

STERILIZZAZIONE E INTERVENTO CHIRURGICO NEL CAMBIAMENTO DI GENERE*

Sterilisation and surgery as requirements for legal gender recognition
Key words: gender identity; transsexualism; sterilisation; surgery; legal recognition

di Diego Zannoni **
(26 ottobre 2015)

Sommario: 1. Introduzione; 2. Sesso e genere; 3. Legislazioni nazionali in materia di riattribuzione di genere; 4. Gli strumenti internazionali rilevanti; 5. La posizione della Corte EDU; 5.1 La sentenza Y.Y. c. Turchia si presta ad una duplice interpretazione; 5.2 Sterilizzazione forzata o liberamente scelta?; 6. Il disallineamento fra il ruolo di genitore biologico e il sesso anagrafico; 6.1 I limiti del margine di apprezzamento; 7. Osservazioni finali.

Mentre la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) è impegnata in prima linea nella enucleazione di un diritto all'identità di genere, fra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa si registra ancora una ampia varietà di soluzioni normative in materia di requisiti necessari ai fini del cambiamento anagrafico di genere. Con questo contributo ci si propone di chiarire il punto della compatibilità dei più frequenti - sterilizzazione e intervento chirurgico - con i diritti fondamentali della persona, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e degli strumenti internazionali rilevanti.

1. Introduzione

La persona transessuale è, prima della transizione, genotipicamente e fenotipicamente di un sesso determinato, ma ha la consapevolezza, spesso gradualmente maturata¹, di appartenere al genere opposto (*Konträre Sexualempfindung*).

In passato il cambiamento di genere era considerato immorale e quindi non consentito². Questo dogma è poi stato gradualmente superato nonostante i consistenti limiti imposti dai legislatori nazionali e le resistenze nella giurisprudenza - interna come internazionale - alla completa equiparazione di chi aveva acquisito un determinato genere solo in un secondo momento della vita e chi invece aveva lo stesso genere fin dalla nascita.

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Vedi in questo senso anche il considerando 3 delle Linee guida elaborate dall'Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, *Standard sui percorsi di adeguamento nel disturbo dell'identità di genere*, consultabili nel sito www.onig.it

2 L. Ferri, *Art. 454*, in Commentario cod.civ. Scialoja Branca, 1973, p. 128.

Anche il nome in passato, prima di essere ricondotto fra i diritti della personalità, era considerato in linea di principio immodificabile, salvo che per intervento dell'autorità pubblica e nei casi tassativamente indicati dalla legge, poiché ad esso veniva ricondotta la funzione primaria di permettere allo Stato di identificare i soggetti sottoposti alla sua potestà. Il nome veniva definito dalla dottrina come un istituto di polizia civile o di ordine pubblico, e la giurisprudenza e la prassi amministrativa di alcuni Paesi lo sottoponevano alle norme del foro, sia che si trattasse di cittadini così come di stranieri, proprio per il loro carattere di imperatività. G. Rossolillo, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, pp. 61-62.

Mentre all'inizio il transessualismo ha trovato una propria regolamentazione e il cambiamento di genere un proprio riconoscimento giuridico al fine di evitare gli inconvenienti, la confusione, il pregiudizio per l'ordine sociale derivanti dall'inserimento di un individuo nella società con un sesso non corrispondente alla sua esterioresità, il baricentro della disciplina si è poi gradualmente spostato verso la persona. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) è impegnata in prima linea nella enucleazione di un diritto all'identità di genere, e ne ha individuato la base normativa nell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) - dedicato al diritto della persona al rispetto della sua vita privata e familiare - che ha consentito l'avvio di una giurisprudenza favorevole al riconoscimento del diritto del transessuale a ottenere la correzione degli atti di stato civile e a sposare individui del suo stesso sesso di nascita³. La Corte EDU in particolare ha evidenziato la necessità di intendere i termini uomo e donna in un'accezione evolutiva, non ancorata dunque esclusivamente ai caratteri biologici e capace di comprendere chi ha subito una modificazione di sesso⁴. La posizione di genere della persona transessuale che ha ottenuto il cambiamento anagrafico di genere corrisponde ora nella giurisprudenza della Corte EDU a quella di chi nasce con quello stesso genere⁵ e una ricognizione delle fonti di diritto interno come di diritto internazionale rivela che oggi sono ricompresi tra i diritti della personalità tutti i diritti che hanno per oggetto gli attributi fondamentali della persona fisica, ivi compresa l'identità di genere⁶.

Tradizionalmente il transessualismo e i "disordini" nell'identità di genere sono stati inquadrati tra le patologie e le forme di disagio psichico⁷, sta però crescendo gradualmente la consapevolezza che la componente di disagio – e dunque la correlata necessità di protezione e cura della persona transgender - derivi dalle difficoltà di adattamento sociale, più che da componenti endogene. Da un lato quindi si tende ad abbandonare l'idea che la transizione di genere debba essere necessariamente medicalizzata, e sono sempre più frequentemente sottoposti a critica gli strumenti giuridici che subordinano il cambiamento anagrafico di genere all'esperimento di pratiche mediche di riassegnazione; d'altro canto vi

Per comprendere l'evoluzione della considerazione giuridica del transessualismo P. D'Addino Serravalle, P. Perlingieri, P. Stanzone, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981, pp. 1-183; C. Loré, P. Martini, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 1-166; S. Patti, M.R. Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona. Saggi di diritto civile e comparato*, Cedam, Padova, 1986, pp. 1-145.

3 La Corte ha avuto modo di sottolineare a più riprese come la nozione di "vita privata" non sia suscettibile di una definizione esaustiva, quindi elementi come l'identità di genere, il nome, l'orientamento sessuale e la vita sessuale rientrano nella sfera personale protetta dall'art. 8 della CEDU. Arrêt du 10 mars 2015, requête n. 14.793/08 présentée par Y. Y. contre la Turquie introduite le 6 mars 2008, par. 56 (d'ora in avanti sentenza Y.Y. c. Turchia).

4 Corte Europea (Grande Camera), 11 luglio 2002, I. c. Regno Unito e Goodwin c. Regno Unito

5 Per il diritto della persona transessuale, dopo il mutamento di sesso, di contrarre matrimonio con persona del suo stesso sesso di nascita sentenza del 11 luglio 2002, I. c. Regno Unito

è la consapevolezza che svincolare totalmente la transizione di genere dalla protezione del diritto alla salute rischierebbe di privare le persone “in transito” dalla necessaria assistenza sanitaria, anche gratuita, lungo il processo di transizione⁸.

Su queste basi ci si propone di verificare se sia possibile enucleare nel diritto internazionale un nucleo di principi etico-giuridici che si rivelino anche idonei a fornire le risposte agli interrogativi morali che vengono in rilievo nel momento in cui si discute dei requisiti necessari ai fini del cambiamento di genere. Si potrebbe pensare che si tratti di una questione che appartiene più all’etica e alla filosofia morale che al diritto e non a caso i giuristi e le corti, nazionali e internazionali, celano a stento un certo imbarazzo nel momento in cui debbono occuparsi dell’argomento⁹. Il giurista tuttavia ne risulta inevitabilmente coinvolto nel momento in cui è necessario individuare i principi e le norme da utilizzare per ricavare la soluzione giuridica ai problemi posti dalla vita¹⁰.

2. Sesso e genere

L’assegnazione del sesso alla nascita avviene seguendo un codice rigidamente binario maschio/femmina, sulla base dell’osservazione della morfologia dei genitali esterni (c.d. *dimorfismo sessuale*)¹¹, ed è il sesso così determinato che condiziona a sua volta

6 In questo senso anche B. Barel, S. Armellini, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 112-113; M. E. Corrao, *Diritti della personalità*, in R. Baratta, *Diritto internazionale privato*, p. 112. Nel caso Van Oosterwijk la Commissione sui diritti umani definisce l’identità sessuale come “an aspect of status which is inseparable from his or her person” il cui mancato riconoscimento impedirebbe alla persona di svolgere in pieno il suo ruolo nella società. Case of Van Oosterwijk v. Belgium, Application n. 7654, Judgement of 6 November 1980, par. 22.

7 World Health Organization International Classification of Diseases, International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision, Version for 2007. Si veda la subsection F64 (Gender Identity Disorders) inserita sotto Disorders of adult personality and behaviour within Chapter V: Mental and behavioural disorders

8 La più recente versione del Manuale statistico diagnostico dell’*American Psychiatric Association* – DSM contempla le transizioni di genere sotto il nuovo termine di “disforia di genere”, come “*unique condition*” derivata dalla non identificazione con il genere corrispondente al proprio sesso biologico, e abbandona quindi il concetto di “disordine” che sembrerebbe rinviare ad un modello dal quale la persona trans si discosta. Fonte:

<http://www.dsm5.org/documents/gender%20dysphoria%20fact%20sheet.pdf>

9 “L’etica intesa come metamorale, come la scienza dei principi della morale, la disciplina dei valori e delle regole ritenute idonee a governare le azioni umane, in effetti interessa poco il giurista ed in particolare è tradizionalmente estranea alla cultura internazionalistica, largamente influenzata dal positivismo giuridico che, appunto, esclude l’esame dei fondamenti etici, delle cause sociali o dei fini politici perseguiti dalle norme considerate”. N. Boschiero, *Le biotecnologie tra etica e principi generali del diritto internazionale*, in N. Boschiero (a cura di), *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario. Questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Torino, 2006, p. 42.

l'assegnazione del nome: è emblematica al riguardo la legge italiana, ai sensi della quale il nome dato al bambino deve corrispondere al suo sesso¹².

Sesso e nome costituiscono poi, nel corso della vita dell'individuo, elementi fondamentali nella costruzione della sua identità personale e sociale. Di regola genotipo e fenotipo sessuale coincidono, e con il termine sesso ci si riferisce propriamente a questa condizione biologica della persona¹³. Tuttavia, accanto e talvolta anche in contrapposizione al dualismo anatomico-fisiologico la persona forma parallelamente una propria identità psichica, cioè di genere, detta anche sesso psicologico. La persona cioè si identifica con l'uno o con l'altro genere (ma anche con nessuno dei due). Il termine genere definisce anche l'elemento caratterizzante la dimensione sociale e relazionale dell'individuo e rinvia quindi al costrutto culturale e sociale secondo cui ognuno ha caratteristiche esteriori proprie dell'uno o dell'altro genere (atteggiamenti, abbigliamento, ecc.), il c.d. ruolo di genere, sulla cui base viene identificato dagli altri. Potrebbe sembrare paradossale che, proprio dopo che si è giunti ad affermare il principio di uguaglianza senza distinzione di sesso e si è quindi esclusa la configurabilità di situazioni favorevoli o sfavorevoli in base all'appartenenza ad un certo sesso, abbia assunto via via maggior rilevanza l'interesse della persona ad affermare e a vedere riconosciuta la propria identità di genere, in quanto interesse di natura soggettiva che esprime l'esigenza di vivere nella famiglia e nella società in modo corrispondente al genere a cui la persona si sente di appartenere.

Ecco dunque che, anche se i termini "sesso" e "genere" vengono spesso utilizzati come sinonimi, hanno in realtà un significato diverso perché il termine sesso identifica

10 Secondo F. D'Agostino ritenere che le questioni concernenti la vita umana e, più in generale, il vivente siano essenzialmente concettuali e quindi legittimamente gestibili, almeno in prima istanza, da filosofi, e solo in un secondo momento dai giuristi, riprodurrebbe un antico errore di generica ascendenza platonica, cioè quello di ipotizzare una sorta di scala gerarchica del sapere, ponendo al suo vertice il sapere filosofico e in un gradino più basso quello giuridico. Invece, secondo l'autore, la filosofia, quando arriva, arriva alla fine... F. D'Agostino, Presentazione, in L. Marini (a cura di) *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Torino, 2006, pp. XV-XVI.

11 Fra i Paesi Europei solo la Repubblica Federale di Germania ha introdotto nella propria normativa in materia di status personali (*Personenstandsgesetz*) la possibilità che il neonato sia registrato senza indicazione del genere. Par. 22 (*Fehlende Angaben*) "(3) Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen".

12 Art. 35 (*Nome*) par. 1, Ordinamento dello stato civile: archivio informatico e semplificazioni D.P.R. 3.11.2000 n° 396, G.U. 30.12.2000 (OSC).

13 Di regola, quindi non sempre. In questa sede si ricorda, ma gli esempi possibili sarebbero molti, la sindrome di Morris. Si tratta di individui xy, quindi geneticamente maschi, ma con testicoli ritenuti e insensibilità agli androgeni, quindi di aspetto femminile.

tradizionalmente il sesso biologico, quindi l'esistenza di caratteristiche sessuali primarie e secondarie. Per contro con il concetto di genere si fa riferimento non tanto alla matrice biologica dell'essere uomo o donna, quanto piuttosto alla sua dimensione psicologica, relazionale, sociale, culturale. Con l'espressione "identità di genere" ancora più chiaramente si fa riferimento all'identità della persona, ricondotta alla percezione del proprio genere, anche in contrapposizione al proprio sesso biologico¹⁴.

L'esito della speculazione condotta nelle scienze sociali sulle nozioni di sesso e genere e sulla relazione intercorrente fra di esse è stato lentamente e gradualmente trasposto sul piano giuridico e acquisito anche al diritto dell'Unione Europea (UE).

Sebbene la Carta dei Diritti Fondamentali usi solo il termine "sesso"¹⁵, la direttiva relativa all'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego utilizza entrambi i termini - sesso e genere¹⁶ – codificando così, ai sensi del suo considerando n. 3, la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha ricompreso nella tutela di genere anche le discriminazioni derivanti dal cambiamento di genere.

Nell'ordinamento dell'UE si è infatti sopperito alla mancanza dell'identità di genere come motivo autonomo di discriminazione vietata, facendo ricomprendere il divieto di discriminazione delle persone transessuali nel divieto di discriminazione in base al sesso, cioè fra uomo e donna, e mantenendo quindi il rigido ancoraggio al doppio binario di genere basato sul sesso biologico: l'identità di genere è tutelata in quanto ricompresa nella nozione di "sesso"¹⁷. Questa soluzione, eminentemente pratica, determina però non poche difficoltà, in particolare nell'individuazione del parametro di comparazione che, come è noto, deve sempre essere utilizzato per verificare se una discriminazione si configuri¹⁸. Così, nel caso P. c. S., la Corte di Giustizia ha ricavato la tutela del transessuale Male to Female (MtoF) a fronte del licenziamento per motivi connessi al suo mutamento di genere

14 N. Tsononis, *Still Burning Witches: Violence on the Basis of Sexual Orientation/Gender Identity. The Facts, the Laws and the Question of Protection*, Athens-Bruxelles, 2003, p. 19

15 Articoli 21 e 23 Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE

16 Art. 29 (*Integrazione della dimensione di genere*) Direttiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. Il considerando n. 30 della direttiva 2011/95/UE ha poi previsto l'identità di genere tra gli aspetti connessi al sesso del richiedente che possono essere motivi di persecuzione. Direttiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

17 European Commission, *Trans and Intersex People. Discrimination on the Grounds of Sex, Gender Identity, and Gender Expression*, Luxembourg, 2012, p. 32.

dal divieto di discriminazione fra uomo e donna, assumendo come termine di comparazione i maschi. Eppure, come aveva fatto opportunamente notare il Regno Unito nel corso del giudizio, non era configurabile nel caso di specie alcuna discriminazione in base al sesso: così come P., originariamente maschio, era stato licenziato a motivo del suo mutamento di sesso, così sarebbe stata licenziata anche una donna, nelle sue stesse condizioni¹⁹, il che mostra che una lettura rigorosa del principio di non discriminazione in base al sesso avrebbe condotto ad escludere dalla sua operatività le persone transessuali discriminate a motivo del cambiamento di sesso.

In ogni caso condizione per accedere alla tutela è rientrare nel modello binario che codifica l'essere umano nei termini, disgiuntivi e alternativi, di maschile o femminile. Eppure l'ascrizione sessuale non è sempre facilmente riconducibile al binomio maschio-femmina. E questo non solo di fronte ai casi di ermafroditismo, rarissimi, o di intersessualità, statisticamente ridotti, ma non per questo meno significativi, o di transessualismo in transito, cioè di coloro che sono in fase di transizione da un genere all'altro²⁰. La difficoltà classificatoria si presenta anche qualora si consideri il rapporto tra sesso e genere, qualora cioè si elabori il dualismo maschile/femminile con riferimento alla psiche del soggetto e a come si pone nelle relazioni sociali, oltre che con riferimento al suo sesso biologico e, anzi, anche a prescindere dallo stesso²¹.

Sulla scorta di queste considerazioni la *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, di cui l'Italia è parte, elabora nel suo rapporto esplicativo la nozione di discriminazione per motivo di identità di genere²² in modo molto ampio: "*certain groups of individuals may also experience discrimination on the basis of their gender identity, which in simple terms means that the gender they identify with is not in conformity with the sex assigned to them at birth. This includes categories of individuals such as transgender or transsexual persons, cross-dressers, transvestites and other groups of persons that do not correspond to what society has established as belonging to "male" or "female" categories*"²³. Nell'adottare questa ampia definizione, la convenzione accorda ai propri fini una protezione a favore delle persone transessuali, anche a prescindere dal fatto che esse abbiano subito un intervento chirurgico – e abbiano quindi mutato il sesso anatomico - coprendo tutti i casi di *transgenderismo* diversi dal *transessualismo* in senso stretto (*transessualismo in transito, pre-operating, intersessualismo, travestitismo*) che sarebbero altrimenti esclusi. La Convenzione, avviandosi verso l'abbandono del rigido dualismo di genere, ammette che ci

18 Si notino i diversi parametri di comparazione utilizzati nella sentenza della Corte 30 aprile 1996, causa C-13/94, P.c.S., in *Racc.*, 1996, I-2143, par. 21 (il parametro di comparazione utilizzato sono gli uomini, cioè "le persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione"); e nella sentenza 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, in *Racc.*, 2006, I-3585, par. 29 (il parametro di comparazione sono le donne "il cui genere non risulta da un intervento chirurgico di mutamento di sesso").

19 Par. 15 sentenza P.c.S.

20 La transizione ha dei tempi fisiologici perché richiede un percorso psicologico e una terapia ormonale che possono durare anni.

siano persone che non vogliono essere ricondotte o non sono riconducibili ad alcun sesso - si pensi alle persone intersessuali – senza che ciò determini una carenza di tutela.

3. *Legislazioni nazionali in materia di riattribuzione di genere*

Molti ordinamenti interni disciplinano il transessualismo, stabilendo requisiti e modalità del “cammino verso l’altro genere”. Riconoscono in questo modo rilevanza all’identità di genere del soggetto e attribuiscono protezione giuridica alla volontà di mutare il genere originariamente assegnato alla nascita.

Non tutti gli ordinamenti interni ammettono però il diritto all’identità di genere con la stessa apertura, come del resto sovente accade in tema di diritti della personalità il cui riconoscimento è strettamente legato alla sensibilità dell’ambiente sociale delle singole comunità statali. L’analisi comparata delle legislazioni e pratiche nazionali in materia mostra come, accanto ad alcuni Paesi dove non è possibile modificare anagraficamente il sesso assegnato alla nascita, ve ne siano altri che contemplano questo diritto, subordinandolo tuttavia a requisiti non omogenei, allargando o restringendo di volta in volta il suo raggio d’azione²⁴.

21 Secondo numerosi autori ricondurre giuridicamente il genere, che si presenta come un fatto composito in cui gli elementi biologici sono strettamente collegati con quelli psicologici e giuridico-sociali, con notevole variazione di tipi e sottotipi - di sesso cromosomico, gonadico, morfologico, psicologico - ad un paradigma binario costituisce una semplificazione che non è in grado di rappresentare la realtà delle cose. Né sembra possibile svolgere, ai fini della determinazione legale di genere, un bilancio di genere, un’analisi cioè volta a cogliere, tra quelli indicati, l’aspetto prevalente e, per così dire, caratterizzante la sessualità. Infatti, le ricerche suggeriscono che la differenziazione di genere non è *unifattoriale*, ma è il risultato di numerosi eventi che agiscono in modo coordinato e regolantisi reciprocamente, e che non esiste un confine netto tra due sessi, ma un *continuum* lungo una scala graduale, con una serie di variazioni e di differenziazioni che non autorizzano la configurazione di due (soli) gruppi nettamente distinti, né di due presunti estremi di normalità. In questo senso anche le conclusioni dell’Avv. Gen. Tesauro (P. v. S. par. 17). P. D’Addino Serravalle, P. Perlingieri, P. Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981, pp. 12-13; B. Pezzini, *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l’uguaglianza*, in G. Vidal Marcilio Pompeu, F. Facury Scaff (a cura di) *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Conceito Editorial, Florianópolis/SC, Brazil, 2012, pp. 327-328.

22 “*The implementation of the provisions of this Convention by the Parties, in particular measures to protect the rights of victims, shall be secured without discrimination on any ground such as sex, gender, [...] gender identity, [...] or other status*”. Art. 4 par. 3 (*Fundamental rights, equality and non-discrimination*) *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, adopted in Istanbul by the Committee of Ministers and opened for signatures on 11 May 2011.

23 §53 COM(2011)49 final, adopted on 7 April 2011.

24 Generalmente – è anche il caso dell’Italia - la procedura di cambio giuridico di genere è giurisdizionale e si conclude con sentenza, ma in alcuni ordinamenti il procedimento è amministrativo; in Argentina la domanda viene proposta

Solitamente la rettifica del genere originario è subordinata ad un intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari, quindi si ammette che il genere anagrafico possa essere modificato, ma solo a condizione che venga anche modificato il sesso biologico, mentre la componente psicologica costituisce un mero presupposto, per quanto necessario e oggetto di scrupoloso accertamento, della riattribuzione.

A sua volta l'intervento chirurgico viene autorizzato, in alcune legislazioni, a condizione che siano soddisfatti ulteriori requisiti come l'espletamento di una consulenza psichiatrica o la sottoposizione ad una psicoterapia di una durata determinata.

Un requisito ricorrente ai fini del cambiamento anagrafico di genere è poi l'incapacità definitiva a procreare, ottenuta eventualmente tramite sterilizzazione, intesa qui in senso ampio come "ogni atto (e in particolare ogni atto medico) volto a provocare la sterilità in un soggetto capace di procreare"²⁵. Possono distinguersi due tipi di sterilizzazione: organica, che è effettuata asportando o comunque alterando organi preposti alla procreazione, e funzionale, consistente nell'impedire la normale funzionalità di detti organi, rispettandone la integrità. Quest'ultima è temporanea cioè di norma reversibile con la semplice sospensione del trattamento farmacologico; la prima invece è destinata a durare nel tempo e può essere realizzata con un centinaio di tecniche diverse, quasi tutte chirurgiche. Avuto riguardo agli scopi o risultati perseguiti, si definisce poi terapeutica o indiretta la sterilizzazione posta in essere non perché direttamente voluta in quanto tale, ma per salvaguardare la salute del paziente stesso, minacciata da una patologia che investe organi necessari alla procreazione, in contrapposizione a quella, definibile come antiprocreativa o diretta, che ha come unico scopo quello di rendere la persona obiettivamente incapace di procreare. La sterilizzazione che di regola si effettua ai fini del cambiamento di genere e costituisce l'oggetto di queste note è la sterilizzazione irreversibile diretta.

Alcuni Stati si limitano a chiedere che l'interessato abbia seguito un trattamento medico al fine di fare corrispondere certe caratteristiche fisiche della persona a quelle del sesso rivendicato, senza però esigere un intervento chirurgico che porti alla sterilità della persona²⁶.

Sterilizzazione e intervento chirurgico sono invero requisiti distinti perché la sterilizzazione non passa necessariamente attraverso l'intervento chirurgico - potendo essere ottenuta anche attraverso un trattamento farmacologico - e l'intervento chirurgico direttamente all'ufficiale di stato civile, e non è necessario l'intervento di alcuna autorità giudiziaria o amministrativa, né l'intermediazione di un legale. Art. 6 (*Trámite*) Ley 26.743 establécese el derecho a la identidad de género de las personas, promulgada Mayo 23 de 2012

25 Comitato Nazionale per la Bioetica, Appendice: Il problema bioetico della sterilizzazione non volontaria, in F. D'Agostino (a cura di), *La sterilizzazione come problema biogiuridico*, Torino, 2002, p. 127.

26 E infatti l'intervento chirurgico può comprendere una o più operazioni chirurgiche sui caratteri sessuali primari, o secondari come la mastectomia e la mastoplastica additiva, o anche operazioni chirurgiche non genitali come la femminizzazione facciale, la chirurgia della voce, la riduzione del pomo d'Adamo.

non determina necessariamente l'incapacità definitiva a procreare potendo riguardare, ad esempio, i soli caratteri sessuali secondari. Si noti però che, anche nei Paesi dove è richiesta solamente una chirurgia di conversione sessuale, e non la sterilizzazione, la sterilità è spesso una "condizione di fatto" perché gli interventi chirurgici più invasivi conducono necessariamente alla sterilità della persona²⁷.

Altre legislazioni si collocano ad un livello per così dire intermedio e ammettono la rettifica anagrafica del nome, ma non del genere, qualora gli interventi chirurgici demolitori o ricostruttivi riguardino solamente i caratteri sessuali secondari, ma non quelli primari²⁸.

Infine vi sono Paesi che non richiedono ai fini del cambiamento di genere né l'intervento chirurgico e la sterilizzazione, né la sottoposizione a terapie ormonali o ad altro tipo di trattamento medico o psicologico²⁹.

Soddisfatte le condizioni richieste dalla legislazione applicabile, più o meno stringenti che siano, la persona la cui percezione dell'identità di genere non coincide con il suo sesso biologico può ottenere il cambiamento del genere anagrafico attribuito alla nascita e anche contrarre matrimonio con persona di genere diverso da quello acquisito successivamente. E infatti quelli che compaiono innanzi all'ufficiale di stato civile sono giuridicamente un uomo e una donna, anche se geneticamente sarebbero entrambi uomini, o entrambe donne – è noto che il sesso cromosomico non può essere modificato - e anche se, anatomicamente, nei Paesi nei quali l'intervento chirurgico genitale non costituisce un requisito imprescindibile per la rettificazione di genere, potrebbero essere entrambi uomini, o entrambe donne.

4. *Gli strumenti internazionali rilevanti*

I requisiti prescritti con maggiore frequenza dalle legislazioni interne o desumibili dalla relativa prassi giurisprudenziale ai fini del riconoscimento giuridico del cambiamento di genere sono la sterilizzazione³⁰ e/o l'intervento chirurgico. Eppure numerosi strumenti

²⁷ In questo senso anche la Corte EDU Sentenza Y. Y. c. Turchia, par. 43.

²⁸ Si trattava della "piccola soluzione" (*kleine Lösung*) dell'ordinamento tedesco. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, p. 167.

²⁹ Si vedano in particolare la legge argentina e portoghese: Art. 4 Ley 26.743 establece el derecho a la identidad de género de las personas, promulgada Mayo 23 de 2012; Lei n.º 7/2011 de 15 de Março Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registo Civil.

³⁰ Ancora nel 2013 24 Stati in Europa richiedevano la sterilizzazione per la rettificazione di genere. R. Köhler, A. Recher, J. Ehrt, *Legal Gender Recognition in Europe. Toolkit*, 2013, Transgender Europe, p. 19. Si veda anche il rapporto dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo secondo il quale "la réglementation en vigueur dans les pays qui reconnaissent le changement de genre conditionne souvent, implicitement ou explicitement, cette reconnaissance à la stérilisation". Rapporto dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti dell'Uomo "Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou

internazionali, adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa³¹, dell'Unione Europea³² e dell'Organizzazione Mondiale della Sanità³³ ne sanciscono l'incompatibilità con i diritti umani fondamentali³⁴.

Sono tutti strumenti raccomandatori, quindi privi di natura vincolante e questo sembra riconducibile alla materia che ne è oggetto: sessualità e riproduzione umana, toccando aspetti molto delicati della vita e presentando implicazioni etiche e religiose, mal si prestano ad una normativa uniforme³⁵. Le raccomandazioni di organizzazioni internazionali invero, pur potendo fungere da "apri strada" per lo sviluppo di norme pattizie e consuetudinarie in materia, non mettono in gioco la responsabilità internazionale il cui necessario presupposto è un comportamento dello Stato in contrasto con obblighi previsti

de leur identité de genre", 17 novembre 2011, par. 72.

31 Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa si è espresso in una raccomandazione nel senso che "*les traitements hormonaux ou chirurgicaux en tant que conditions pour se voir reconnaître légalement un changement de genre devraient ainsi être limités à ceux strictment nécessaires, et avec le consentement de l'intéressé..*". Recommendation CM/Rec (2010) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity, 31 March 2010, VII (*Health*), par. 35-36. In modo ancora più netto l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con una risoluzione relativa alla discriminazione a motivo dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, ha raccomandato gli Stati Membri a far sì che i documenti ufficiali delle persone transessuali riflettano il genere scelto "*sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale*". Resolution 1728 (2010) of the Parliamentary Assembly – Discrimination on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity - 29 April 2010, par. 16.11.2.

Il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha specificamente invitato a più riprese gli Stati Membri "[to]abolish sterilisation and other compulsory medical treatment as a necessary legal requirement to recognise a person's gender identity in laws regulating the process for name and sex change". Recommendations of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Issue Paper Human Rights and Gender Identity*, Strasbourg, 29 July 2009, p. 44; Council of Europe Parliamentary Assembly Report *Putting an End to Coerced Sterilisations and Castrations*, Doc. 13.215, 28 May 2013. Si vedano anche il *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Juan E. Méndez, 1 February 2013, A/HRC/22/53 e le *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*: "*the Committee also expresses concern at specific health problems experienced by transgender women, in particular the compulsory sterilization they should undergo to get their birth certificates changed*". Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women. The Netherlands, 18 January-5 February 2010, p. 11.

32 Nell'ordinamento dell'UE vengono in rilievo le linee guida adottate dal Consiglio che sottolineano come in alcuni Paesi Membri i requisiti previsti per il cambiamento anagrafico di genere - come la prova della sterilità o infertilità - siano eccessivi e "*contrary to the right to equality and nondiscrimination as stated in Articles 2 and 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and Article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*". Guidelines to Promote and Protect the Enjoyment of All Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Persons, Foreign Affairs Council Meeting, Luxembourg, 24 June 2013, par. 20, 21. Anche il Parlamento Europeo in una sua risoluzione "incoraggia gli Stati a garantire procedure rapide, accessibili

da una regola del diritto internazionale generale o convenzionale in vigore per lo Stato al momento del fatto (c.d. elemento oggettivo dell'illecito). Il solo effetto che le norme di *soft law* producono a livello del diritto internazionale della responsabilità è di precludere allo Stato che ha concorso con il suo consenso all'adozione dell'atto non vincolante, in applicazione del principio di buona fede, la possibilità di sostenere l'illiceità di un comportamento di un altro soggetto di diritto internazionale che sia conforme alle norme contenute in tale atto³⁶.

5. La posizione della Corte EDU

Mentre la Corte di Giustizia dell'UE ha affermato a più riprese, sia pure in decisioni ormai risalenti, che spetta agli Stati Membri, e non già al diritto dell'UE, determinare le

e trasparenti di riconoscimento del genere, che rispettino il diritto all'autodeterminazione” e inoltre “accoglie con favore il crescente sostegno politico per la messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere, come espresso dal relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura, e condivide il punto di vista secondo cui tali requisiti dovrebbero essere trattati e perseguiti come una violazione del diritto all'integrità fisica nonché della salute sessuale e riproduttiva e dei relativi diritti”. Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione europea in materia (2014/2216(INI)), par. 163, 164.

33 WHO, *Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization: An Interagency Statement*, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO, 2014, pp. 10-12.

34 I Yogyakarta Principles stabiliscono che: “no one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilisation or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity. No status, such as marriage or parenthood, may be invoked as such to prevent the legal recognition of a person's gender identity”. Principle III (*The Right to Recognition Before the Law*), *The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity* (2006)

35 La *Convention relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe*, che non è però una convenzione di diritto materiale, prevede che il riconoscimento della decisione di cambiamento di sesso possa essere rifiutato quando l'“*adaptation physique*” non sia stata realizzata e constatata nella decisione che si tratta di riconoscere. Art. 2 e nota esplicativa all'Art. 2 “*cette adaptation physique doit non seulement avoir été réalisée mais aussi être constatée expressément dans la décision de changement de sexe*”. *Convention relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe* (signée à Vienne le 12 septembre 2000).

36 T. Treves, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 266.

condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di genere di una persona³⁷, la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi sul punto dell'ammissibilità del requisito della incapacità definitiva a procreare.

La Commissione sui diritti umani, con una decisione di inammissibilità del 1997, aveva ritenuto non incompatibile con l'Art. 8 CEDU l'imposizione da parte della legge interna di particolari requisiti ai fini del cambiamento di genere, quali lo stato libero del richiedente, l'avvenuto intervento chirurgico e l'incapacità definitiva di procreare³⁸. Nella sentenza Y.Y. c. Turchia tuttavia la Corte EDU sembra cambiare posizione e ritenere non compatibile con la CEDU proprio il requisito della incapacità definitiva di procreare³⁹.

A rigore nel caso Y.Y. c. Turchia la Corte EDU è chiamata a risolvere una questione diversa da quella di cui qui si tratta poiché il requisito dell'incapacità definitiva a procreare era previsto dalla legislazione turca per accedere all'intervento chirurgico di cambiamento del sesso, e non (almeno direttamente) ai fini del cambiamento di genere anagrafico.

Le condizioni di accesso alle procedure di cambiamento di sesso si distinguono infatti, sul piano logico-giuridico, dalle condizioni richieste per il riconoscimento giuridico di detto cambiamento⁴⁰. Tale distinzione di piani appariva netta nell'Art. 40 del Codice civile turco che prescriveva nel primo paragrafo le condizioni che dovevano essere integrate affinché l'intervento chirurgico potesse essere autorizzato dall'autorità giudiziaria, e fra queste vi era l'incapacità definitiva a procreare del richiedente. Il secondo paragrafo invece si occupava del riconoscimento degli effetti giuridici dell'avvenuto cambiamento di sesso e, anche in questo secondo passaggio, era necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Coerentemente la Corte osserva che, nel caso Y.Y. c. Turchia, per la prima volta deve pronunciarsi sulla protezione di una persona transessuale non operata (alla data della presentazione del ricorso), trattando di una persona che si è vista negare l'autorizzazione giudiziaria all'intervento chirurgico in ragione della sua perdurante capacità di procreare,

37 Sentenza della Corte 27 aprile 2006, causa C-423/04, Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, in *Racc.* 2006, I-3585, par. 21, sentenza della Corte 7 gennaio 2004, causa C-117/01, K.B., *Racc.* pp. I-541, par. 35.

38 Sentenza Roetzheim v. Germany, Application n. 31177/96, Commission decision of inadmissibility 23 October 1997.

39 Sentenza Y. Y. c. Turchia. Fin dall'*incipit* della sentenza è possibile prevedere l'approccio adottato dalla Corte nella soluzione del caso; la Corte infatti precisa che avrebbe utilizzato il genere maschile per indicare Y.Y. – infatti designato poi come “il ricorrente” - conformemente al sesso rivendicato, anche se al momento della proposizione del ricorso era ancora anagraficamente riconosciuto di sesso femminile.

40 Recommendation CM/Rec (2010) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity, 31 March 2010, par. 20-21

mentre tutti i suoi precedenti in materia di transessualismo avevano riguardato persone transessuali operate o che avevano comunque subito certi interventi chirurgici⁴¹.

Per giustificare il requisito contestato il Governo turco adduce da un lato l'interesse generale alla prevenzione della banalizzazione di questo tipo di interventi, ma anche, dall'altro, la necessità di protezione dell'individuo in considerazione del rischio per l'integrità fisica e morale insito nella operazione, giusto il carattere irreversibile dei suoi effetti, e le derive sul versante della prostituzione che, a suo dire, ne avrebbero potuto derivare. Quindi, anche facendo leva sulla mancanza di una convergenza sufficientemente ampia fra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa, ritiene che debba essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento allo Stato contraente nella determinazione dei requisiti necessari ai fini dell'intervento chirurgico di cambiamento di sesso⁴².

Anche la Corte riconosce che molti Stati ancora subordinano il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere, implicitamente o esplicitamente, all'intervento chirurgico di conversione sessuale e/o all'incapacità di procreare, ma rileva che, negli Stati dove è previsto il requisito della sterilità/infertilità, la sua esistenza è verificata una volta che si è concluso il processo medico o chirurgico di conversione sessuale, non quindi, come nel diritto turco, come condizione necessaria a monte per accedere all'intervento chirurgico. Inoltre ritiene che sia necessario dare più importanza all'esistenza di "éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue" piuttosto che all'assenza di un consenso europeo sul punto⁴³ e, oltre a richiamare alcuni degli strumenti internazionali menzionati *supra*, sottolinea che alcuni Stati Membri hanno di recente modificato la loro legislazione interna o la loro pratica in materia di transessualismo, proprio eliminando il requisito della infertilità/sterilità⁴⁴.

41 Par. 62 Y.Y. c. Turchia

42 Par. 93, *ibidem*.

43 La Corte EDU già aveva notato nel caso B. c. Francia che le condizioni alle quali subordinare il cambiamento dell'identità sessuale, i presupposti scientifici e le ripercussioni giuridiche del ricorso alla chirurgia, non erano oggetto di un consenso sufficientemente ampio fra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa. *Affaire B. c. France (Requête n. 13343/87)*, 25 mars 1992, par. 48.

44 Sentenza Y. Y. c. Turchia, par. 108-111. I requisiti della conformazione anatomica al genere di destinazione e della sterilizzazione sono stati dichiarati incostituzionali in Austria dal *Verfassungsgerichtshof* (Decisione del 3.12.2009 B 1973/08-13), e anche la Corte Costituzionale tedesca li ha ritenuti in violazione del diritto all'integrità fisica tutelato dall'Art. 2 §2 della *Grundgesetz*, nonché del diritto della persona ad autodeterminarsi (Decisione del 11.01.2011, 1 BVR 3295/07). In Svizzera, l'Ufficio Federale dello Stato Civile, in un parere dell'1 febbraio 2011, ha richiesto alle autorità cantonali di non porre come condizione preliminare al cambiamento di genere l'intervento chirurgico diretto alla sterilizzazione o la ricostruzione degli organi genitali del sesso opposto. La Svezia nel 2013 ha modificato la legge 1972/119 sulla rettificazione di genere e fra le modifiche introdotte vi è l'eliminazione del requisito della sterilità del richiedente ai fini del riconoscimento del nuovo genere.

Su queste basi la Corte ritiene che il requisito dell'incapacità di procreare non sia necessario in vista degli obiettivi indicati dal Governo Turco e che l'ingerenza che ne deriva nel diritto al rispetto della propria vita privata non possa quindi essere considerata "nécessaire" in una società democratica, come del resto dimostra il fatto che il giudice interno, successivamente adito, aveva autorizzato l'intervento chirurgico, nonostante la perdurante capacità di procreare di Y.Y, già prima dell'intervento della Corte EDU⁴⁵. Poiché a livello internazionale il transessualismo è largamente riconosciuto come uno stato medico che giustifica un trattamento – compreso l'intervento chirurgico irreversibile - destinato ad aiutare le persone che si trovano in questa specifica condizione, e i servizi sanitari della maggior parte degli Stati contraenti lo garantiscono o autorizzano, negare l'autorizzazione all'intervento chirurgico in ragione della circostanza che il richiedente non sia incapace, in modo definitivo, a procreare, è in violazione della vita privata protetta dall'art. 8 della CEDU.

5.1 La sentenza Y.Y. c. Turchia si presta ad una duplice interpretazione

Il giudice ordinario, la Corte costituzionale (ma anche il legislatore) devono evitare di esporre lo Stato a responsabilità internazionale con decisioni interne che ignorino o forzino l'orientamento interpretativo della Corte EDU⁴⁶. Per questo il giudice nazionale, chiamato ad applicare una disposizione nazionale suscettibile di più letture, deve scegliere l'interpretazione che più si attaglia alla disposizione della CEDU, per come "vive" nell'ordinamento internazionale⁴⁷.

La sentenza Y.Y. c. Turchia si presta però ad una duplice interpretazione poiché si potrebbe ampliarne la portata e ritenere che il caso esaminato abbia comunque posto la questione di stabilire quali condizioni possano essere previste come necessarie ai fini del cambiamento anagrafico di genere – e non solo quindi ai fini dell'intervento chirurgico - senza violare l'art. 8 CEDU⁴⁸; oppure si potrebbe ridurla sottolineando che una pronuncia

45 Par. 25, *ibidem*.

46 Nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007 la Corte Costituzionale italiana sottolinea che, ai fini dell'art. 117 Cost., si deve far riferimento alla Convenzione così come interpretata, nel suo contenuto attuale, dalla Corte EDU. V. Zagrebelsky, *Corte cost. N. 49/2015, giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, Scritto destinato alla pubblicazione nell'"Osservatorio" dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), p. 7.

47 A. Celotto, F. Donati, Interpretazione conforme a diritto comunitario ed efficienza economica, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), Interpretazione conforme e tecniche argomentative, Torino, 2009, p. 483; L. Montanari, Interpretazione conforme a convenzione europea dei diritti dell'uomo e canoni di proporzionalità e adeguatezza, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *op.cit.*, pp. 487-495.

48 In questo senso anche i giudici Keller e Spano nella loro opinione separata comune, par. 28.

non può essere isolata dal contesto in cui è stata emessa, dovendo piuttosto essere letta considerando le peculiarità della fattispecie.

A sostegno della interpretazione estensiva soccorre *in primis* un argomento logico: se è vero che il requisito della sterilità definitiva è previsto formalmente solo ai fini dell'intervento chirurgico, poiché l'intervento chirurgico è necessario ai fini del cambiamento anagrafico di genere, la sterilità definitiva finisce per essere necessaria anche ai fini del cambiamento anagrafico di genere. Così opinando ne deriverebbe la contrarietà all'art. 8 CEDU del requisito dell'incapacità definitiva a procreare così come previsto e applicato negli Stati Membri ai fini della conversione anagrafica di genere⁴⁹. E del resto il caso concreto dà modo alla Corte di formulare delle affermazioni di ordine generale, in particolare quando precisa: "le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements [di sterilizzazione]"⁵⁰.

Oppure si potrebbe ritenere, conformemente all'opinione separata dei giudici Lemmens e Kuris, che la Corte non si sia pronunciata affatto sulla compatibilità con la CEDU dell'incapacità definitiva a procreare – intesa come condizione per il riconoscimento giuridico del nuovo genere - ma solo come condizione per l'accesso all'intervento chirurgico di conversione sessuale⁵¹. Questa interpretazione restrittiva sembra preferibile perché la questione posta alla Corte era limitata all'eventuale incompatibilità con l'art. 8 CEDU della sola previsione dell'incapacità definitiva a procreare come requisito ai fini dell'intervento chirurgico di conversione sessuale e, come notano i giudici Lemmens e Kuris, il dossier non conteneva comunque elementi sufficienti per inquadrarla in un contesto più generale. Inoltre, sul piano sostanziale, i motivi che possono essere adottati per giustificare tale requisito ai fini dell'intervento chirurgico non sono necessariamente quelli che potrebbero essere invocati per giustificare lo stesso requisito ai fini del cambiamento anagrafico di genere. Ne consegue che la sentenza Y.Y. c. Turchia può solamente fornire delle linee guida nel momento in cui l'incapacità definitiva a procreare è esaminata come condizione ai fini del cambiamento anagrafico di genere e non specificatamente ai fini dell'intervento chirurgico di conversione sessuale.

5.2 Sterilizzazione forzata o liberamente scelta?

49 La nostra Corte di Cassazione sembra aderire a questa interpretazione della sentenza CEDU quando afferma "la Corte EDU...ha stabilito che non può porsi come condizione al cambiamento di sesso la preventiva incapacità di procreare da realizzarsi ove necessario mediante intervento chirurgico di sterilizzazione". Sentenza della Corte di Cassazione, Prima Sezione Civile, n. 15.138/15 del 20 luglio 2015, R.G.N. 25.318/2013.

50 Par. 119, sentenza Y. Y. c. Turchia. Il diritto interno turco invero prevede procedure mediche di sterilizzazione volontaria (par. 27, *ibidem*) alle quali tuttavia, sembra, il ricorrente non aveva potuto avere accesso, né la Corte ritiene necessario esaminare la questione della accessibilità eventuale del ricorrente a questi trattamenti che avrebbero potuto consentirgli di soddisfare il requisito della sterilità.

51 "J'estime que le présent arrêt ne saurait être interprété comme excluant définitivement l'exigence de l'incapacité définitive de procréer du contexte de la conversion sexuelle". Opinione separata dei giudici Lemmens e Kuris, par. 3.

La *ratio* della previsione normativa del requisito dell'incapacità definitiva a procreare non è chiarita dalla Corte⁵², come efficacemente osservato dai giudici Keller e Spano nella loro opinione separata comune, ma essi stessi si astengono dal discuterne, evidentemente a causa dei risvolti etici della materia. L'aspetto criticabile del ragionamento seguito dalla Corte EDU consiste proprio nel non avere chiarito se vi sia un obiettivo legittimo eventualmente perseguibile dalla misura restrittiva. Ci si propone quindi di partire da dove la Corte cautamente si è fermata e di proseguire nell'analisi inquadrando la questione in un contesto più generale, cioè considerando il requisito dell'incapacità a procreare ai fini del cambiamento anagrafico di genere *tout court*.

Ad una lettura ravvicinata il tema della sterilizzazione si rivela articolato e bisognoso di focalizzazioni interdisciplinari perché una pluralità di elementi concorre a definirne l'orizzonte di comprensione.

La libertà riproduttiva – intesa come libertà di avere figli, così come di non averne - rappresenta un diritto umano composito, in cui cioè confluiscono diversi diritti umani⁵³. E infatti l'incapacità definitiva a procreare come requisito necessario per il cambiamento anagrafico di genere sembra porsi in contrasto oltre che, naturalmente, con il diritto all'integrità fisica⁵⁴, anche con l'aspirazione dell'essere umano a crearsi una discendenza che trova tutela a livello internazionale in più norme e si traduce in specifici diritti⁵⁵.

Viene qui in rilievo il diritto a fondare una famiglia, protetto dall'art. 23 del Patto sui diritti civili e politici che va letto, secondo il General Comment n. 19, nel senso che “the right to

52 Par. 80, *ibidem*.

53 Questo è anche il parere della Commissione Europea la quale ritiene che “la salute sessuale e riproduttiva e i relativi diritti si fondano sui diritti umani basilari e sono elementi essenziali della dignità umana”. Parere della Commissione per lo sviluppo (22.1.2015) destinato alla commissione per gli affari esteri sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione Europea in materia (2014/2216 (INI).

I diritti riproduttivi “embrace certain human rights that are already recognized” a livello nazionale ed internazionale, e che riguardano “all couples and individuals”. Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994, par. 7.2; 7.3. Il concetto di salute sessuale e riproduttiva, messa in relazione con la libertà procreativa per la prima volta in occasione della Conferenza Internazionale su popolazione e sviluppo “implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so...”. Programme of Action of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994, punto 7.2.

54 Si veda ad esempio l'Art. 3 della Carta dei diritti fondamentali (Diritto all'integrità della persona) Nell'ordinamento penale italiano la perdita della capacità di procreare costituisce una circostanza specifica del delitto di lesioni personali. S. Amato, *Tendenze nichilistiche del diritto moderno: la sterilizzazione*, in F. D'Agostino (a cura di), *op.cit.*, p. 11.

55 La tematica della libertà riproduttiva non è nuova, ma è stata analizzata principalmente nella sua componente negativa, ossia come espressione del diritto di non procreare – ecco dunque il tema della pianificazione familiare e della procreazione coatta. Assai meno studiata è stata invece la componente positiva di detta libertà, ossia il diritto di

found a family implies, in principle, the possibility to procreate". Si pensi poi al diritto al rispetto della vita privata, il quale potrebbe essere inteso come comprensivo del diritto alla discendenza biologica, nella misura in cui la maternità/paternità fossero viste come mezzo per realizzare al meglio la propria personalità⁵⁶.

Su queste basi la Corte EDU ha sempre sottolineato l'importanza del consenso previo ad ogni forma di sterilizzazione, tanto da configurarlo come "une exigence qui découle d'ailleurs des conventions internationales et des principes généraux de la dignité et de la liberté humaines"⁵⁷. Da qui il divieto di ogni forma di sterilizzazione coatta e di contraccezione obbligatoria⁵⁸.

Si prospettano quindi, ai fini della soluzione della questione in oggetto, due possibili e contrapposti percorsi argomentativi. Da un lato si potrebbe sostenere che la previsione dei requisiti dell'intervento chirurgico e della sterilizzazione ai fini del cambiamento di genere si pone in contrasto con il diritto all'autodeterminazione, di cui la libertà di definire la propria identità di genere rappresenta un elemento essenziale. I Giudici Keller e Spano sposano questa tesi quando affermano: "dans le cas où la stérilisation serait la seule possibilité de garantir l'autorisation d'une opération de changement de sexe, on peut parler de stérilisation forcée de facto"⁵⁹, e assumono in questo modo che la coazione possa essere integrata anche da pressioni che incidono in modo notevole sulla volontà della persona, specie quando ad essere colpiti sono aspetti essenziali della dignità della persona⁶⁰. Infatti, nella misura in cui l'intervento chirurgico e/o la sterilizzazione costituiscono presupposti necessari ai fini della riattribuzione di genere, essi divengono il passaggio obbligato per vedere sanzionata dalla legge l'identità stessa della persona e, se

56 Secondo C. Campiglio il diritto di scelta nel settore riproduttivo si ripercuote sull'intera esistenza della persona e deve pertanto essere considerato un diritto civile fondamentale: ne consegue che la decisione di procreare o non procreare è espressione di una libertà che lo Stato deve rispettare. C. Campiglio, *ibidem*, p. 43. M. Paradiso sottolinea che sessualità e procreazione sono una dimensione essenziale dell'uomo e su queste basi ci si può interrogare se possa essere concepito un diritto alla procreazione, e quindi un diritto alla maternità o alla paternità responsabili come momenti dello svolgersi, di un pieno svilupparsi della persona umana. M. Paradiso, *La sterilizzazione umana tra problemi giuridici e presupposti antropologici*, Rivista di diritto civile, 1992, p. 515. Merita infine di essere ricordata la tesi di V. Scordamaglia secondo cui il diritto a trasmettere la vita può essere inteso come un aspetto dello stesso diritto alla vita. V. Scordamaglia, *La rilevanza penale della sterilizzazione umana*, in F. D'Agostino (a cura di), *op.cit.*, p. 78. L'autore ricorda che talvolta il delitto di castrazione è stato equiparato all'omicidio.

57 Par. 14 Opinione separata dei giudici Keller e Spano. Si vedano ad esempio K.H. et autres c. Slovaquie, n. 32.881/04, 28 avril 2009; V.C. c. Slovaquie, n. 18.968/07, 8 novembre 2011; N.B. c. Slovaquie, n. 29.518/10, 12 juin 2012; I.G. et autres c. Slovaquie, n. 15.966/04, 13 novembre 2012; R.K. c. République Tchèque, n. 7.883/08, 27 novembre 2012.

58 Vedi *amplius* C. Campiglio, *ibidem*, pp. 67-71.

59 Opinione separata dei giudici Keller e Spano, par. 26

non vengono soddisfatti, la persona è “costretta” ad una “esistenza legale” che non corrisponde alla sua identità personale e di genere, al suo aspetto esteriore e al ruolo sociale che viene ad assumere o ha già assunto⁶¹. La persona insomma si trova di fronte ad un bivio, dovendo scegliere in modo alternativo il diritto alla conservazione della propria integrità fisica o il diritto alla propria identità sessuale, che fra l’altro comprende un aspetto psicosessuale in cui l’idea della possibile capacità generativa è integrante e fondamentale⁶². Quindi, nella misura in cui si considerano i requisiti della sterilizzazione e dell’intervento chirurgico come interventi forzati *de facto* si deve concludere nel senso dell’inammissibilità degli stessi, giusta la giurisprudenza consolidata della Corte EDU in questo senso.

La Corte EDU però, cautamente, non sembra ravvisare un intervento forzato nella previsione normativa del requisito dell’incapacità a procreare. Si potrebbe del resto sottolineare che la persona transessuale non è indotta coattivamente a cambiare genere e l’intervento e/o la sterilizzazione, che pure mira a rendere irreversibile la perdita di un elemento della struttura biofisica della persona, sono autorizzati e non imposti dall’autorità giudiziaria. Peraltro, ove il soggetto non voglia sottoporsi al trattamento chirurgico e alla sterilizzazione, non gli è precluso di vivere la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile.

Inoltre, come è stato opportunamente messo in luce, non vi è una dimensione della sessualità che possa sottrarsi ad una valenza relazionale⁶³, quindi la comprensibile aspirazione ad una propria discendenza, comune a uomini e donne, è difficilmente configurabile come un diritto assoluto ed insuscettibile di condizioni e limiti al suo esercizio⁶⁴. Non a caso in occasione della Conferenza Internazionale su Popolazione e

60 Nel momento in cui viene in rilievo la scelta sulla propria identità personale, la dignità della persona umana sostiene l’autonomia individuale e giustifica la reazione nei confronti di tutti gli interventi che comprimono o impongono una determinata identità all’individuo. In questo senso G. Marini, *Il consenso*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 378.

61 In questo senso Decisione del 11.01.2011, 1 BVR 3295/07, par. 69; Kammarrätten i Stockholm (Corte d’Appello Amministrativa di Stoccolma), n. 1968-12, 12 dicembre 2012.

62 Comitato nazionale per la bioetica, *op.cit.*, p. 144.

63 D’Agostino, *Sessualità e diritto*, in *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1996, p. 128.

64 C. Campiglio nota ad esempio che il diritto degli aspiranti genitori è variamente limitato in principio dal diritto al rispetto della vita privata e familiare del nascituro. E’ ad esempio in nome del diritto del nascituro, prosegue l’autrice, che si è escluso in capo alle coppie omosessuali e ai singoli individui il diritto di accesso alla procreazione assistita. C. Campiglio, *ibidem*, pp. 151-152.

Sviluppo si è posto l'accento non solo sulla libertà riproduttiva, ma anche sulla "shared responsibility for sexual behaviour and its consequences"⁶⁵.

Qualificando la sterilizzazione ai fini del cambiamento di genere come volontaria, si dovrebbe quindi prendere atto che le singole legislazioni nazionali prospettano un ampio ventaglio di scelte in materia, da quella che la favorisce, assumendola come servizio pubblico nel sistema sanitario nazionale, fino a quella che la vieta presidiando il divieto con sanzioni penali, e anche la dottrina è divisa sulla sua liceità⁶⁶. La sterilizzazione volontaria ai fini del mutamento di genere non era ammessa dall'ordinamento turco, come è intuito dal giudice Lemmens, il quale nota che ci sono persone di sesso femminile desiderose di cambiare genere che non sono più fertili, o non lo sono mai state, ed è solo a questa categoria che il legislatore turco consentiva di procedere all'intervento chirurgico: "*en revanche, une femme fertile ne peut pas, en vue d'une conversion sexuelle, abandonner les caractéristiques physiques d'une femme, y compris la faculté de procréer*". E' in questa prospettiva che devono essere lette le argomentazioni del Governo Turco. Invece la Corte omette di inquadrarle in una riflessione più ampia filosofica, bioetica e giuridica sul significato della sterilizzazione ai fini del cambiamento di genere, e finisce per rigettarle per la loro assunta contraddittorietà⁶⁷, in particolare quando rileva: "*la Cour ne s'explique pas pourquoi l'incapacité de procréer d'une personne souhaitant se soumettre à une opération de changement de sexe devrait être établie avant même que ne soit engagé le processus physique de changement de sexe*"⁶⁸ e ancora "*la Cour ne voit pas comment, sauf à se soumettre à une opération de stérilisation, le requérant aurait pu satisfaire à l'exigence d'infertilité définitive*"⁶⁹.

6. Il disallineamento fra il ruolo di genitore biologico e il sesso anagrafico

65 Platform for Action, punto 96.

66 Da un lato infatti vi è chi sostiene che non sembra essere (più) problematico inquadrare la sterilizzazione volontaria nell'ampia sfera degli atti di disposizione del proprio corpo che incontrano il solo limite del consenso informato. S. Amato, *op.cit.*, p. 11. *Contra* M. Paradiso il quale, oltre a condannare ogni forma di sterilizzazione forzata o anche soltanto "incoraggiata" dallo Stato, perché contraria alla dignità e alla libertà della persona, rifiuta anche l'ammissibilità della sterilizzazione volontaria. M. Paradiso, *op.cit.*, p. 513.

Per comprendere l'evoluzione della valutazione, anche giuridica, della sterilizzazione si veda N. Coviello, V. Melchiorre, G. Perico, D. Tettamanzi, C.G. Vella, M. Vignali, L. Zani, *Il problema della sterilizzazione volontaria*, Milano, 1983, pp. 1-157.

67 Par. 74, *ibidem*.

68 Par. 116, *ibidem*.

69 Par. 118, *ibidem*.

La considerazione dei diritti della persona, anche in materia di identità di genere, non vale ad assorbire ed annullare sempre e comunque gli interessi generali contrapposti, o ad ignorare l'esistenza di questi ultimi, e la meritevolezza di una loro considerazione. Infatti, se da un lato vi è il diritto all'identità di genere, dall'altro ogni aspetto della sessualità possiede una dimensione relazionale⁷⁰. Se da un lato vi è l'interesse individuale ad avere un figlio, dall'altro vi è l'interesse dello Stato a preservare i principi, morali e giuridici, ispiratori del proprio diritto filiale, che dovrebbero essere considerati per evitare che tutte le singole rivendicazioni finiscano per chiudersi in se stesse e che il diritto stesso si costruisca su progressive incoerenze⁷¹.

Il par. 2 dell'art. 8 costituisce una delle clausole di interferenza previste nella CEDU per il soddisfacimento di esigenze collettive, e precisa le condizioni alle quali lo Stato può limitare il godimento del diritto garantito dal par. 1. La disposizione tende così a realizzare un equo contemperamento tra il diritto individuale e l'interesse generale, inteso come espressione delle esigenze complessive della società o di altri individui. Il test cui vengono tradizionalmente sottoposte le misure di restrizione consiste quindi nel verificare se esse siano previste dalla legge, e se tendano ad uno degli scopi specificati nel par. 2 e infine se possano ritenersi necessarie in una società democratica, perché imposte da un "besoin social impérieux" e proporzionate, cioè con un impatto "tollerabile" nella sfera individuale. L'esame di proporzionalità in particolare si fonda sulla comparazione tra il complesso dei diritti della persona e l'interesse pubblico da preservare mediante la compressione o la limitazione di essi.

Anche se cautamente mai messa in luce né dalla Corte EDU né dal Governo turco, la *ratio* cui rispondono i requisiti dell'intervento chirurgico e della sterilizzazione è in realtà chiara: il primo mira a far salva l'(apparente) corrispondenza fra genere anagrafico e sesso biologico, la seconda a garantire la preservazione giuridica dei ruoli di genere, e quindi a "scongiurare" il disallineamento fra il ruolo di genitore biologico e il genere anagrafico⁷² cioè, detto più chiaramente, il disallineamento sul piano giuridico fra ruolo di padre e sesso maschile da un lato e, dall'altro, fra ruolo di madre e sesso femminile, quasi a configurare la dignità della gestazione in sé come un bene giuridico definito e protetto dallo Stato⁷³. In

⁷⁰ D'Agostino, *Sessualità e diritto*, op.cit., p. 128.

⁷¹ Scrive S. Amato: "anche questo è nichilismo: condannare il giurista a lavorare entro un orizzonte frantumato da una pluralità di rivendicazioni soggettive senza che possa chiedersi a quale disegno complessivo conducano". S. Amato, op.cit., p. 22.

⁷² Il tema della c.d. transgenitorialità assurge a momento di verifica dell'indice di neutralità di un ordinamento rispetto al genere. A. Schuster, *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, pp. 1-338.

⁷³ T. Pitch, *Un diritto per due*, Milano, 1998, pp. 19-21. Ma la domanda che ci dobbiamo porre allora, utilizzando una felice espressione di R. Bobbio, è questa: può lo Stato trattare i propri cittadini come "eterni minorenni" e stabilire lui stesso cosa è dignitoso e cosa non lo è? R. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, pp. 47-77.

particolare, prevedendo la sterilizzazione come requisito imprescindibile ai fini del cambiamento di genere i legislatori nazionali mirano a evitare che un bambino possa essere partorito da una persona con sembianze maschili – e giuridicamente maschio - o possa avere, come padre, una persona con sembianze e ruolo sociale femminili e giuridicamente donna⁷⁴.

6.1 I limiti del margine di apprezzamento

Molti ordinamenti interni, subordinando ancora il cambiamento di genere ai requisiti in esame, stentano ad abbandonare l'ancoraggio offerto dal dualismo normativo legato al dato biologico e ribadiscono quindi la necessità della modifica chirurgica che non consenta più la riproduzione umana. Adottando questo approccio da un lato ritengono meritevole di tutela l'identità di genere, dall'altro tuttavia si dimostrano non ancora pronti ad abbandonare del tutto la categoria giuridica di sesso, e infatti attribuiscono una considerazione preminente ai caratteri sessuali piuttosto che alla psiche del soggetto⁷⁵. La mancanza del consenso fra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa, che traspare dalla pluralità di visioni e approcci giuridici adottati dalle varie legislazioni in materia di transessualismo, si spiega agevolmente in ragione delle difficoltà insite nella ricerca di un possibile compromesso fra i delineati interessi contrapposti.

Vi sono aspetti della vita privata e familiare particolarmente "sensibili", caratterizzati da forti connotazioni etiche e sociali, rispetto ai quali il margine di apprezzamento sembrerebbe potersi efficacemente opporre all'argomento evolutivo⁷⁶. In virtù del margine di apprezzamento quindi, così come della necessità di proteggere da un lato la "morale", dall'altro "diritti e libertà altrui" (art. 8.2 CEDU), potrebbero giustificarsi ingerenze nel diritto al rispetto della propria vita privata. Anche il diritto ad autodeterminarsi in ordine all'identità di genere non è da intendersi come assoluto ed insuscettibile di condizioni e limiti al suo esercizio⁷⁷ e sembrerebbe che l'obiettivo di evitare il disallineamento fra ruolo di genitore biologico e sesso anagrafico possa costituire la base per una ingerenza legittima al diritto della persona al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU⁷⁸. Del resto l'ordinamento giuridico può anche proporsi di indirizzare il corpo sociale in un certo settore e il legislatore dispone di un margine di discrezionalità nello stabilire quali aspetti del reale siano meritevoli di considerazione giuridica.

Si deve tuttavia sottolineare che la Corte EDU restringe notevolmente il margine di apprezzamento, sottoponendolo ad un controllo di ragionevolezza molto penetrante, nel momento in cui vengono in rilievo questioni che coinvolgono scelte intime della persona e

74 Non si tratta solo di una ipotesi astratta. Negli Stati Uniti, in Canada, in Gran Bretagna e più recentemente in Israele e in Germania vi sono state delle persone transessuali FtM che hanno dato alla luce dei figli. A titolo di esempio cito solamente il sito <http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/worlds-first-pregnant-man-i-want-1296196> (sito visitato il 20.10.2015).

75 "In a plurality, even in an ethical plurality, human rights will not always prevail. Where human rights has to compete with both utilitarian and dignitarian views, there will be different winners and losers in different places at different times [...], where a community has a strong cultural identity, the dignitarian view may be dominant". R. Brownsword, *Ethical Pluralism and the Regulation of Modern Biotechnology*, in F. Francioni (a cura di) *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford-Portland, 2007, pp. 53-54.

chiamano in causa, in ultima analisi, la sua dignità. E' questo ormai il caso, dopo la sentenza Oliari⁷⁹, del diritto alla vita familiare omosessuale, e lo stesso sembra doversi ripetere per il diritto all'identità di genere in ordine al quale lo strumento del margine di apprezzamento dovrebbe essere maneggiato con molta cura e incontra già dei limiti, in particolare quanto alle modalità atte a evitare il disallineamento di cui si è detto⁸⁰.

Si potrebbe concludere nel senso che, se alcuni Stati Membri del Consiglio d'Europa dovessero conservare il requisito della incapacità a procreare ai fini della conversione di genere, tale risultato dovrebbe essere perseguito utilizzando la tecnica meno invasiva, favorendo quindi, tra l'altro, trattamenti farmacologici piuttosto che chirurgici e in ogni caso con effetti reversibili, bilanciando in questo modo i diritti della persona con gli interessi generali. Infatti, la società democratica prefigurata dal Consiglio d'Europa, e quindi dalla CEDU, si caratterizza per il livello minimo di restrizioni alle libertà individuali, e la protezione della morale non può giustificare restrizioni sproporzionate rispetto allo scopo perseguito⁸¹.

A rigore tuttavia, nella misura in cui si assume che evitare il disallineamento tra ruolo di genitore biologico e sesso anagrafico costituisca un obiettivo legittimo, questo potrebbe

76 C. Campiglio, *ibidem*, p. 97. Si ricordano qui i sette giudizi dissenzienti nei casi Feldbrugge e Deumeland del 1986 che mettono in guardia circa il rischio di trasformare la Corte in una sorta di legislatore sovranazionale. L'interpretazione evolutiva, infatti "n'autorise pas à introduire dans la Convention des notions ou matières entièrement nouvelles car il s'agit là d'une fonction législative qui appartient aux Etats membres". Sentenza 29 maggio 1986, Feldbrugge c. Paesi Bassi e Deumeland c. Repubblica Federale Tedesca, opinione dissenziente comune di Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Evans, Bernhardt, Gersing, par. 24. Si veda anche l'opinione conforme del giudice Matscher secondo cui l'interpretazione evolutiva produrrebbe conseguenze anche pesanti in ordine alle riserve apposte dagli Stati. Sentenza 26 aprile 1995, Fischer c. Austria, opinione conforme, par. 2. Secondo H. Golsong "the abandonment of established and applicable principles of international law by the Commission under the disguise of a new tool of treaty interpretation resembles an act of usurpation of an overreaching power or at least an act of détournement de pouvoir". H. Golsong, *Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?*, in R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 158.

77 In questo senso la Corte di Cassazione italiana, *op.cit.*

78 Osserva però R. Dameno: "a suscitare sgomento, shock, incomprensione sociale non è il fatto che una persona definita dai documenti come appartenente al genere maschile partorisca un figlio, ma semmai il fatto che una persona che ha sembianze, comportamenti, ruoli propri del genere maschile possa partorire". R. Dameno, *La legge n. 164/1982: tra il diritto all'identità sessuale e di genere e l'obbligo di sterilizzazione. Alcune riflessioni sulla transGenitorialità*, in *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015/1, p. 199.

79 Case of Oliari and Others v. Italy, Applications nos. 18766/11 and 36030/11, Judgement of 21 July 2015

essere perseguito attraverso l'accertamento rigoroso svolto in sede giudiziale della compiutezza ed univocità della scelta del richiedente, senza che sia necessario prevedere normativamente, o nella prassi giurisprudenziale, il requisito della incapacità a procreare, sia pure ottenuta attraverso trattamento farmacologico e non chirurgico, e con carattere reversibile. In questo senso si è espressa anche la Corte di Cassazione italiana la quale, pronunciandosi sul punto, ha affermato che gli interessi pubblici sono adeguatamente tutelati non già necessariamente tramite l'intervento chirurgico e la sterilizzazione, bensì grazie a "rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale" della "serietà ed univocità del percorso scelto e [de]lla compiutezza dell'approdo finale"⁸². Il disallineamento fra il ruolo di genitore biologico e il genere anagrafico potrebbe quindi essere evitato per questa via, e l'intervento chirurgico e la sterilizzazione si configurerebbero, se previsti dal diritto interno come presupposti indefettibili ai fini del cambiamento di genere, come misure non necessarie e sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito.

7. Osservazioni finali

L'analisi comparata delle soluzioni offerte dai vari ordinamenti nazionali in tema di riattribuzione di genere mostra che una stessa persona può soddisfare i requisiti richiesti da un certo ordinamento per essere considerato uomo o donna e, viceversa, non soddisfare i requisiti posti da altri. In Italia questa diversità di soluzioni si registrava persino all'interno dello stesso ordinamento, giusti gli opposti orientamenti giurisprudenziali

80 Secondo N. Boschiero invece, laddove non esista un sentimento giuridico comune sulle questioni più sensibili come quella in esame, la ricerca a tutti i costi di una armonizzazione del diritto degli Stati è in contraddizione con il necessario rispetto del pluralismo e delle diverse tradizioni culturali poiché, in presenza di valutazioni etiche differenti, essa si tradurrebbe in una imposizione di valori e modelli di vita. Poiché nella società internazionale non c'è spazio per criteri oggettivi ed universali di valutazione etica, né per autorità che ne siano depositarie, i diritti interni rappresentano ancora oggi lo strumento più democratico e prossimo alle diverse realtà politico-sociali, morali e religiose espresse dalle varie comunità, dunque quello più adatto a ricercare e a realizzare un necessario consenso sulla soluzione da dare alle questioni eticamente più spinose. N. Boschiero, *op.cit.*, pp. 42-43.

81 Nella loro opinione separata annessa alla sentenza Y.Y. c. Turchia i giudici Keller e Spano sottolineano che il margine di apprezzamento deve essere ridotto al minimo qualora vengano in rilievo il diritto all'identità sessuale e allo sviluppo personale, che sono aspetti fondamentali del diritto della persona al rispetto della propria vita privata. La sterilizzazione in ogni caso, secondo i detti giudici, non sarebbe proporzionata, in considerazioni delle conseguenze gravi e irreversibili che comporta, tanto più che sarebbero praticabili misure meno invasive. Opinione separata dei giudici Keller e Spano, par. 26, 27. Si veda anche C. Campiglio, *Tecniche riproduttive e diritti dell'uomo*, in N. Boschiero (a cura di), *op.cit.*, p. 146-147.

82 La Corte di Cassazione ritiene comunque indispensabile che l'accertamento del completamento di tale percorso individuale sia compiuto attraverso la "documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta". Sentenza della Corte di Cassazione, *ibidem*.

esistenti sul punto della necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari e della sterilizzazione⁸³. Ecco dunque che la comparazione fra ordinamenti, sul piano internazionale, e fra orientamenti giurisprudenziali, sul piano interno, sconfessa la tesi di chi considera la nozione di genere come un dato di natura perfetto e imm modificabile, improntato ad un logica binaria, e dimostra sul piano giuridico ciò che è acquisito da tempo nelle altre scienze sociali, cioè che la nozione di genere costituisce un'astrazione socio-culturale variabile nel tempo e nello spazio. Il transessualismo contribuisce in questo modo a costruire i rapporti tra sesso e genere, mettendo in discussione l'orizzonte rigidamente dicotomico della configurazione di genere.

Passando poi ad analizzare più da vicino i requisiti dell'intervento chirurgico e della sterilizzazione ulteriori conclusioni possono essere sviluppate.

Nella misura in cui si consideri legittimo l'obiettivo di evitare il disallineamento tra ruolo di genitore biologico e sesso anagrafico, questo dovrebbe essere perseguito attraverso l'accertamento rigoroso svolto in sede giudiziale della compiutezza ed univocità della scelta del richiedente. La previsione normativa o giurisprudenziale dell'incapacità a procreare - sia pure ottenuta attraverso trattamento farmacologico e non chirurgico, e con carattere reversibile - come presupposto indefettibile ai fini del cambiamento di genere si configura come misura non necessaria e sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito.

Si delinea in questo modo, con riferimento al transessualismo, il passaggio da un approccio "sanitario" ad un approccio "dignitario"⁸⁴ poiché la protezione delle persone transessuali viene assicurata attraverso il pieno riconoscimento della loro differenza,

83 Il primo orientamento di carattere restrittivo autorizzava la rettificazione anagrafica di genere esclusivamente dopo che l'individuo si fosse sottoposto ad intervento chirurgico, salvo che questo non potesse essere eseguito in ragione dello stato di salute del soggetto richiedente. Per una raccolta di sentenze di questo orientamento si veda <http://www.articolo29.it/bibliografia-identita-di-genere/transessuali/autorizzazione-alla-rettificazione-anagraficatrattamenti-medico-chirurgici-necessarimerito/>

Vi era poi un orientamento giurisprudenziale che riteneva necessario l'accertamento dell'incapacità di procreare, e richiedeva gli interventi demolitivi (non già dunque quelli ricostruttivi) circoscritti a questo limitato fine, almeno nella misura in cui la sterilità permanente non potesse essere perseguita per altra via. Cfr. Tribunale di Siena, sentenza 412/2013 del 12.6.2013

Infine vi era un orientamento che non riteneva necessari l'intervento chirurgico e la sterilizzazione al fine della riattribuzione di genere nei registri dello stato civile. Cfr. Tribunale di Messina, prima sezione civile, sentenza del 4 novembre 2014 Per una panoramica generale si rinvia a A. Lorenzetti, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, in *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015/1, pp. 174-189.

A fronte di questi contrapposti orientamenti è intervenuta la Corte di Cassazione affermando il carattere eventuale dell'intervento chirurgico sempre che "la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale". Sentenza della Corte di Cassazione, *op.cit.*

84 Vedi *amplius* A. Schillaci, *Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India*, in *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2014/2, pp. 175-186.

inquadrandolo però quest'ultima come frutto di autodeterminazione e non come condizione patologica da assumere e tutelare nell'ambito della protezione del diritto alla salute.

Rimane fermo che, qualora la legislazione interna o la prassi giurisprudenziale di un certo Paese non prevedessero alcun requisito ai fini della conversione anagrafica di genere e prescindessero da ogni accertamento della compiutezza e univocità della scelta⁸⁵, la persona trans maschile (*female to male*) potrebbe mantenere gli organi sessuali femminili e rimanere incinta, e si delinerebbe quindi come necessaria, per evitare risultati non soddisfacenti in un'ottica sistematica, una tutela della maternità disancorata dal sesso, e anche dal genere; una tutela della gravidanza e della maternità, cioè, assicurata a prescindere dal fatto che nella persona che partorisce il genere e il sesso siano allineati (c.d. persona cisgender) o disallineati (c.d. persona transgender)⁸⁶, e a prescindere da come sia anagraficamente inquadrata la persona che partorirà. Infatti, se la persona trans maschile fosse inquadrata come uomo dalla legislazione applicabile, non godrebbe della tutela della maternità nella misura in cui questa fosse riservata alle donne anziché essere costruita come tutela dello stato di gravidanza in quanto tale. Nella sfera dei rapporti familiari verticali la genitorialità dei transessuali dovrebbe trovare adeguate garanzie nel principio, formalizzato nell'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore⁸⁷, che ordina tutti i rapporti in base al superiore interesse del minore⁸⁸.

La Corte Costituzionale italiana ha già avuto modo di chiarire con sentenza 161/1985 che il transessuale conserva le potestà e gli obblighi genitoriali di mantenimento, educazione ed istruzione, nei confronti dei figli nati da un matrimonio contratto prima della riattribuzione che avranno, dopo la riattribuzione di genere di uno dei genitori, due madri o due padri, e che la persona transessuale avrà le stesse potestà e gli stessi obblighi nei confronti dei figli adottati - o, aggiungiamo, eventualmente ... nati - durante il matrimonio successivo. La Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) ha invece considerato nello specifico proprio le conseguenze giuridiche derivanti dal fatto che una persona transessuale, ad esempio maschile, mantenga la capacità riproduttiva femminile e quindi partorisca figli e ha affermato che la questione giuridica che si pone è risolvibile in analogia a quanto previsto dalla legge per i legami di filiazione in essere prima della

85 Art. 4.3 della legge argentina (Ley 26.743 establécese el derecho a la identidad de género de las personas, promulgada Mayo 23 de 2012)

86 Secondo A. Schuster, una volta che il criterio classificatore del sesso biologico viene superato, per esserne ricompreso, nel genere, l'ordinamento, fatta compiutamente propria la nozione di genere, sarà anche pronto e dovrà abbandonarla. A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, p. 65.

87 Convention on the Rights of the Child adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990.

88 J. Long, *Essere genitori transessuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 7-8, p. 236. Sul punto E. Falletti,

riattribuzione, che infatti non mutano in conseguenza della successiva riattribuzione di genere⁸⁹.

In ogni caso i fatti della vita precedono i loro effetti giuridici ed il legislatore si limita a disciplinare i secondi, senza poter impedire l'accadimento dei primi. Anche se fossero mantenuti i requisiti dell'intervento chirurgico e della sterilizzazione ai fini del cambiamento anagrafico di genere, una persona di sesso anagrafico donna potrebbe intraprendere un percorso di terapia ormonale per adeguare il proprio corpo all'identità maschile percepita, senza tuttavia richiedere un adeguamento dei documenti di identità al proprio "nuovo" aspetto fisico, quindi smettere la cura ormonale, ritornare ad essere fertile e conseguentemente partorire un figlio, pur conservando un aspetto maschile. La vita procederà dunque oltre il diritto, e oltre la giurisprudenza, e non sarà evitando di raffigurare giuridicamente una persona come maschio che sarà eliminata - o anche solo ridotta - la possibilità di un bambino nato da persona di genere maschile, considerato tale la persona che tale è nella sua psiche, nel suo aspetto esteriore, quindi nei suoi caratteri sessuali secondari, e nel ruolo sociale che svolge, anche a prescindere da come è anagraficamente classificato.

** Assegnista di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione Europea

89 Decisione del 11.01.2011, 1 BVR 3295/07