 ss.

⁵⁵ Per una ricostruzione della teoria della dote (*Mitgifttheorie*) e della prestazione (*Leistungstheorie*), in relazione al rapporto di rispettiva derivazione tra libertà e dignità, cfr. G. SCACCIA, *Dignità umana e giudice amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Loiodice*, Bari, 2013, 1093 ss., il quale, peraltro, si interroga se sia concretamente configurabile un autonomo diritto alla dignità, bilanciabile, per ciò stesso, con altri valori parimenti meritevoli di tutela.

⁵⁶ Così, A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica dei transessuali*, Milano, 2013, 59.

⁵⁷ In tal senso, G. D'AMICO, *Identità di genere: «non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»*, in *Quad.cost.*, 3/2015, 421, sottolinea l'importanza del ruolo spiegato dal giudice nella valutazione del caso concreto alla luce del principio personalista che informa la lettera costituzionale.

⁵⁸ Per una definizione della ragionevolezza in ambito scientifico, cfr. S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, nella rivista telematica [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2014.

⁵⁹ Sulla stretta interrelazione tra innovazione scientifica e riconoscimento giuridico, si vedano, nella letteratura scientifica, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012; S. PENASA, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2015; F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla Bioetica al Biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in [Rivista AIC](#), 4/2015.

⁶⁰ L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in [Federalismi.it](#), 21/2013, 28, sottolinea, nell'indagine comparata della disciplina del transessualismo negli ordinamenti europei, che “il ‘pendolo’ de transessualismo tenderà a spostarsi sempre più a favore del profilo psicologico e a detrimento di quello fisico”.

costituisce cifra espressiva specifica l'identità di genere⁶¹, da un lato, e la tutela dell'interesse pubblico alla certezza delle situazioni giuridiche soggettive, dall'altro. Attorno a tale bilanciamento il giudice costituzionale sembra far ruotare tutto l'asse argomentativo della pronuncia, che si risolve, come anticipato, nella protezione del benessere psico-fisico, superando le istanze scissioniste⁶² che tendono ad imporre una scelta tra la salute psichica e quella fisica. Entrambi gli aspetti, infatti, non possono essere concepiti singolarmente in quanto risultano ciascuno proiezione dell'altro e risultano entrambi funzionali alla migliore strutturazione della persona umana⁶³.

La tendenza unitaria acquisita dal diritto alla salute, che sembra assumere, nella visione offerta dalla predetta pronuncia, una connotazione in parte nuova, nel senso di essere connessa al raggiungimento di una stabilità psico-fisica ed emotiva dell'individuo⁶⁴, rappresenta uno snodo cruciale nel processo di avanzamento nel riconoscimento dei diritti, soprattutto in materie sensibili, quale il transessualismo⁶⁵.

Appare evidente l'avanzamento dell'uomo nella preservazione della propria dignità⁶⁶, che si dipana nelle maglie dei propri bisogni e che si forma nel tessuto poroso della comunità sociale⁶⁷ nella quale si svolge la propria dimensione umana. Invero, attraverso l'affermazione della priorità

⁶¹ Sulla esigenza di tutelare il diritto all'identità di genere, si è espressa, tra l'altro, la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Oliari c. Italia* del 21 luglio 2015, in tema di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, nella quale il giudice di Strasburgo afferma che “non avendo il Governo italiano dedotto un interesse collettivo prevalente in rapporto al quale bilanciare gli importantissimi interessi dei ricorrenti, così come individuati in precedenza, e alla luce del fatto che le conclusioni dei tribunali interni in materia sono rimaste lettera morta, la Corte conclude che il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali” (par. 185). Sempre con riguardo a tale pronuncia, nell'opinione concordante dei giudici, si evidenzia come la grave situazione di incertezza giuridica dovuta alla inerzia irragionevolmente protratta dal legislatore ad intervenire rivela “una protratta omessa attuazione di un diritto fondamentale riconosciuto costituzionalmente in modo effettivo”.

⁶² Più in generale, sulla differenza tra dignità attribuibile, intesa, così, in senso oggettivo, e quella, al contrario, intimamente percepita, da considerarsi secondo una accezione più squisitamente oggettiva, si veda V. POCAR, *Dignità e non-dignità dell'uomo*, in *Ragion pratica* 38/giugno 2012, 120 ss.

⁶³ A tal riguardo, F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, in ID., *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, 2011, 176, chiarisce che “Chi perde la consapevolezza della sua specifica identità sessuata o chi intenzionalmente pretende di trascenderla, manipolarla, negarla, perde inevitabilmente la corretta misura della relazionalità che, vincolandolo agli altri uomini, costituisce la radice del suo io”.

⁶⁴ Cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione – Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 77.

⁶⁵ Nel senso di una condizione “complessa” poiché contempla l'interazione di fattori di matrice diversa, cfr. F. BILOTTA, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, in *Nuova Giur.civ.*, 2013, 14, il quale, d'altra parte, ravvisa nel trattamento chirurgico un eventuale ausilio per il benessere psicologico della persona. Più specificatamente, la non obbligatorietà dello stesso deriva da una valutazione della condizione del transessuale improntata su una dissociazione psichica tra sesso attribuito e sesso percepito (c.d. disforia di genere), per la cui risoluzione è possibile ricorrere a molteplici presidi, farmacologici e non, di cui la sottoposizione a chirurgia costituisce l'*extrema ratio*. Sulla nozione di transessualismo, si veda, inoltre, M.M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazione del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur.mer.*, 3, 2012, 575.

⁶⁶ Sull'intangibilità della dignità – che acquisisce un connotato assoluto - con altri valori, cfr. R. POSCHER, *Die Würde des Menschen ist unantastbar*, in *Juristenzeitung*, 59, 15/16, 2004, 756 ss. A tal riguardo, G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicola Lipari*, Milano, 2008, 2295-2296, chiarisce che l'intrecciarsi della umanità di ciascuno comporta la necessità che lo Stato “per la specifica tutela di una socialità anch'essa esigita dalla dignità”. In senso analogo, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili (voce)*, in *Enc.giur.*, Roma, 1989, 2, il quale chiarisce che il requisito dell'invulnerabilità non è proprio di organi o istituzionali, a garanzia delle loro prerogative, bensì è “un connotato ineludibile dei diritti dell'uomo, dei valori personali e della dignità umana”. Per l'affermazione che la dignità umana costituisce un valore “superfondamentale”, si veda A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo il diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011. In senso analogo, come valore supercostituzionale, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol.dir.*, 1991, 343 ss.

⁶⁷ Le cui concrete situazioni di vita – come sottolineato da F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, in *Ragion pratica*, 38/giugno 2012, 172 – possono essere problematiche e “legate a forme specifiche di vulnerabilità”. In tal senso, il concetto di dignità si riconnette ad una prospettiva relazionale, nella quale ciascun individuo diventa persona nella “concreta situazione di presenza, di prossimità con gli altri” (cfr. F. BELVISI, *op.cit.*, 174).

assiologica dell'autodeterminazione personale⁶⁸, che costituisce fine specifico della tutela della dignità umana⁶⁹, trovano giustificazione “le modalità”, di cui la precisa determinazione è rimessa all'individuo, di attuazione del percorso di transizione, che tendano a preservarne la sua salute⁷⁰, non solo fisica, ma anche e soprattutto psichica.

5. La Corte costituzionale e il transessualismo: il “precedente” della [sentenza n. 170 del 2014](#).

La pronuncia in commento sembra testimoniare un altro aspetto significativo, ossia la progressiva sensibilità da parte del giudice delle leggi verso le problematiche concrete connesse alla tutela dei diritti, cercando di offrire risposte che siano in grado di soddisfare le esigenze primarie dei soggetti coinvolti. Già con la [sentenza n. 170 del 2014](#)⁷¹, con la quale il giudice costituzionale si era pronunciato – nella forma di un'additiva di principio⁷² – sulla questione dello scioglimento automatico del matrimonio⁷³ in caso di rettificazione anagrafica di sesso⁷⁴, dichiarando l'incostituzionalità della

⁶⁸ Che – come sottolineato da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 272, si concreta nella realizzazione ovvero nel perseguimento del progetto di vita individuale, irriducibile a rigidi formalismi, bensì mutevole nella sua creazione.

⁶⁹ Sulla impossibilità di bilanciare la dignità umana con altri diritti, si veda G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#). In senso contrario, cfr. F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel “diritto costituzionale europeo”*, in S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 596 ss. nel senso che la dignità umana costituisce il fondamento assiologico per il riconoscimento e la garanzia dei diritti costituzionali, cfr., tra gli altri, C. AMIRANTE, *La dignità umana nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Roma, 2010, e la ricca bibliografia ivi riportata. A tal riguardo, G. SCACCIA, *Dignità umana e giudice amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Loiodice*, Bari, 2013, 1092, evidenzia la connessione funzionale tra la dignità umana e il principio personalista espresso dall'art. 2 Cost., rappresentando, la prima, “il valore fondamentale che dialettizza la protezione e l'esercizio dei diritti in quanto il suo presidio giustifica restrizioni” degli stessi. In senso analogo, Corte cost. sentenze nn. 368/1992, 167/1991 e 479/1987.

⁷⁰ Sulla indubbia connessione tra il “rispetto della persona umana” di cui all'art. 32, secondo comma, Cost. e la tutela della dignità umana, si vedano, tra gli altri, G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 73 ss.; S. RODOTÀ, *Antropologia dell' «homo dignus»*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2010, 551. Sottolinea l'ambivalenza assiologica del concetto di dignità umana, che si presta a porsi, allo stesso tempo, quale diritto fondamentale e principio supremo, C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013, 111. Così, anche, J.F. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale*, Bruxelles, 200, 629, che evidenzia come “La notion de dignité humaine est indéterminée”.

⁷¹ Sulle criticità della vicenda oggetto della pronuncia in questione, si veda, tra gli altri, P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); 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. 170/2014)*, in questa [Rivista](#), 2014, 3 (13.06.2014), il quale non cela le proprie perplessità circa la pronuncia adottata dalla Corte che, a giudizio dell'A., “Diversamente da ciò che accade in presenza di altre additive di principio, nella odierna vicenda è infatti fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'intanto tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, “sussidiariamente” prodotte dal giudice comune, in attesa della organica e compiuta disciplina vagheggiata dalla Corte”.

⁷² Che, a giudizio di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in questa [Rivista](#), 2014, 3 (01.07.14)), viene utilizzata “risposta alla critica di eccessiva invadenza, nei riguardi delle scelte del legislatore, delle decisioni manipolative della Corte (additive o sostitutive), come tali auto applicative. Di fronte alla inerzia del legislatore, accompagnata però dalla presenza di una pluralità di possibili scelte, la Corte si limita a dichiarare la incostituzionalità, senza modificare direttamente la disposizione impugnata, fissando un principio al quale il legislatore dovrà dare attuazione”. Più in generale, sulle pronunce additive di principio e sul seguito, legislativo e giurisdizionale, delle stesse, cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; più di recente, G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2015, 417 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3199 ss.; G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4111 ss.

⁷³ In senso favorevole, cfr, tra gli altri, P.M. VECCHI, *Transessualismo (voce)*, in *Enc.giur.Treccani*, 1984, 9 ss. *Contra*, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 95.

⁷⁴ Per una ricostruzione della vicenda e del dibattito che ne è derivato, sia consentito il rinvio al nostro [Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale \(osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e 8097/2015 della Corte di cassazione\)](#), in questa [Rivista](#), 2015, 466.

norma⁷⁵, la Corte aveva posto l'attenzione sul pregresso vissuto familiare della coppia spostata divenuta, a seguito di intervenuta rettificazione anagrafica di sesso, omosessuale, non più tutelabile ai sensi dell'art. 29 Cost., in ragione del carattere eterosessuale dell'istituto matrimoniale, ma egualmente meritevole di tutela come forma stabile di convivenza ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, sottolineando peraltro l'imprescindibilità dell'intervento legislativo in materia.

In quell'occasione, il giudice costituzionale, sebbene non fosse arrivato ad estendere l'istituto matrimoniale alle coppie di individui dello stesso sesso, d'altra parte poneva in evidenza l'irragionevole previsione dell'automatico scioglimento del vincolo matrimoniale, a seguito della rettificazione anagrafica del sesso di uno dei due coniugi, nel caso in cui entrambi avessero manifestato la volontà di proseguire nel rapporto matrimoniale⁷⁶. L'operazione ermeneutica compiuta dalla Corte era, quindi, volta a bilanciare l'interesse dello Stato a mantenere il requisito dell'eterosessualità a fondamento del vincolo di coniugio a mente dell'art. 29 Cost. e il precedente vissuto affettivo e familiare dei soggetti interessati, invitando il legislatore⁷⁷ ad intervenire quanto prima al fine di disciplinare, nelle forme giuridiche consentite, l'unione tra persone dello stesso sesso.

Ad uno sguardo attento, l'argomentazione svolta nella [sentenza n. 170](#) sembra riprendere il *reasoning* offerto nella precedente [pronuncia n. 138 del 2010](#)⁷⁸, nella quale si riconduceva la tutela delle coppie omosessuali nell'alveo dell'art. 2⁷⁹ del testo costituzionale, e non già nell'art. 29 Cost., ma sviluppa ulteriormente gli approdi applicativi di un tale ragionamento. Con la [sentenza n. 170](#)⁸⁰, infatti, la Corte costituzionale, pur riconoscendo nel dato eterosessuale la cifra caratteristica dell'istituto matrimoniale⁸¹, chiarisce che la sopravvenuta omosessualità, conseguente alla rettificazione dell'attribuzione del sesso, non può vanificare il rapporto precedentemente instauratosi, comportando la dimidiazione della tutela dei coniugi. Ha fatto seguito alla tale pronuncia la [sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di cassazione](#), con la quale il giudice di legittimità, attraverso un percorso

⁷⁵ In senso analogo, si erano espresse anche la Corte costituzionale tedesca con sentenza del 27 maggio 2008, con commento di S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*, in *Corriere Giur.*, 2015, 8-9, 1048 ss., e la Corte costituzionale austriaca con sentenza dell'8 giugno 2006.

⁷⁶ Al riguardo, il Tribunale di Milano, con decreto del 22 aprile 2015, autorizzando lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra due coniugi a seguito della rettificazione anagrafica del sesso di uno dei due, chiarisce che "secondo il diktat della Consulta, infatti, è il provvedimento giurisdizionale di rettifica che, ove (entrambi) i coniugi lo chiedano, "consente di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata"; secondo questa diversa impostazione", pertanto, "in occasione del procedimento giurisdizionale di rettifica dell'attribuzione di sesso, i coniugi possano formulare istanza al giudice per essere autorizzati a mantenere in vita la coppia, anche se in forma diversa dal matrimonio; in difetto, la sentenza produce naturalmente e fisiologicamente lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili, senza necessità di intervento giudiziale e tramite gli strumenti della rettifica promossi dall'ufficiale dello Stato Civile", come avvenuto, di fatto, nel caso di specie.

⁷⁷ In senso analogo, C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della persona umana*, cit., 132, sottolinea efficacemente come, in queste tematiche, "il legislatore non [possa] essere miope di fronte a queste problematiche e, nel caso lo fosse, [sarebbe] costituzionalmente tenuto a dotarsi di un paio di occhiali".

⁷⁸ Come sottolineato da R. ROMBOLI, [La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice](#), cit., 1, il quale evidenzia che si tratta di "Una dichiarazione quindi di sostanziale infondatezza, che riprende esattamente le conclusioni della n. 138 sul diritto delle coppie omosessuali al matrimonio". Per un commento alla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, si vedano, tra i molti, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2010, 1629 ss.; A. RUGGERI, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138/2010?*, in *Rivista AIC*, 4/2011; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010.

⁷⁹ Da intendersi quale "fattispecie aperta" alla preservazione di diritti anche diversi da quelli espressamente elencati nell'articolato costituzionale, cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 3 ss.

⁸⁰ Sulle criticità relative alla classificazione della pronuncia in questione, si veda G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in [Genius](#), 1, 2015, 111 ss.

⁸¹ In senso favorevole, cfr. R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, A. VERONESI, *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010.

argomentativo non sempre scorrevole⁸², è pervenuto a affermare, in (asserita) applicazione diretta del principio di diritto espresso della [sentenza n. 170 del 2014](#), il mantenimento del vincolo matrimoniale tra i soggetti coniugati, impedendo lo svilimento del pregresso vissuto familiare della coppia nelle more dell'intervento del legislatore a disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso.

Il giudice di legittimità, infatti, pur riconoscendo la necessità che il legislatore intervenga per disciplinare l'istituto delle unioni di fatto e nella consapevolezza della diversità della fattispecie concreta rispetto al vincolo matrimoniale eterosessuale, tutelato dall'art. 29 Cost., conclude nel senso di riconoscere il diritto dei ricorrenti a permanere, una volta accertata la loro volontà, nelle *status* matrimoniale fino alla trasformazione dello stesso nella forma della convivenza registrata. Tale assunto, sebbene in linea di principio conforme con il principio espresso dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 170](#) volto ad assicurare protezione ai coniugi, che, nel caso di scioglimento automatico del matrimonio, si troverebbero in una situazione di assoluta incertezza “con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto”, ad ogni modo consente una forma di convivenza *ibrida*, né riconducibile a quella matrimoniale né a quella delle coppie di fatto.

6. La problematica tutela dell'identità personale: alcune riflessioni conclusive.

Indubbiamente, la [pronuncia n. 221 del 2015](#) non rimarrà priva di un seguito e già allo stato sembra aver scatenato molteplici dubbi e nuove questioni da dirimere⁸³.

In ogni caso, ciò che preme qui osservare è che il percorso motivazionale adottato dal giudice costituzionale sembra invitare ad un approccio flessibile – dettato, peraltro, dalla particolare delicatezza della materia trattata - che tenga conto delle caratteristiche concrete dei casi e che tenti di

⁸² Particolarmente critica risulta la riflessione offerta da A. RUGGERI, [*Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? \(A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015\)*](#), in questa [Rivista](#), 2015, 308, il quale evidenzia come la Cassazione abbia, di fatto, dato seguito ad una vera e propria invenzione nel diritto positivo, ossia il matrimonio “a tempo” ovvero subordinato a condizione risolutiva espressa, rilevando così l'abnormità e della pronuncia della Corte costituzionale e della Corte di cassazione. Similmente, G. PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il séguito nel giudizio a quo della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, cit., 115, critica la pronuncia di legittimità in quanto ricava dalla citata sentenza n. 170 inesatto, poiché la sentenza n. 170 del 2014 “non dichiara l'incostituzionalità dell'art. 4 della legge del 1982 nella parte in cui prevede qualcosa (l'automatico scioglimento); né il meccanismo delineato in alcuni suoi elementi dalla Corte costituzionale nella motivazione e nel dispositivo della sentenza appare suscettibile di precisazione in sede giurisprudenziale, sia per la riserva al legislatore, affermata dalla Corte costituzionale, sia, soprattutto, per la difficoltà di creazione pretoria di una compiuta e articolata disciplina processuale e sostanziale della complessa correlazione di diritti e obblighi, personali e patrimoniali, nell'ambito della prefigurata forma della convivenza registrata, applicabile in attesa di intervento legislativo”.

⁸³ Si fa riferimento alle due ordinanze di rimessione del Tribunale di Trento, rispettivamente dell'8 aprile 2015 e del 28 aprile 2015, sempre in tema di previa sottoposizione ad intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, nelle quali si invoca espressamente la violazione del parametro convenzionale del diritto al rispetto della vita privata, di cui all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo. In particolare, nell'ordinanza da ultimo citata, il giudice trentino sottolinea come “La concezione per cui al fine di vedersi riconosciuto il proprio diritto all'identità sessuale, una persona debba - per forza - sottoporsi a trattamenti clinici altamente invasivi, tali da mettere in pericolo la propria salute, confligge insanabilmente sia con il cit. art. 8 CEDU, sia con l'art. 2 Cost., i quali entrambi, come visto, consentono incondizionatamente ad ogni soggetto di vedersi riconosciuta la propria identità sessuale”. In particolare, dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 CEDU a tutela dell'identità sessuale e di quella di genere, il giudice a quo sottolinea che “L'imposizione di un determinato trattamento medico, sia esso ormonale ovvero di RCS, costituisce tuttavia una grave ed inammissibile limitazione al riconoscimento del diritto all'identità di genere (maschile o femminile). Infatti, il fine del raggiungimento dello stato di benessere psico-fisico della persona, al quale tende il riconoscimento sociale, e' la rettificazione di attribuzione di sesso, e non la riassegnazione sessuale sul piano anatomico ... In altra prospettiva, al fine di identificare una persona come femmina o maschio, non si procede ad un esame dei suoi organi genitali - atto che costituirebbe una grave intromissione nella vita privata della persona - bensì dei suoi documenti”. Tale interpretazione, peraltro, a giudizio dell'organo giurisdizionale rimettente, comporterebbe anche una patente violazione dell'art. 32 Cost., nella misura in cui imporrebbe un trattamento sanitario particolarmente gravoso e inevitabile - ove fosse inteso come necessario - ai fini del perseguimento della propria identità sessuale. A tal fine, considera la sottoposizione ad intervento chirurgico obbligatorio come un vero e proprio atto di violenza, irragionevole, in quanto “in un paese civile l'identità sessuale viene accertata tramite i documenti di identità e non certo per mezzo di un'ispezione corporale”.

offrire una tutela *sostanziale* a quel diritto all'identità personale, che, nelle molteplici spinte identitarie⁸⁴, sembra trovare sempre nuovi approdi espressivi⁸⁵.

Si tratta, certamente, di un orientamento che si presta a talune aporie ermeneutiche, dovute essenzialmente alla diversa sensibilità di chi vi si approccia, ma che, ad ogni modo, sembra costruirsi anche grazie alle determinazioni offerte nel fervore del pubblico dibattito.

Conclusivamente, non sembri ardito il richiamo all'osservazione di chi affermava che “il Parlamento può fare tutto, tranne che trasformare un uomo in donna e viceversa”⁸⁶, laddove, nella pronuncia in commento, pare che questo sia possibile anche nella prospettata mancanza dell'intervento chirurgico, ferma, in ogni caso, l'esigenza di assicurare il corretto equilibrio tra *σώμα*⁸⁷ e *ψυχή*⁸⁸, e, a monte, tra diritto e natura.

⁸⁴ Sottolinea la sussistenza di un rapporto inversamente proporzionale tra la vaghezza del concetto di dignità umana e l'applicabilità dello stesso C. PICIOCCI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, cit., 235. Peraltro, proseguendo, l'Autrice specifica che la comune natura umana comporta la condivisione di un nucleo essenziale di irriducibilità della propria essenza identitaria – appunto, la dignità – sulla quale si innestano ulteriori altre manifestazioni parimenti meritevoli di tutela e variamente espresse, ossia le dignità (cfr. C. PICIOCCI, *La dignità*, op.ult.cit., 237).

⁸⁵ A riguardo, S. PATTI, *Mutamento di sesso e «costringi mento al bisturi»: il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *Nuova Giur.Civ.*, 2015, 1, 20043, sottolinea come l'evoluzione giuridica degli ordinamenti statali abbia importato una concezione nuova di “appartenenza sessuale”, dalla quale deriva, come conseguenza, la possibilità di ottenere la riattribuzione sessuale sulla base del convincimento del soggetto di appartenere ad un sesso, diverso da quello accertato alla nascita in base alle evidenze fisiche.

⁸⁶ Cfr. A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 39 ss.

⁸⁷ Nel senso che la considerazione della dimensione corporale importa una maggiore consapevolezza della volontà di definizione e di utilizzo dello stesso, cfr. P. ZATTI, *Principi e forme del 'governo del corpo'*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, Trattato di biodiritto, diretto da RODOTÀ-ZATTI, Milano, 2011, 129 ss. in senso analogo, S. ROSSI, *Corpo (Atti di disposizione sul)*, in *Dig.disc.priv.*, VII, Torino, 2012, 216 ss.

⁸⁸ Si veda, tra gli altri, la riflessione sul punto di P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir.fam.pers.*, 2009, 215 ss.