

**Identità di genere:
«non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»**

(2 maggio 2015)
(in corso di pubblicazione su “Quaderni costituzionali”)

GIACOMO D’AMICO*

«*It’s never too late to be who you might have been*»: questa frase, attribuita (anche se non rinvenuta nelle sue opere) a George Eliot (pseudonimo maschile della scrittrice Mary Anne Evans), sembra sintetizzare il dramma umano, oltre che il dilemma giuridico, in cui si imbattono quei giudici alle prese con la problematica definizione dell’identità degli individui che, pur vivendo un rapporto conflittuale con il proprio corpo e rinnegando l’attribuzione di sesso avvenuta al momento della nascita, non intendono sottoporsi all’intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari.

L’assoluta peculiarità della tematica in oggetto è, peraltro, testimoniata dall’utilizzo di una particolare declinazione del termine “identità”, qui inteso come «identità di genere», al fine di sottolinearne l’indipendenza rispetto al dato fisico-corporeo. L’espressione «identità di genere» è sempre più presente nel linguaggio dei giudici. Si pensi, per tutti, alla sent. n. 170/2014 della Corte costituzionale, che – chiamata a decidere sulla conformità a Costituzione della norma che prevedeva lo scioglimento automatico del matrimonio in caso di mutamento di sesso di uno dei coniugi – ha operato un bilanciamento tra il «modello eterosessuale del matrimonio» e l’interesse della coppia, in cui uno dei coniugi si è sottoposto ad una modifica del sesso, a non vedere integralmente sacrificata la «dimensione giuridica del preesistente rapporto» a seguito del c.d. divorzio imposto. A questa pronuncia, che implicitamente presuppone il riconoscimento del diritto all’identità di genere, ha fatto seguito quella della Corte di cassazione (n. 8097/2015), la quale ha dichiarato illegittima la cessazione degli effetti civili del matrimonio, subordinando la conservazione dello statuto matrimoniale dei rapporti tra i coniugi «alla condizione temporale risolutiva» della futura regolamentazione delle unioni fra persone dello stesso sesso, indicata come necessaria dalla Corte costituzionale.

Tornando al tema oggetto di questo scritto, la vicenda annotata è quella relativa alla rettificazione di attribuzione di sesso che, ai sensi dell’art. 1, co. 1, legge n. 164/1982, «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». A questa previsione normativa si affianca quella dell’art. 31, co. 4, d.lgs. n. 150/2011, secondo cui «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato».

La questione, che ha determinato una discordante lettura da parte dei giudici di merito, ruota intorno all’interpretazione della formula «caratteri sessuali» di cui all’art. 1, la quale, non precisando ulteriormente di quali caratteri si discuta, può

riferirsi sia a quelli primari (apparato genitale), modificabili con intervento chirurgico, sia a quelli secondari, modificabili anche con terapie ormonali. In definitiva, la rettificazione dell'attribuzione di sesso è subordinata al mutamento dei caratteri sessuali primari da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico o può prescindere da esso? Il tenore letterale del citato art. 31, co. 4, sembrerebbe ritenere solo eventuale («Quando risulta necessario ...») l'adeguamento mediante trattamento medico-chirurgico. In realtà, però, la formula in esame potrebbe alludere a quelle ipotesi in cui la modifica dei caratteri primari sia già avvenuta mediante intervento chirurgico praticato all'estero o si sia realizzata per ragioni congenite.

Al riguardo, la prevalente giurisprudenza di merito è orientata nel senso di ritenere l'intervento chirurgico un passaggio obbligato per realizzare la corrispondenza tra corpo e psiche, nonostante non siano mancate, nel corso degli anni, significative quanto isolate prese di posizione in senso diverso (Trib. Roma, sez. I civ., sent. 18 ottobre 1997 e sent. 22 marzo 2011, Trib. Rovereto, 2 maggio 2013). A queste ultime decisioni si aggiungono ora due recenti pronunzie del Tribunale di Trento (sez. civ., ord. 19 agosto 2014) e di quello di Messina (sez. I civ., sent. 4 novembre 2014), cui ha fatto seguito il Tribunale di Genova (5 marzo 2015), che, pur perseguendo il medesimo obiettivo (svincolare la rettificazione dell'attribuzione di sesso dall'intervento chirurgico che adegui i caratteri sessuali primari), hanno ritenuto di raggiungere questo fine percorrendo due strade diverse. Il primo (Trento) ha giudicato insuperabile il dato letterale e quindi ha investito la Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 1, co. 1, legge n. 164/1982, nella parte in cui subordina la rettificazione all'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali della persona istante; il secondo (Messina) ha, invece, operato un'interpretazione della disposizione indicata tale da consentirgli di accogliere la domanda anche a prescindere dall'intervento chirurgico di adeguamento. A fronte di queste due decisioni se ne segnalano altre in cui i giudici di merito hanno rigettato le relative domande, sull'assunto che la norma subordini alla modifica chirurgica dei caratteri sessuali primari la rettificazione e che siffatta previsione non sia in contrasto con la Costituzione (fra le tante, Trib. Potenza, sent. 20 febbraio 2015, Trib. Vercelli, sez. I civ., sent. 27 novembre 2014).

In questo quadro giurisprudenziale si è inserita anche una recente decisione della Corte di Strasburgo (10 marzo 2015, *Affaire Y.Y. c. Turquie*; sul punto, v. pure 11 luglio 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*), che, pur prendendo in esame le particolari statuizioni del codice civile turco, il quale prevede l'incapacità di procreare fra le condizioni per ottenere l'autorizzazione al cambiamento di sesso, ha ritenuto ravvisabile una violazione della libertà di definire la propria appartenenza sessuale, definita come parte essenziale del diritto all'autodeterminazione. In questa stessa direzione si colloca anche la Risoluzione 12 marzo 2015 del Parlamento europeo che ha, tra l'altro, invocato la messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere.

Com'è facile intuire, dietro l'apparente tecnicismo delle questioni giuridiche di cui sopra si è detto si celano autentici drammi esistenziali, rispetto ai quali gli effetti di qualsiasi decisione sono inevitabilmente amplificati per i diretti interessati, con la conseguenza di far gravare sulle spalle del giudice le ricadute di quella che, giocoforza, non è solo la soluzione di un problema giuridico. Queste considerazioni entrano, senz'altro, nella valutazione dell'autorità giudiziaria, la quale, però, non deve

perdere di vista il suo ruolo, arrogandosi competenze che spettano, semmai, alla Corte costituzionale e, senz'altro, al legislatore. Ciò nondimeno, il giudice è chiamato a trarre dal tessuto normativo esaminato ogni "indicazione" utile a consentirgli di definire il giudizio alla luce del principio personalista scolpito in Costituzione.

Così ragionando, non sembra peregrina (anzi, tutt'altro) la tesi sostenuta dal Tribunale di Messina che, sulla scia dei precedenti segnalati, ha ritenuto di poter fondare l'accoglimento della domanda su un'interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni della legge n. 164/1982. Il cuore dell'argomentazione del giudice messinese risiede, infatti, nel superamento in via interpretativa del problema relativo alle «interventive modificazioni dei [...] caratteri sessuali», sull'assunto che la loro definizione non possa prescindere dal «concetto di identità di genere, la quale è costituita da tre componenti: il corpo, l'autopercezione e il ruolo sociale». Il dato biologico, quindi, è solo uno dei tre elementi da prendere in considerazione, «poiché l'apparenza fisica non può essere disgiunta dall'autopercezione e dalla relazione che l'individuo sviluppa con la società e con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità». Il collegio giudicante ritiene, quindi, che la genericità del dato letterale consenta di superare la lettura tradizionalmente invalsa nella giurisprudenza. D'altronde, già all'indomani dell'entrata in vigore della legge del 1982, una parte della dottrina aveva evidenziato come l'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali – a differenza di quanto previsto in altri ordinamenti – non costituisca «*conditio sine qua non* della rettificazione» (S. Patti e M.R. Will, *Commentario della Legge 14 aprile 1982, n. 164*, in *id.*, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova 1986, 21). La medesima dottrina rilevava, altresì, la «poca chiarezza» circa il tipo di trattamento, al punto che siffatta condizione avrebbe potuto ritenersi soddisfatta «già in seguito ad un trattamento ormonale [...], dato che ad esso conseguono di regola "modificazioni dei caratteri sessuali"» (*op. cit.*, 22).

Nell'argomentazione del giudice di Messina (che riprende quanto affermato dalla Corte cost. nella nota sent. n. 161/1985) l'interesse collettivo alla certezza delle relazioni giuridiche (che potrebbe essere messo a rischio dalla reversibilità del processo di adeguamento svincolato dall'intervento chirurgico) deve recedere rispetto al diritto all'identità personale dell'istante e alla correlata identità di genere dello stesso, «specie quando la modificazione chirurgica possa risolversi in un danno alla salute fisica o psicologica del soggetto». In definitiva, per il collegio giudicante tutelare l'identità sessuale e quella di genere, in particolare, equivale a tutelare «la dignità umana», cioè a «rispettare l'insieme di valori di cui l'individuo è portatore e consentire all'individuo di viverli nella quotidianità con la massima libertà». È dunque sul concetto di dignità, così declinato, che poggia la costruzione sopra descritta, funzionale a quell'«adeguamento» di cui parla il testo legislativo. In questa prospettiva il trattamento medico-chirurgico costituisce solo una tappa, del tutto eventuale, del percorso di adeguamento. Non è indispensabile una piena coincidenza tra il corpo e l'identità sessuale se non è percepita come necessaria dal diretto interessato; d'altra parte, la piena coincidenza assai difficilmente è realizzabile (cfr. già Trib. Messina, sent. 5 dicembre 1985). Da questo punto di vista, il rischio per la salute fisica o psicologica, derivante dall'intervento chirurgico, sembra assumere un ruolo centrale, obbligando il giudice ad accertare – tramite consulenza tecnica – quale condizione consenta di realizzare il benessere psico-fisico dell'individuo.

Occorrerà attendere altre pronunce e, *in primis*, quelle della Cassazione e della Corte costituzionale per verificare la tenuta di queste argomentazioni e la loro capacità di divenire orientamento prevalente. Sin d'ora, può dirsi che – a parere di chi scrive – il dato letterale sopra richiamato consente l'operazione ermeneutica di cui si è dato conto. D'altra parte, quand'anche si ritenesse che l'intervento chirurgico costituisca il presupposto necessario per la rettificazione dell'attribuzione di sesso, la lettera della legge non precisa il tipo di trattamento e ciò può essere rilevante nell'ipotesi in cui ad un'operazione di tipo demolitorio si debba affiancare una di tipo ricostruttivo. Ci si potrebbe, altresì, chiedere se la vaghezza del legislatore del 1982 sia solo il frutto della fretta con la quale fu approvata la legge o non sia stata piuttosto una scelta deliberata al fine di non porre eccessive limitazioni alla possibilità di rettificare l'attribuzione di sesso. Di certo, oggi l'interprete deve confrontarsi con il testo vigente e provare a darne un'interpretazione che lo renda immune dai vizi di costituzionalità censurati dal Tribunale di Trento.

Un interrogativo fra i tanti sembra emergere dalla complessiva vicenda in esame: esclusa la rilevanza dei caratteri sessuali primari, quale dato si impone ai fini dell'attribuzione di sesso? Il Tribunale di Messina dà, al riguardo, una risposta precisa, individuando la condizione idonea a determinare l'attribuzione di sesso in quella che, secondo l'interessato, realizza il suo benessere psico-fisico. Si tratta, senza dubbio, di una visione volontaristica in cui il dato fisico è svalutato (in questi termini M. Cartabia, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Identità sessuale e identità di genere*, a cura di F. D'Agostino, Milano 2012, spec. 49 ss.), ma a ciò non corrisponde una svalutazione o sottovalutazione dell'individuo, la cui unicità fatta di soma e psiche (anche quando non siano del tutto coincidenti) è sicuramente esaltata.

Se così è, ogni riflessione sul fondamento o sullo spessore costituzionale del diritto all'identità sessuale o dell'identità di genere o dell'autodeterminazione finisce con il rifluire sul concetto stesso di libertà individuale, rispetto al quale non si può prescindere dalle riflessioni di Immanuel Kant sulla «libertà dell'individuo in quanto uomo»: «Nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo (come cioè egli si immagina il benessere degli altri uomini), ma ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona, purché non rechi pregiudizio alla libertà degli altri di tendere allo stesso scopo [...]» [*Sopra il detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»* (1793), in Id., *Scritti politici e filosofia della storia e del diritto*, Torino 2010, 255].

*Professore associato di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina.