

11 APRILE 2018

«*Maschio e femmina li creò*» ... o, forse,
no. La Corte costituzionale ancora
sulla non necessità di intervento
chirurgico per la rettificazione
anagrafica di attribuzione di sesso

di Cosimo Pietro Guarini

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

«Maschio e femmina li creò» ... o, forse, no.
La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di
intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di
attribuzione di sesso *

di Cosimo Pietro Guarini

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** I (non così nitidi) contorni della questione delle *intervenute modificazioni* dei caratteri sessuali per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso di cui all'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164. **3.** Interpretazione conforme a Costituzione e non necessità di intervento chirurgico di riassegnazione dei caratteri sessuali primari nella sentenza n. 15138 del 2015 della Corte di cassazione, sezione I civile ... **3.1.** (*Segue*) ... e nella sentenza n. 221 del 2015 della Corte costituzionale: tante convergenze e qualche comune opacità. **4.** La tenuta dell'interpretazione *de qua* alla prova della giurisprudenza di merito. **4.1.** (*Segue*) Le ordinanze di rimessione del Tribunale di Trento dell'8 e del 28 aprile 2015: la critica per difetto ovvero del "sottodimensionamento" del diritto all'identità di genere nell'interpretazione conforme a Costituzione ... **4.1.1.** (*Segue*) ... e la sentenza n. 180 del 2017 della Corte costituzionale: l'occasione per i giudici della Consulta di ribadire qualche "detto" ed esplicitare qualche "non detto"? **4.2.** (*Segue*) L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Avezzano del 12 gennaio 2017: la critica per eccesso ovvero del "sovradimensionamento" del diritto all'identità di genere nell'interpretazione conforme a Costituzione ... **4.2.1.** (*Segue*) ... e l'ordinanza n. 185 del 2017 della Corte costituzionale. Il rafforzamento del punto di equilibrio ... **4.2.2.** (*Segue*) ... e le sue (presumibili) implicazioni interpretative. **5.** Conferme dalla Corte EDU: la decisione *A.P., Garçon et Nicot c. France* del 6 aprile 2017 e il margine di apprezzamento nazionale con riferimento agli accertamenti peritali medico-scientifici in sede giurisdizionale. **6.** Alcune osservazioni (per forza di cose) interlocutorie in attesa di una migliore definizione dei ruoli di Corte costituzionale, legislatore e giudici in ambiti eticamente sensibili.

1. Introduzione

La questione della necessità o meno dell'intervento chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali primari per ottenere la rettificazione anagrafica di sesso è di recente tornata all'attenzione della Corte costituzionale benché su di essa, non più di un paio d'anni fa, sembrava essere già stata scritta una parola "definitiva" in ordine all'interpretazione (costituzionalmente orientata) da dare all'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (recante "*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*"), a tenore del quale «*La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali*».

* Articolo sottoposto a referaggio.

Sia la Corte di cassazione (con sentenza 20 luglio 2015, n. 15138) che la stessa Corte costituzionale (con sentenza 5 novembre 2015, n. 221), dando risalto ad un precedente orientamento minoritario di alcune Corti di merito nazionali¹, avevano escluso, anche sulla scorta di una quasi coeva pronuncia della Corte EDU in argomento², che la suddetta disposizione, in combinato disposto con l'art. 3 della stessa legge, come “trasfuso” nel comma 4 dell'art. 31 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150³ – a tenore del quale «Quando

¹ Prima del 2015, per tutte, v. Tribunale di Roma, 10 ottobre 1997; Tribunale di Roma, 11 marzo 2011; Tribunale di Rovereto, 2 maggio 2013, reperibili in www.articolo29.it; Tribunale di Messina, 4 novembre 2014, commentata da G. D'AMICO, *Identità di genere: «non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2 maggio 2015. Per una puntuale rassegna di precedenti giurisprudenziali in argomento v. A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, spec. pp. 56 ss.; ID., *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 *GenIus*, www.articolo29.it, 2015, n. 1, pp. 174 ss.; G. MAESTRI, *Cambio di sesso senza intervento sui genitali: dalla Cassazione «con juicio, pero adelante»*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2015, n. 3, pp. 209 ss.

² Corte EDU, *Y.Y. c. Turchia* (C. 14793/08), 10 marzo 2015, sulla quale v. il commento di A. AMBROSINO, *La rettificazione di sesso alla luce di una recente decisione della C.e.d.u. Un percorso tortuoso per raggiungere una meta dignitosa*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatoriocostituzionale.it, ottobre 2015. La decisione risolve la questione del contrasto con la CEDU di una disposizione nazionale turca che impone l'incapacità procreativa del richiedente al fine dell'ottenimento dell'autorizzazione all'intervento chirurgico, che a sua volta è prodromico alla richiesta di una nuova attribuzione anagrafica di sesso. La singolarità della disposizione turca, come rilevato anche da C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2016, n. 1, pp. 283 ss., p. 286 e nt. 10, sta nel fatto che la sterilizzazione non è considerata come alternativa all'intervento chirurgico di riassegnazione di sesso, o come effetto a questo conseguente, ma «come prerequisito essenziale per l'accesso a tali interventi». In realtà, il richiamo alla sentenza citata è presente solo nella pronuncia della Corte di cassazione e non anche in quella della Corte costituzionale, come già notato da I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Nota a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2016, fasc. I, pp. 175 ss., p. 181, ad opinione della quale tale scelta può essere, forse, dipesa dal voler dare seguito «all'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la sentenza n. 49 del 2015 volto ad evidenziare la priorità assiologica del dettato costituzionale sugli altri cataloghi di diritti internazionali proclamati». Similmente anche M. ROSPI, *Il transessualismo e il (venir meno) del “costringimento al bisturi”: una prova di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2016, n. 2, la quale si domanda se l'omissione della Consulta «sia qualificabile, alla luce delle più dotte dottrine, come un comportamento di *disobbedienza funzionale*, nella veste di *garantismo competitivo* (al quale si aggiunge l'aggettivo silente) o, invece, di *patriottismo costituzionale*», preferendo quest'ultima opzione (pp. 20 ss.). La giurisprudenza euro-convenzionale in tema di transessualismo, comunque, è ben più ampia a partire almeno da Corte EDU, *B. c. Francia* (C. 13343/87), 25 marzo 1992, e Corte EDU, Grande Camera, *Goodwin c. Regno Unito* (C. 28957/95), 11 luglio 2002, a commento delle quali cfr. in dottrina, *ex multis*, L. TRUCCO, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2003, pp. 371 ss., e G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. RODOTA', P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTA', P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, Milano, 2011, pp. 729 ss., pp. 768 ss. Molto recente, infine, è la decisione della Corte EDU *A.P., Garçon et Nicot c. France* (C. 79885/12, 52471/13 et 52596/13), 6 aprile 2017, sulla quale si tornerà *infra* par. 5.

³ L'art. 3 della l. n. 164 del 1982 è stato abrogato dall'art. 34, comma 39, *lett. c)*, del d.lgs. n. 150 del 2011 e sostituito, con tenore letterale pressoché identico, dall'art. 31, comma 4, del medesimo decreto. Ciò che manca nell'attuale formulazione è solo l'espresso riferimento all'accertamento da parte del giudice dell'effettuazione del trattamento autorizzato previsto dal comma 2 dell'art. 3 abrogato («il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio»). L'abrogazione del riferimento, peraltro, non sembra aver inciso significativamente dal punto di vista esegetico perché l'accertamento ivi previsto sembra conseguenza logica del fatto che il giudice deve pur sempre verificare le «interventive modificazioni» al fine di disporre la rettificazione di

risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato» – potesse interpretarsi nel senso di imporre al richiedente rettificazione del sesso anagrafico un intervento chirurgico per la modificazione dei propri caratteri sessuali primari. Ciononostante, taluni (irrisolti) equivoci sottesi alla delicata problematica hanno spinto alcuni giudici a ricorrere nuovamente alla Consulta al fine di ottenere una decisione che illuminasse un contesto ermeneutico conforme a Costituzione non ancora sufficientemente chiaro se è vero, come è vero, che le censure sollevate dalle ordinanze di rinvio hanno assunto un “verso” tra loro radicalmente opposto.

Le questioni di legittimità costituzionale cui si fa riferimento sono state promosse dal Tribunale di Trento con due diverse ordinanze (8 e 28 aprile 2015), poi riunite nel giudizio costituzionale, e dal Tribunale di Avezzano (12 gennaio 2017) e sono state decise in modo differente. Quanto alle prime, sollevate in un momento di poco anteriore alle succitate pronunce delle supreme magistrature – sì che i dubbi sollevati dal giudice remittente, probabilmente, non avevano ancora avuto modo di essere adeguatamente sopiti all’atto di redigere e trasmettere le ordinanze di sospensione dei giudizi – la Consulta, così come nell’analogo occasione del 2015, non ha ritenuto di dichiararle (manifestamente) inammissibili, benché gli elementi per procedere in tal senso non mancassero⁴, e ha scelto di (ri)esaminare il merito della vicenda con la pronuncia n. 180 del 2017 al fine di ribadire la stessa posizione presa due anni prima con il medesimo tipo di sentenza, giustappunto una interpretativa di rigetto⁵. Quanto alla seconda, di tutt’altro “verso” rispetto alle prime, come si dirà, il Giudice delle leggi ha optato per un’ordinanza, la n. 185, di manifesta infondatezza non rinvenendovi argomenti che potessero mettere in discussione i cardini dell’interpretazione indubbiata.

È opportuno, allora, esaminare lo stato dell’arte della controversa tematica al fine di provare a ricostruire il mutato scenario normativo in tema di transessualismo⁶, che ha posto, e continua a porre, questioni

sesso (in tal senso v. già L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in questa *Rivista*, 2013, n. 21, p. 15).

⁴ In particolare, ci si riferisce alla possibilità di censurare con la (manifesta) inammissibilità il carente sindacato del giudice *a quo* in ordine all’interpretazione in modo conforme a Costituzione della disposizione indubbiata. Cfr. *infra* parr. 3.1. e 4.1.1.

⁵ Tipo di sentenza la cui recessività, come noto, è stata direttamente proporzionale all’incremento dell’utilizzo delle decisioni di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione conforme a Costituzione del giudice *a quo* (sul punto rilevava L. PESOLE, *Quando la Corte «neutralizza» una legge*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 230 ss., p. 235, che l’orientamento a lungo dominante è stato quello «che vede pronunciare l’inammissibilità laddove una volta sarebbe stata utilizzata l’interpretativa di rigetto»).

⁶ L’assenza del termine «transessualismo» nella legge 164/1982 dovrebbe ritenersi solo il frutto di «una certa cautela del legislatore dell’epoca, preoccupato di rendere la legge accettabile a una parte dell’opinione pubblica» (così F. BILLOTTA, voce *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv., sez. civile, Aggiornamento*, Torino, 2013, pp. 732 ss., p. 733); ma è questo fenomeno che la legge disciplina e solo questo.

anche ulteriori (presupposte e consequenziali, verrebbe da dire) rispetto a quella della necessità o meno dell'intervento chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali primari per ottenere la rettificazione anagrafica di sesso.

2. I (non così nitidi) contorni della questione delle *intervenute modificazioni* dei caratteri sessuali per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso di cui all'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164

Prima del 2015 l'orientamento giurisprudenziale prevalente riteneva che dal combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 3 della l. 164/1982 (ora art. 31, comma 4, d.lgs. 150/2011) emergessero quali condizioni per ottenere un provvedimento di rettificazione anagrafica di sesso tanto la modificazione dei caratteri sessuali secondari quanto l'intervento chirurgico di riassegnazione dei caratteri sessuali primari. In realtà, anche il filone giurisprudenziale maggioritario era parecchio articolato al proprio interno con «significativi scostamenti in ordine al tipo e al grado di invasività dell'intervento chirurgico minimo ritenuto necessario ai fini della rettificazione»⁷. A volte, infatti, i giudici di merito reputavano sufficiente il soddisfacimento del presupposto della sterilizzazione organica del richiedente⁸ – particolarmente avvertito nel caso di transizione da donna a uomo (FtM)⁹ – o, almeno, in via alternativa, trattamenti farmacologici di tipo ormonale associati a interventi medico-chirurgici (prevalentemente estetici) di minore invasività di quelli demolitivi e/o ricostruttivi¹⁰. Corollari di tale impostazione, quand'anche non

⁷ Così A. NOCCO, *La rettificazione di attribuzione di sesso tra Corte costituzionale n. 221/2015 e fonti sovranazionali*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 30 novembre 2015, alla quale si rinvia per richiami alla giurisprudenza di contesto anteriore al 2015.

⁸ Quel tipo di sterilizzazione, cioè, «effettuata asportando o comunque alterando organi preposti alla procreazione», definibile anche «antiprocreativa o diretta», che ha «come unico scopo quello di rendere la persona obiettivamente incapace di procreare» (come ricorda D. ZANNONI, *Sterilizzazione e intervento chirurgico nel cambiamento di genere*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 26 ottobre 2015, p. 8). Sull'inclinazione dei giudici di merito a richiedere il realizzarsi di tale presupposto quale condizione legittimante la propria decisione concreta, benché non espressamente richiesto dalla legge, v. 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 *GenIus*, www.articolo29.it, 2015, n. 1, pp. 190 ss., pp. 192 s., ntt. 7 ss.; A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 13 luglio 2017, pp. 15 ss.

⁹ Cfr., più di recente, F. BILLOTTA, voce *Transessualismo*, cit., pp. 760 e 762. Il passaggio da donna ad uomo (FtM) è più delicato per almeno due ordini di ragioni: innanzitutto, la trasformazione chirurgica di tipo ricostruttivo che abbia ad oggetto i caratteri sessuali primari è particolarmente più complessa nel caso di transizione FtM piuttosto che in quella MtF; in secondo luogo, vale solo per le transizioni FtM, e non per quelle MtF, la possibilità che, in assenza di sterilizzazione organica, il transessuale possa procreare naturalmente e partorire pur essendo anagraficamente uomo. Tale ultima circostanza non è ipotesi di scuola essendosi verificata nel corso del tempo, in altri Stati, più di una volta. Su tali profili v. E. COVACCI, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*, in *GenIus*, www.articolo29.it, 2016, n. 1, pp. 108 ss., pp. 117 ss., e di R. DAMENO, *La legge n.164/1982*, cit., pp. 193 ss.

¹⁰ Cfr. già S. PATTI, voce *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, vol. XIX, Torino, 1999, pp. 416 ss., p. 424.

univocamente tali, erano, inoltre, una doppia pronuncia del giudice¹¹ – quella che autorizzava l'intervento chirurgico e quella che, accertate le intervenute modifiche dei caratteri sessuali, disponeva la rettificazione anagrafica – e la verifica psichiatrica della sussistenza del «disturbo dell'identità di genere» nel soggetto interessato¹², che, a partire dal 2013, è stato (diversamente) denominato dalla *American Psychiatric Association* «disforia di genere»¹³.

Né si può dire che il già citato intervento legislativo del 2011 abbia sortito effetti significativi in ordine al superamento di quella giurisprudenza di merito saldamente ancorata ad una esegesi di tipo storico-sistematico¹⁴. Secondo quest'ultima, più in particolare, *il carattere solo eventuale* dell'adeguamento degli organi sessuali primari – evincibile dal tenore letterale dell'espressione normativa «*quando risulta necessario*» di cui all'art. 3 l. 164/1982 (ora art. 31, comma 4, d.lgs. 150/2011) – non era suscettibile di escludere l'intervento chirurgico quale presupposto imprescindibile per procedere oltre nella transizione ai fini del mutamento anagrafico, ma andava riferito solo alle deroghe ammissibili in caso di richieste di rettificazione di sesso di soggetti che vi avessero già provveduto all'estero o che, per particolari

¹¹ La doppia pronuncia, però, non era ritenuta sempre necessaria già prima delle citate pronunce di Corte di cassazione e Corte costituzionale. Sul punto già P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, pp. 75 s. e, più in generale, pp. 53 ss. Per una rassegna della più recente giurisprudenza in argomento e per valutazioni in ordine agli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 221 del 2015 sulla decisione di autorizzazione all'intervento chirurgico v., tra gli altri, L. FERRARO, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2016, pp. 220 ss.

¹² L'abrogato art. 2 della l. 164/1982 disponeva, al comma 3, che «*Quando è necessario, il giudice istruttore dispone con ordinanza l'acquisizione di consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato*». Ancorché solo facoltativa, la consulenza era assurta ad elemento imprescindibile per la decisione del giudizio di rettificazione di sesso, salvi quei casi in cui la documentazione medica prodotta dall'istante fosse ritenuta adeguata perché proveniente da strutture pubbliche specializzate i cui protocolli interni erano ritenuti all'uopo soddisfacenti dai giudici (cfr. A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso*, cit., pp. 7 s.). La circostanza che non se ne faccia menzione nell'attuale normativa, benché abbia suscitato qualche fondata perplessità della dottrina su tale scelta del legislatore (v., ad es., L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione*, cit., p. 13), non ha, però, inciso sulla successiva, concreta prassi dei giudici di merito di ricorrere alla CTU, anche alla luce di quanto previsto, più in generale, dall'art. 61 c.p.c. Come si dirà oltre, essa appare assumere oggi un rilievo decisamente più pregnante che in passato.

¹³ Inserito dall'*American Psychiatric Association* nel *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* nel 1980 (DSM-III) nella sezione dei «*Disturbi psicosessuali*» – sottosezione «*Disturbi di identità di genere*» – il transessualismo è passato nella sezione relativa alla «*Disforia di genere*» nel DSM-V del 2013. Quest'ultima indica, più in generale, quella condizione di disagio e di malessere per le plurime incongruenze che un soggetto può avvertire tra il proprio genere e le proprie caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie. «Il termine attuale è più descrittivo rispetto al precedente termine *disturbo dell'identità di genere* utilizzato dal DSM-IV e si concentra sulla disforia come problema clinico e non sull'identità in sé» (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali. DSM-V*, ediz. it., Milano, 2014, p. 528).

¹⁴ Per un commento in ordine alla complessiva, scarsa incidenza della novella legislativa sul regime previgente, v. L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione*, cit., spec. pp. 10 ss. Anche secondo F. BILLOTTA, voce *Transessualismo*, cit., p. 732, «l'impianto giuridico e simbolico della legge del 1982 non ne è risultato stravolto». Per A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., p. 47 *ma passim*, l'intervenuta modifica alla normativa vigente in tema di rettificazione di attribuzione di sesso «non sembra aver semplificato, piuttosto aggravando le forme procedurali, i tempi e i costi».

circostanze (età, gravi patologie, ecc.), non potessero in alcun caso sottoporvisi o che, per ragioni congenite, opportunamente verificate, non ne avessero bisogno.

In altri termini, l'abrogazione da parte del legislatore delegato del 2011 della previsione che legava la rettificazione di sesso all'accertamento dell'intervenuto trattamento chirurgico, se precedentemente autorizzato¹⁵, non era stata intesa come indicazione univoca, idonea a valorizzare quell'interpretazione giurisprudenziale minoritaria che, tra le righe del dettato normativo, lasciava intravedere non obblighi di ricorso al bisturi ma solo opportunità da valutare (e autorizzare) nel caso fosse il soggetto interessato a richiedere un siffatto intervento quale passaggio irrinunciabile per il definitivo superamento del proprio conflitto interiore tra soma e psiche e per la piena realizzazione della sfera identitaria psico-affettiva verso cui era (irreversibilmente) orientato¹⁶.

In tale contesto sono intervenute nel 2015 le citate sentenze della Corte di cassazione, prima, e della Corte costituzionale, poi, che hanno provato a rischiarare il panorama interpretativo e a risolvere le emergenti incertezze che si erano affastellate sulla delicata questione molto probabilmente anche a causa dell'incapacità delle Corti di merito nel loro complesso di dare seguito all'ampiezza di vedute con cui la Consulta aveva "fotografato" il transessualismo già nella celebre sentenza 6 maggio 1985, n. 161, in termini tali da anticipare, con accenti per alcuni versi quasi profetici, i capisaldi dell'attuale rielaborazione giurisprudenziale e dottrinale sull'esatto inquadramento sociale e giuridico del fenomeno. A volerne ricordare solo alcuni, rimarchevoli sono i *Considerata* con i quali i giudici della Consulta, più di trentacinque anni fa, riconoscevano al legislatore del 1982 di avere accolto «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato (...) come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti» e di essersi collocato «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale»¹⁷.

Tale prospettiva, però, era, per lungo tempo, sfuggita alla piena comprensione della giurisprudenza di merito, in larga misura incapace di rendere concreto il richiamo a una «civiltà giuridica in evoluzione» e di superare, quand'anche gradualmente, l'interpretazione originalista della normativa *de qua*.

Gli interventi più recenti di Corte di cassazione e Corte costituzionale si sono proposti, dunque, di riportare la questione nel giusto solco, non senza adeguarne lo spirito alle mutate condizioni sociali e

¹⁵ V. *infra*, nt. 3.

¹⁶ Sulla questione v., diffusamente, A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso*, cit., pp. 29 ss.

¹⁷ Così § 4 del *Considerato in diritto* della sentenza *de qua*.

medico-scientifiche, decisamente più favorevoli oggi per le persone transessuali di quanto non lo fossero all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso¹⁸.

3. Interpretazione conforme a Costituzione e non necessità di intervento chirurgico di riassegnazione dei caratteri sessuali primari nella sentenza n. 15138 del 2015 della Corte di cassazione, sezione I civile ...

Ragguardevole, sotto questo punto di vista, è la citata pronuncia della Corte di cassazione, che non ha esaurito la propria analisi all'assunto della non necessità del "costringimento al bisturi" sulla sola scorta di un'interpretazione testuale e sistematica delle disposizioni vigenti¹⁹, ma, di più, ha voluto ancorare tale risultato ad una valutazione esistenziale del fenomeno del transessualismo che, alla luce dei principi costituzionali ed euro-convenzionali in tema di diritti fondamentali della persona, potesse fungere, per il futuro, da elemento insopprimibile nel bilanciamento tra il diritto alla identità di genere e gli interessi contrastanti di natura pubblicistica di «chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche». Il primo prevarrebbe, inoltre, non solo sulla base di «un criterio di preminenza e sovraordinazione» sugli interessi collettivi contrastanti ma anche facendo ricorso all'applicazione del principio di proporzionalità²⁰, alla luce del quale non si può richiedere «il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico-fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico»²¹.

¹⁸ Non si dimentichi che, ancora alla fine degli anni Settanta, a proposito del diritto all'identità sessuale e della conseguente possibilità di chiedere rettificazione anagrafica di sesso, la Corte costituzionale riteneva che «de norme costituzionali invocate [art. 2 e 24 Cost.] non pongono fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica» e che la questione, semmai, poteva semplicemente «suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione» (cfr. sentenza 26 luglio 1979, n. 98, § 2 del *Considerato in diritto*).

¹⁹ Interpretazione testuale che, probabilmente, sarebbe stata all'uopo già sufficiente. Più in generale, sul ruolo dell'interpretazione letterale che andrebbe «ricollocata al posto (primario) che le compete, con tutte le conseguenze che questo comporta anche sul piano della rivalutazione degli strumenti della logica» v. di recente M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016, pp. 391 ss., p. 435 e *passim*.

²⁰ La Suprema Corte sostiene testualmente che «l'individuazione del corretto punto di equilibrio tra le due sfere di diritti in conflitto oltre che su un criterio di preminenza e sovraordinazione, può essere ancorata al principio di proporzionalità» (pp. 32 s.), che di seguito viene definito «un utile elemento ermeneutico» (p. 33). Sia consentito, per l'economia del presente lavoro, di menzionare in proposito solo due dei più recenti contributi apparsi sul complesso e fondamentale tema, ai quali si rinvia anche per ulteriori, ricchi e circostanziati richiami dottrinali: A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, spec. pp. 13 ss. e 111 ss., e G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2017, n. 3. Quest'ultimo A., in particolare, ricorda che «l'argomentazione basata sulla proporzionalità è funzionale alla dilatazione della sfera protettiva dei diritti ed è conforme perciò all'indirizzo culturale ed ermeneutico prevalente, tanto ciecamente fedele alla "religione dei diritti" da far talora assumere ad essa i tratti dell'idolatria» (p. 4).

²¹ Corte di cassazione, p. 35 della sentenza.

In tal senso, secondo la Suprema Corte, l'*iter* necessario al riallineamento tra soma e psiche che il soggetto interessato dalla disforia di genere intraprende deve essere il più coerente possibile con il processo di mutamento dell'identità di genere ma «il momento conclusivo di tale percorso è individuale e certamente non standardizzabile attenendo alla sfera più esclusiva della personalità (...) profondamente influenzato dalle caratteristiche individuali (...) frutto di un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso»²².

Alla luce della natura di tale particolarissimo percorso e delle attuali conoscenze della scienza medica, la Corte di cassazione ha dedotto che «il mutamento di sesso è una scelta tendenzialmente immutabile, sia sotto il profilo della percezione soggettiva, sia sotto il profilo delle oggettive mutazioni dei caratteri sessuali secondari estetico-somatici e ormonali»²³ e che, quando non richiesta espressamente dal transessuale, ogni pratica che persegua l'obiettivo di inibire la sua capacità riproduttiva debba essere esclusa ove risulti pericolosa per la salute ovvero degradante per la sua dignità²⁴.

Altri punti salienti rinvenibili nella citata pronuncia sono il riferimento, a fini esegetici, all'*identità di genere* da considerarsi quale diritto specifico e autonomo all'interno «dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuiscono allo sviluppo equilibrato della

²² *Ibidem*, pp. 31 s. In altri termini, secondo il ragionamento della Corte di cassazione, «il trattamento medico della disforia di genere può dunque portare al completamento del percorso di transito dal proprio sesso biologico al sesso in cui ci si identifica (e al quale si intende appartenere quanto alle risultanze anagrafiche) o attraverso l'avvenuto compimento dei tre stadi della *triadic therapy* o attraverso un apprezzabile percorso di avvicinamento che, pur non concludendosi con l'operazione chirurgica demolitoria e/o ricostruttiva dei caratteri sessuali primari, permette al soggetto trattato di identificarsi con il genere maschile o femminile senza avvertire il contrasto con la propria realtà anatomica originaria» (così L. CONTE, Felicità raggiunta? *La Corte di Cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica del sesso in assenza di un intervento demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari*, in *GenIus*, www.articolo29.it, 2015, n. 2, pp. 244 ss., p. 245).

²³ Corte di cassazione, pp. 33 s. della sentenza. Assumere quale elemento imprescindibile della fattispecie il mutamento dei caratteri sessuali era la ragione principale per la quale, generalmente, veniva escluso che la disciplina potesse essere applicata agli *intersessuali* per quanto il DSM-V abbia incluso anche questi ultimi tra coloro che possono soffrire, in età adolescenziale o adulta, di disforia di genere analoga a quella dei transessuali. In ogni caso, si faceva notare che l'applicazione della disciplina sulla correzione dell'errore materiale, operante *ex tunc*, fosse molto più favorevole per l'intersessuale che non quella della legge n. 164, che opera solo *ex nunc* (cfr. P. STANZIONE, voce *Transessualità*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, pp. 874 ss., pp. 884 s., e G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, cit., pp. 745 ss.).

²⁴ Così, almeno, sembra potersi desumere dalla precisazione secondo la quale «nella legge n. 164 del 1982 non sono previste precondizioni espresse relative allo stato libero del richiedente o all'incapacità procreativa» (p. 25 della sentenza). Non emerge univocamente, invece, se la Suprema Corte si sia riferita alla sterilizzazione *tout court* o solo alla sua versione più cruenta, cioè quella organica. Preferibile, perché presupposta, è la seconda ipotesi.

personalità degli individui»²⁵, nonché il tramonto della struttura necessariamente bifasica del giudizio di cambiamento anagrafico di sesso, quantomeno con riferimento al bisogno di un doppio procedimento²⁶. L'ampiezza di vedute della pronuncia del Giudice della legittimità è sembrata, però, ad una parte della dottrina²⁷, cedere il passo innanzi ad alcune precisazioni in essa contenute, che sono apparse collidere con le sue stesse premesse. Più nello specifico, è stato oggetto di serrata critica il rafforzamento della visione “medicalizzata” del giudizio di rettificazione all'interno del quale il rilievo assunto dalla valutazione peritale medico-psichiatrica schiaccerebbe la questione giuridica delle condizioni di tutela del diritto al mutamento di sesso subordinandola, in definitiva, agli esiti dell'indagine medica²⁸. Non solo. Su opposto versante, critiche non meno pregnanti hanno riguardato «lo spirito (ipocritamente)

²⁵ Corte di cassazione, p. 26 della sentenza. Come rilevato anche da M. ROSPI, *Il transessualismo e il (venir meno) del “costringimento al bisturi”*, cit., pp. 12 ss., è la conferma della «giuridificazione» di una (relativamente giovane) tematica bioetica trasversale alle scienze umane, al cui cospetto la riflessione del diritto sembra alquanto in ritardo. Sul più ampio fenomeno della «giuridificazione» di questioni bioetiche che si trasformano in questioni di biodiritto «per effetto di una osmosi molto originale» (p. 5) v., di recente, il saggio di F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2015, n. 4, cui si rinvia per la ricca bibliografia di contesto e gli ulteriori approfondimenti.

²⁶ Corte di cassazione, pp. 22 s. della sentenza.

²⁷ Definisce contraddittoria la pronuncia *de qua* della Suprema Corte S. PATTI, *La Corte costituzionale e la “necessità” di interventi medico-chirurgici ai fini dell'attribuzione di sesso*, in in *GenIus*, www.articolo29.it, 2016, n. 1, pp. 105 ss., 106. Tale è apparsa anche ad E. COVACCI, *Transessualismo*, cit., p. 120, la quale, tra l'altro, acutamente si chiede se «la Cassazione sarebbe rimasta fedele a questa lettura personalistica» anche nel caso in cui la capacità procreativa dell'istante non fosse stata drasticamente ridotta e non si fosse trattato di una (sotto tale profilo) più “rassicurante” transizione MtoF.

²⁸ Cfr., ad es., A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso*, cit., 12, p. 25 ma *passim*, secondo il quale «il diritto appare per lo più recettivo della dimensione terapeutica e meno di quella identitaria» sì che «deve essere reciso quel vincolo atavico con la medicina» poiché allo stato attuale «non è predicabile che a costituire la base dell'accertamento del giudice siano “criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica”». In realtà, la tendenza delle Corti ad incorporare valutazioni tecnico-scientifiche tra i propri parametri decisionali al fine di modulare la struttura di “nuovi diritti”, o di “diritti emergenti” benché non propriamente nuovi, non è riservata solo al caso di specie ma, anzi, è parecchio diffusa soprattutto con riguardo a questioni eticamente sensibili. Non per questo tale approccio ermeneutico cessa di suscitare perplessità o di rimanere una questione aperta le cui coordinate vanno ancora ampiamente discusse. Per una introduzione critica alla tematica, soprattutto nella sede del giudizio costituzionale, v., almeno, tra i primi, L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993; G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 411 ss.; i contributi raccolti in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 591 ss.; tra i più recenti, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 13 giugno 2014; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2014, n. 1; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015; M. D'AMICO, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2015, n. 4; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, *ivi*, 2016, n. 2; L. CHIEFFI, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 2017, n. 7; E. CHELLI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2017, n. 1; G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in *Ossevatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, 2017, fasc. 2; A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, www.gruppodipisa.it, 2017, n. 1.

compromissorio» della pronuncia, l'utilizzo «oscuro» ed inadeguato di categorie proprie della scienza psicologica o psichiatrica, il ricorso ad espressioni ritenute alla stregua di ossimori quale quella di «*immutabilità tendenziale*» e il limite di aver definito una regola di bilanciamento strutturata in modo tale che, per forza di cose, «il diritto alla rettifica prevarrà sempre»²⁹.

Sta di fatto che la ineludibilità di un «rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi della scienza medica e psicologica»; la «serietà ed univocità del percorso scelto»; la necessità della verifica della «irreversibilità personale della scelta» e la «compiutezza dell'approdo finale (...) mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale»³⁰ sono tutte espressioni con le quali la Corte di cassazione sembra voler inequivocabilmente escludere che possano avere rilievo ai fini anagrafici situazioni «di stallo», fluide, incerte, e, in definitiva, ancorare al sistema binario maschio-femmina il diritto alla transizione anagrafica, in ciò rinvenendo un equilibrio tra il diritto all'autodeterminazione del genere e l'interesse collettivo alla certezza dei rapporti giuridici e delle relazioni familiari, nonché alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali. Ed è il giudice a dover ricercare in concreto tale equilibrio ricorrendo, se del caso, anche a strumenti ufficiosi.

3.1. (Segue) ... e nella sentenza n. 221 del 2015 della Corte costituzionale: tante convergenze e qualche comune opacità

Il quadro così delineato è sostanzialmente ricalcato anche dalla pronuncia del 2015 della Corte costituzionale che, anzi, richiama gli argomenti già spesi dalla Corte di cassazione, non meno di quanto faccia con i propri dettami del 1985.

Una notazione di natura processuale è, però, opportuna prima di esaminare il merito della decisione anche perché, in definitiva, essa appare tutt'altro che irrilevante per la migliore comprensione della vicenda.

Il giudice remittente chiedeva fosse sciolto il nodo in ordine all'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, l. 164/1982 avendo ritenuto di non poter interpretare la disposizione indubbiata se non come contenente l'obbligo per il richiedente di procedere al trattamento di riassegnazione chirurgica dei caratteri sessuali al fine di ottenere la rettificazione anagrafica di sesso. La Corte costituzionale, pur riconoscendo che l'*iter* argomentativo fosse inidoneo «ad escludere possibili soluzioni difformi» da quella indubbiata, non ha censurato con la (manifesta) inammissibilità della questione l'operato del giudice *a quo*

²⁹ Così G. CASABURI, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico «radicale». Rivive il mito dell'ermafroditismo?*, in *Foro it.*, 2015, I, pp. 3152 s.

³⁰ I passi riportati si possono rinvenire, rispettivamente, alle pagine 26, 26 e 35, 34 e 35, 35 della sentenza in questione.

³¹ ritenendo sufficiente che questi avesse reso conto della consapevolezza di dover «utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione»³². Di qui la considerazione che la «possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria (...) non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia e non alla sua ammissibilità»³³.

È appena il caso di rilevare che tale motivazione, sin da subito³⁴, non è sembrata propriamente in sintonia con l'assunto, altrove ribadito, secondo cui «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»³⁵. Certamente è apparso distonico con tale ultimo (consolidato) orientamento che il giudice remittente, nel caso di specie, potesse aver evaso l'obbligo suddetto³⁶ semplicemente limitandosi a ravvisare «nel tenore letterale della disposizione un impedimento ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile», ben potendo, invece, rifarsi ad una diversa esegesi, diffusa da tempo nella giurisprudenza di merito, ancorché minoritaria³⁷.

³¹ Chi ha affrontato il tema nelle more della decisione della Corte costituzionale riteneva una «dichiarazione di inammissibilità», giustappunto, l'ipotesi più plausibile (cfr. A. LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni*, cit., p. 187).

³² Cfr. § 3.3 del *Considerato in diritto*.

³³ *Ibidem*. Condivide questo orientamento M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 467.

³⁴ Non è sfuggito ai primi osservatori della sentenza n. 221 del 2015 che la motivazione resa in proposito dalla Corte costituzionale «non sembra essere in linea con la rigidità usualmente utilizzata dalla Consulta nell'accertare la dimostrazione da parte del giudice *a quo* di aver sperimentato l'interpretazione conforme a Costituzione ai fini dell'ammissibilità» (così E. COVACCI, *Transessualismo*, cit., p. 116). Definisce la pronuncia in esame il «manifesto di un "depotenziamento" del presupposto dell'interpretazione conforme a Costituzione» C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 2063 ss., p. 2065.

³⁵ Così Corte costituzionale sentenza 22 ottobre 1996, n. 356, § 4 del *Considerato in diritto*.

³⁶ Se, poi, l'interpretazione conforme a Costituzione sia un onere, un obbligo o un invito è questione ancora ampiamente dibattuta (cfr. sul punto, tra gli altri, F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell'«interpretazione conforme alla Costituzione»*, in *Dir. soc.*, 2015, pp. 461 ss.).

³⁷ Sugli incroci teorici tra dottrina del diritto vivente e dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione v., di recente, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 465 ss.

Tale esplicito, parziale *revirement* merita grande attenzione³⁸ non solo per le complesse implicazioni che ripropone sul ruolo del giudice costituzionale e sul tipo di giustizia che rende³⁹ nell'era della tutela multilivello dei diritti e della pluralità (sinergica quando non integrata) delle Corti e delle Carte⁴⁰, ma, di più, suggerisce di domandarsi perché la Corte costituzionale abbia deciso di ridefinire i confini della *dottrina dell'interpretazione conforme*⁴¹ e di riscrivere alcune delle coordinate della propria dialettica con i giudici *a quibus*⁴² proprio in questa occasione.

Si potrebbe arguire che la spinta sia derivata dalla “novità” del precedente intervento della Suprema Corte, la cui portata nomofilattica potrebbe essere apparsa non sufficiente, di per sé sola, a “ri-ordinare” un diritto vivente ad essa così avverso⁴³. È possibile, dunque, che, nella “logica” che accompagna gli

³⁸ In realtà, come nota M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 465, nt. 547, alcuni segnali di mutamento di indirizzo, benché non così espliciti, potevano essere già colti in pronunce precedenti e, in particolare, nell'ordinanza 11 febbraio 2015, n. 11.

³⁹ Tra i primi ad esaminare *funditus* le conseguenze del parziale abbandono da parte della Consulta del paradigma del 1996 v. G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2016, fasc. II, pp. 293 ss.

⁴⁰ Cfr. la problematica prospettiva dell'interpretazione conforme a Costituzione che si intreccia e/o si sovrappone alla (e, in parte viene assorbita, dalla) interpretazione convenzionalmente conforme in un continuo rincorrersi di competenze tra Corte costituzionale, giudici nazionali e giudici euro-convenzionali. Su tale questione v., almeno, le riflessioni di M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 537 ss.; A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto europolitano*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2010, n. 4; ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, *ivi*, 2013, n. 4; ID., *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, *ivi*, 2014, n. 2; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so su di lei*, *ivi*, 2015, n. 2.; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, *ivi*, 2017, n. 4; F. PATRONI GRIFFI, *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici supremi*, in questa *Rivista*, 2017, n. 12; A. RUGGERI, *Incontri e scontri tra Corte di Giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, in questa *Rivista*, 2017, n. 21.

⁴¹ Sulle variegate e complesse questioni inerenti alla tematica dell'interpretazione conforme a Costituzione la bibliografia è semplicemente sterminata. Oltre ai saggi già citati, tra i più recenti contributi sul tema, pur con orientamenti tra loro diversi, v. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; gli interventi raccolti in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009; M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, www.gruppodipisa.it, 2011, n. 1, ma 2009; G. SERGES, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, pp. 3363 ss.; G. LANEVE, *Interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012, pp. 3 ss.; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2013, n. 1; A. BONOMI, *Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, ottobre 2013; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2014, n. 2.

⁴² Secondo G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione”*, cit., p. 295, «in definitiva, il dovere di tentare di prevenire l'antinomia tra legge e Costituzione in via interpretativa prima di avviarne la risoluzione giudiziaria attraverso il sindacato accentrato, ai fini dell'ingresso nel merito, è l'unico a sopravvivere, soppiantando l'ulteriore dovere di preferire l'interpretazione conforme».

⁴³ Interrogandosi su quale potesse essere il residuo ambito applicativo della (recessiva) tipologia di sentenze interpretative di rigetto R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*,

interventi della Corte costituzionale in tali situazioni⁴⁴, una decisione di inammissibilità per mancata interpretazione conforme a Costituzione del giudice remittente sia stata, all'uopo, valutata quale strumento “collaborativo” inconferente⁴⁵ a smantellare il sedimento ancora presente nelle Corti di merito sulla questione della necessità o meno dell'intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di sesso. La constatazione della pressoché assoluta identità di contenuti tra le due pronunce può spingere a ritenere che intento non dichiarato della Corte costituzionale possa essere stato quello di rafforzare il giudicato della Corte di cassazione con una decisione che, per quanto non valevole *erga omnes* perché di rigetto – ancorché «nei termini di cui in motivazione» – fosse in grado, ad un tempo, di produrre quel valore aggiunto derivante dal diffuso effetto conformante indotto dall'autorevolezza dell'organo giurisdicente⁴⁶ e di rinnovare quel clima di genuina condivisione delle argomentazioni tra le due supreme magistrature, a guisa di «*unicum* interpretativo»⁴⁷, più volte (benché non sempre⁴⁸) mostrato su temi eticamente sensibili. A fronte di tale intento, alla Corte costituzionale, pertanto, deve essere parsa soluzione decisamente

in *Archivio Rivista AIC*, <http://archivio.rivistaaic.it>, 2006, già preconizzava che esse sarebbero state «chiamate a svolgere un ruolo importante ed essenziale nel guidare ed indirizzare l'interpretazione conforme» specie nei casi in cui la questione di costituzionalità avesse avuto «ad oggetto una disposizione rispetto alla quale, per diverse ragioni, non risulta[ss]e] formato alcun diritto vivente. La Corte ha infatti il potere-dovere di indicare l'interpretazione che essa ritiene costituzionalmente conforme, in modo da collaborare al formarsi e consolidarsi di un diritto vivente conforme a Costituzione» (cfr. § 12).

⁴⁴ Per una introduzione più generale alla tematica v., almeno, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale*, Padova, 1984, e A. SAITTA, *Logica e retorica nelle motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.

⁴⁵ E' nota la critica che viene rivolta alla scarsa incisività conformante delle decisioni di (manifesta) inammissibilità per mancato esperimento da parte del giudice rimettente dell'interpretazione conforme a Costituzione. Di recente lo rimarca M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 468 ss., secondo il quale «declaratoria di inammissibilità e interpretativa di rigetto non si equivalgono, né concettualmente, né nella percezione dei remittenti» (p. 470). Certo, anche la forma dell'interpretativa di rigetto è insufficiente agli occhi di quella dottrina che auspicava una soluzione definitiva (cfr. L. ATTADEMO, *La rettificazione del sesso non presuppone l'adeguamento dei caratteri sessuali primari*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 68 ss., p. 70).

⁴⁶ Secondo «uno degli schemi di maggior successo dal punto di vista della solidità degli orientamenti interpretativi conformi a Costituzione» (così E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Astrid*, www.astrid-online.it, 2009, n. 105, p. 15).

⁴⁷ L'espressione è di A. PAPA, *Il “mosaico della famiglia” tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2, p. 18.

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, al confronto avuto tra le due Corti in occasione della c.d. “vicenda Bernaroli” sulla quale, riassuntivamente, sia consentito rinviare a C.P. GUARINI, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”. Osservazioni a margine delle sentenze n. 174 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2016, n. 2, e ivi ulteriore bibliografia di contesto.

opportuna quella di procedere con una interpretativa di rigetto⁴⁹ ponendo, così, anche le premesse per l'utilizzo, se del caso, di sentenze interpretative di accoglimento in successivi casi analoghi⁵⁰.

Quanto al merito, poi, i giudici della Consulta hanno ribadito che «l'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione» e che «il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta, quindi, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute», ma, nondimeno, anche dei diritti della persona⁵¹ alla luce dei quali il trattamento chirurgico «costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali» atto a garantire «il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona», lì dove venga avvertita dall'istante l'esigenza di una corrispondenza dei propri tratti sessuali con quelli del genere cui sente di appartenere⁵².

Il percorso ermeneutico della Corte costituzionale, pertanto, pur alquanto sintetico nei suoi passaggi conclusivi, ha sposato pienamente l'argomento della Corte di cassazione riconoscendo la fondatezza dell'interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione in esame con riguardo sia al diritto alla salute che al diritto all'identità di genere quale espressione del diritto all'identità personale (*ex* artt. 2 Cost. e 8 della CEDU). Ha condiviso, inoltre, il *dictum* nomofilattico pure con riferimento alla centralità del ruolo dell'interprete al quale è affidato non solo il compito di accertare le «modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto», ma anche l'onere di procedere ad «un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche»⁵³, in tal modo confermando che la transizione ai fini del

⁴⁹ Rileva M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 9, che l'esigenza di instaurare un virtuoso dialogo con i suoi lettori, giudici inclusi, «dovrebbe portare a ritenere che, ove sia possibile l'interpretazione conforme, la sentenza interpretativa di rigetto debba essere la regola». D'altronde, proprio «tramite il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata si consente alla costituzione di penetrare in profondità nell'ordinamento, facendo sì che i valori costituzionali, sebbene collocati *in capite libri*, modellino su se stessi i livelli ordinamentali inferiori, dando loro una visibile coerenza unitaria» (così ancora M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 461).

⁵⁰ Cfr. M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 9 s.

⁵¹ «La Corte costituzionale pare, quindi, dare rilievo alla imprescindibile connotazione personalistica del diritto alla salute» (così I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere*, cit., p. 179).

⁵² I passi citati sono tratti dal § 4.1. del *Considerato in diritto* della sentenza *de qua*.

⁵³ In senso adesivo alla necessità del suddetto bilanciamento v. L. FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 2054 ss. *Contra*, invece, A. LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni*, cit., p. 184, secondo la quale l'ingresso della valutazione degli interessi di carattere generale in bilanciamento «comporterebbe inevitabilmente il rischio di stravolgere l'assetto delineato dalla Costituzione che assegna una indiscussa centralità alla persona, alla sua salute e alle sue aspirazioni».

mutamento anagrafico di sesso richiede necessariamente delle modificazioni il cui «rigoroso accertamento giudiziale» è ineludibile al fine di verificarne il «carattere definitivo»⁵⁴.

Anche in questo pronuncia la spiccata attenzione verso la condizione esistenziale dei transessuali e il riconoscimento della necessità di tutela dei loro diritti sono apparsi in qualche modo dimidiati tanto dal rilievo riconosciuto ai contrastanti interessi collettivi, quanto dall'ampiezza del ruolo accertativo del giudice, soprattutto in ordine alla verifica della definitività del processo di transizione, che, peraltro, non dovrebbe (più) potersi desumere da interventi medico-chirurgici finalizzati alla sterilizzazione ovvero alla modificazione dei caratteri sessuali primari degli istanti, se da questi non richiesti e non voluti.

A dirla tutta, comunque, la Corte costituzionale, a differenza della Corte di cassazione, non ha nettamente distinto nel suo argomentare tra caratteri sessuali primari e secondari, sì che, alla luce della parte motiva, non è apparso chiaro, come si dirà anche oltre, se l'interpretazione adeguatrice proposta presupponesse di muoversi solo all'interno della fattispecie oggetto del giudizio *a quo* ovvero sancisse un principio più generale, suscettibile di riferirsi alla non coercibilità di trattamenti medico-chirurgici quali che siano, quindi anche di quelli riferibili al cambiamento dei soli tratti sessuali secondari. Come giustamente notato⁵⁵, infatti, l'aver rigettato la tesi in ordine all'obbligatorietà della costrizione al bisturi per la riassegnazione dei caratteri sessuali primari dell'istante, ha fatto sì che l'attenzione si spostasse *naturaliter* sulla valorizzazione dei caratteri sessuali secondari e, più in generale, sulla necessità o meno della modificazione di questi ultimi oltre che sulle modalità della conseguente verifica giudiziale.

4. La tenuta dell'interpretazione *de qua* alla prova della giurisprudenza di merito

La difficoltà di plasmare nella concretezza processuale le “nuove” linee interpretative così suggerite non ha, però, stentato ad emergere⁵⁶. Se, difatti, vi sono state decisioni della giurisprudenza di merito che hanno pienamente abbracciato tale orientamento⁵⁷, alcuni equivoci sottesi alle pronunce del 2015 hanno spinto altre Corti a ricorrere nuovamente alla Consulta convinte di non poter acriticamente seguire, alla luce dell'attuale panorama socio-normativo, l'esegesi da ultimo proposta. Peraltro, la singolarità dello

⁵⁴ Sul ruolo del giudice di merito a seguito delle due pronunce qui commentate v. le condivisibili osservazioni di L. FERRARO, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso*, cit., § 4.

⁵⁵ Cfr. A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, cit. p. 24.

⁵⁶ A commento della sentenza n. 221 del 2015 rilevava il permanere di «incertezza» su «numerose questioni-chiave» A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 1006 ss., e sollevava dubbi (poi rivelatisi non così infondati) sull'an dell'adesione della giurisprudenza di merito «nel rifiutare l'obbligatorietà dell'intervento» chirurgico (p. 1009). Secondo I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere*, cit., p. 188, invece, la linea argomentativa della Corte costituzionale si contraddistingue per «un approccio flessibile – dettato, peraltro, dalla particolare delicatezza della materia – che tenga conto delle caratteristiche concrete dei casi».

⁵⁷ V. Tribunale di Savona, sentenza 30 marzo 2016, n. 357, e Tribunale di Bologna, sentenza 7 giugno 2017, n. 2167.

sviluppo della questione è data dalla circostanza che i dubbi sollevati dai giudici *a quibus* non sono convergenti ma “attaccano la tesi” delle supreme magistrature da punti di vista diametralmente opposti pur vertendo sugli stessi snodi critici.

Cosa deve intendersi per «*carattere definitivo*» della transizione, posto che non possono (più) essere condizioni necessarie per la rettificazione anagrafica interventi chirurgici di normoconformazione che rendano irreversibile il “passaggio” degli istanti ovvero che eliminino per sempre la loro capacità procreativa⁵⁸? Quali sono le «*oggettive mutazioni*» dei caratteri sessuali secondari estetico-somatici e ormonali che danno la misura di una «*scelta tendenzialmente immutabile*»? È davvero possibile (e non contraddittorio) pensare di stilare una sorta di “indice di invasività” degli interventi medico-chirurgici cui rifarsi per valutare, attraverso un giudizio di proporzionalità, quale di questi non costituisca un pericolo per il diritto alla salute degli istanti tale da farlo prevalere sugli interessi collettivi alla certezza delle relazioni giuridiche e familiari e alla identificabilità dei generi sessuali⁵⁹? Ma ancora prima: è ragionevole presupporre *tout court* una differenziazione tra «*intervenute modificazioni dei caratteri sessuali*» delle quali alcune non sufficienti ad ottenere il provvedimento di rettificazione, altre utili all’uopo e altre ancora offensive tanto della dignità quanto della salute del transessuale e, quindi, non praticabili salvo che non espressamente richieste dall’istante⁶⁰? E ancora: quanto ampio può considerarsi il nucleo inviolabile del diritto alla propria identità di genere? E quanto cedevole il diritto all’autodeterminazione della scelte inerenti all’identità della persona a fronte della possibile risposta sociale al nuovo corso interpretativo⁶¹?

⁵⁸ ... ovvero, come già prima delle pronunce *de quibus* si domandava G. D’AMICO, *Identità di genere*, cit., p. 4, «quale dato si impone ai fini dell’attribuzione di sesso?».

⁵⁹ Facendo «emergere una sorta di *principio di proporzionalità* in ambito medico-scientifico, in attuazione del quale la necessità del trattamento medico-chirurgico si gradua differentemente a seconda dei valori sottesi e, più in particolare, dell’esigenza di tutelare il fondamentale diritto alla salute psico-fisica del soggetto» (così I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all’autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere*, cit., p. 184).

⁶⁰ Tra queste M. ROSPI, *Il transessualismo e il (venir meno) del “costringimento al bisturi”*, cit., p. 25, segnala quella della «precondizione di assoluta incapacità a procreare per accedere alle pratiche di rettificazione del sesso nei registri civili», che la Corte di cassazione, richiamandosi espressamente alla giurisprudenza della Corte EDU, ritiene illegittima anche per l’ordinamento italiano, «mentre la Corte costituzionale nulla dice al riguardo, creando evidentemente un’incertezza latente».

⁶¹ In dottrina, una risposta articolata a tale quesito è offerta, tra gli altri, da F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010.

4.1. (Segue) Le ordinanze di rimessione del Tribunale di Trento dell'8 e del 28 aprile 2015: la critica per difetto ovvero del “sottodimensionamento” del diritto all'identità di genere nell'interpretazione conforme a Costituzione ...

Le questioni di diritto poste dal Tribunale di Trento sono analoghe a quelle che avevano condotto alla sentenza n. 221 del 2015⁶² e le ordinanze di rimessione sono, come già detto, anteriori alle due pronunce testé esaminate. Ciononostante, il processo costituzionale che ne è scaturito si è snodato quasi interamente in un momento successivo e ne ha fatto proprie tutte le implicazioni, inclusa l'esplicita maggior ampiezza del dubbio di costituzionalità questa volta esteso anche ai trattamenti sanitari di tipo ormonale e, quindi, in definitiva, relativi anche alla supposta necessità di modificazioni dei caratteri sessuali secondari. Le due vicende *a quibus*, inoltre, presentando caratteristiche alquanto diverse tra loro, hanno abbracciato un più ampio scenario valutativo anche del “fatto” sotteso alla questione giuridica: nella prima (FtoM), l'istante si era già sottoposto a trattamenti ormonali e di chirurgia plastica demolitiva, nella seconda (MtoF), la parte attrice riteneva di volersi limitare, se possibile, al solo trattamento ormonale.

Alcuni passaggi dell'ordinanza di rinvio del giudice *a quo* meritano attenzione, specialmente quelli sulla base dei quali è richiesta una pronuncia (parzialmente) demolitoria da parte della Corte costituzionale attesa la considerazione che il sesso biologico o anagrafico è sostituito dalla nozione di *genere* quale «variabile socio-culturale», cioè «qualità della persona in base alla quale della stessa si può dire che è maschile o femminile». Alla luce di ciò, la non coincidenza tra il genere assegnato alla nascita sulla base dell'evidenza dei caratteri sessuali primari e il genere cui l'interessato sente di appartenere «opera sul piano dell'identità di genere» e impone, ove richiesta, una rettificazione anagrafica per il raggiungimento del benessere psico-fisico della persona a prescindere dalla diversa, ulteriore ed eventuale volontà dell'interessato di procedere a trattamenti (ormonali e/o chirurgici) variamente normoconformativi. Difatti, posto che, come evidenziato dalla scienza medica, «sia il trattamento ormonale sia la RCS [Riassegnazione Chirurgica di Sesso], sono notoriamente molto rischiosi per la salute umana», secondo il giudice *a quo* «l'imposizione di un determinato trattamento medico, sia esso ormonale ovvero di RCS, costituisce una grave ed inammissibile limitazione al riconoscimento del diritto all'identità di genere (maschile o femminile)». In definitiva, «il fine del raggiungimento dello stato di benessere psico-fisico della persona, al quale tende il riconoscimento sociale, è la rettificazione di attribuzione di sesso, e non la riassegnazione sessuale sul piano anatomico» sì che «il trattamento clinico non influisce, sotto un profilo

⁶² Lo precisa lo stesso Tribunale remittente: «la presente ordinanza coinvolge questioni di diritto identiche a quelle già esaminate da questo stesso Tribunale nel procedimento n. 1471/2014 RG e nel relativo provvedimento del 19 agosto 2014 di rimessione degli atti a codesta Eccellentissima Corte».

generale, sul riconoscimento sociale nella stessa misura nella quale vi contribuisce, invece, il mutamento di sesso anagrafico».

Il giudice rimettente è ben conscio che l'accoglimento *sic et simpliciter* della questione determinerebbe un vuoto legislativo difficilmente colmabile in tempi brevi con la conseguenza «che l'esame esteriore della persona sarebbe inidoneo a rilevare il suo sesso». Ciò, tuttavia, non dovrebbe «suscitare alcuna perplessità, perché in un paese civile l'identità sessuale viene accertata tramite i documenti di identità, e non per mezzo di un'ispezione corporale» e che «al fine di identificare una persona come uomo o donna, non si procede ad un esame della sua conformazione anatomica (...) bensì dei suoi documenti».

In disparte, dunque, tutte le pacifiche censure mosse alla necessità di «interventive modificazioni» che derivino dal costringimento a interventi chirurgici gravemente lesivi del diritto alla salute, il Tribunale di Trento ha sottolineato, inoltre, come non vi siano interessi meritevoli di tale considerazione da ostare a che la rettificazione anagrafica possa essere disposta anche in assenza di qualsivoglia trattamento medico-sanitario in quanto la sicurezza e la certezza dei rapporti giuridici, lungi dall'assurgere alla dignità di situazioni da bilanciare con il diritto all'autodeterminazione del singolo, sono già sufficientemente garantite dall'autorità giudiziaria, la quale, (solo) ove ne ravvisi la necessità, può disporre in merito rigorosi accertamenti tecnici.

I presupposti su cui il giudice rimettente sembra poggiare i propri convincimenti in ordine alle modalità attraverso le quali rispondere alle attese giudiziali di chi chiede la rettifica anagrafica di sesso risentono, molto probabilmente, di una certa influenza della dottrina più sensibile ai cc.dd. *gender studies* che, a partire da un certo momento in poi, costruiscono la nozione di «identità di genere»⁶³, decisamente centrale nella fattispecie in esame, come autonoma, talvolta assorbente (o persino antagonista a) quella di «identità

⁶³ Ben nota da tempo a scienze diverse da quella giuridica, essa affonda le proprie radici nei cc.dd. *gender studies* che ebbero modo di svilupparsi in psicosessuologia e in psichiatria con particolare riferimento, dapprima, alla condizione degli intersessuali (cfr. J. MONEY, J.G. HAMPSON, J.L. HAMPSON, *Hermaphroditism: recommendations concerning assignment of sex, change of sex and psychologic management*, in *Bulletin of the J. Hopkins Hospital*, 1955, 97, pp. 284 ss.) e, successivamente, a quella dei transessuali (R.J. STOLLER, *Sex and gender. On the development of masculinity and femininity*, New York, 1968). Per una introduzione allo studio della nascita e trasformazione della nozione di “gender” v. L. PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, Milano, 2012, pp. 7 ss.; P. VALERIO, P. FAZZARI, *Alcune note sul “fenomeno transessuale” oggi: un disturbo da depatologizzare?*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano-Udine, 2012, pp. 307 ss.; S. ZANARDO, *Gender e differenza sessuale. Un dibattito in corso*, in *Aggiornamenti sociali*, 2014, pp. 379 ss. Essa «è una categoria di identità sociale e si riferisce all'identificazione di un individuo come maschio, femmina o, a volte, come appartenente a categorie diverse da maschio e femmina» (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, cit., p. 528). Un'altra definizione la descrive come «la relazione che un individuo ha con il proprio essere biologico, ovvero a come l'individuo si sente e si percepisce rispetto al proprio sesso biologico, adeguato o inadeguato» (così F. BATINI, *Comprendere la differenza. Verso una pedagogia dell'identità sessuale*, Roma, 2011, p. 21).

sessuale», di cui essa dovrebbe essere solo una componente⁶⁴, con marcata enfasi sul tratto volontaristico della percezione di sé, meta-biologica e tendenzialmente opposta ad una classificazione polare uomo/donna⁶⁵ o, nelle sue più spinte avanguardie, a qualunque sorta di classificazione⁶⁶. In tale panorama culturale si crede possano essere collocati i passaggi in cui il giudice *a quo* afferma che il sesso biologico o anagrafico è dato sostituito dalla nozione di *genere* intesa quale «variabile socio-culturale», che «può discostarsi dal sesso biologico e cambiare col tempo in varie declinazioni e direzioni, nel qual caso si può parlare di “espressione” o “ruolo”», che, in definitiva, si ipostatizza nella figura del *transgender*⁶⁷. In tal senso, e in chiave evolucionista, le premesse preludono ad un cambiamento di paradigma del concetto stesso di genere con il superamento della logica duale *sex/gender*⁶⁸ alla volta di un quadro postmodernista in cui il *gender* è completamente separato dal *sex*⁶⁹. In ambito giuridico, poi, l’assunzione a diritto subiettivo

⁶⁴ ... assieme a sesso biologico, ruolo di genere e orientamento sessuale. Tra i primi in tal senso M.G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components of sexual identity*, in *Journal of Homosexuality*, 1977, pp. 41 ss. Più di recente L. BANCROFT, *Human sexuality and its problem*, 3° ediz., New York, 2009, spec., pp. 259 ss. Se si può dare per acquisita la circostanza che per definire l’essere femminile o maschile non sia sufficiente l’appartenenza ad un sesso biologico e che all’uopo rivestano fondamentale importanza cultura ed educazione, è purtuttavia vero che «la costruzione dell’identità sessuale si avvia attraverso l’assegnazione ad una precisa categoria sessuale in base all’aspetto dei genitali esterni come maschio o femmina. Tale riconoscimento è la genesi sulla quale andrà ad innestarsi il processo di apprendimento dell’identità di genere» (così E. RUPPINI, *Le identità di genere*, 2° ediz., Roma, 2009, p. 88). Diversamente detto, «l’identità di genere è la modalità soggettiva con cui viene percepita e vissuta l’identità sessuata e la differenza genital-sessuale. E si costruisce in connessione con l’identità sessuata, da cui non si può prescindere (...). Nel processo di sessuazione, ogni essere umano incontra la sessualità come dato reale inscritto nel suo corpo» (così I. SCHINELLA, *Identità sessuata, identità sessuale, orientamento sessuale? Dall’esilio del corpo al corpo ritrovato. Riflessioni antropologiche*, in L. FERRARO, F. DICE’, A. POSTIGLIOLA, P. VALERIO (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Milano-Udine, 2016, pp. 241 ss., p. 246).

⁶⁵ Sul punto v. L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell’uguaglianza*, Torino, 2011, p. 5 ma *passim*.

⁶⁶ In questa prospettiva, tra i tanti, v. J. BUTLER, *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*, (1999), *Scambi di genere. Identità sesso desiderio*, trad. it. di R. Zuppet, Milano, 2004.

⁶⁷ Si ritiene di dover ricordare che il termine *transgender* indica un «individuo che esprime, in modo transitorio o stabile, un’identità *gender* che non è allineata al *sex* della nascita e combina tratti e comportamenti sia maschili sia femminili, oscillando da un *gender* all’altro, con eventuale modificazione parziale del corpo»; il termine transessuale indica, invece, più nello specifico, un «individuo che vive la non corrispondenza tra sesso biologico e genere psico-sociale e interviene per modificare in modo permanente il corpo per una riassegnazione completa del *sex*» (così L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell’uguaglianza*, cit., pp. 204 s.). Analoga descrizione è in AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, cit., p. 528. Da un punto di vista, invece, socio-filosofico, «il transessuale non solo riconosce la differenza sessuale, ma sceglie anche il sesso opposto a quello di nascita come la tappa finale di un processo di transizione, attraverso trattamento ormonale e riassegnazione chirurgica. Il *transgender* invece vuole sottrarsi a ogni assegnazione identitaria stabile che avverte come finzione, feticcio, maschera» (così S. ZANARDO, *Gender e differenza sessuale*, cit., p. 383). «Le persone *transgender* ritengono che le identità femminile e maschile non esauriscano affatto le possibili identità, poiché l’identità di genere non corrisponde a questa semplificazione dualistica, ma è un *continuum* che dal maschile porta al femminile» (così, invece, E. COVACCI, *Transessualismo*, cit., p. 2, nt. 2).

⁶⁸ In questa prospettiva cfr. già la critica di J.W. SCOTT, *Gender: a useful category of historical analysis*, in *The American historical review*, 1986, vol. 91, pp. 1053 ss.

⁶⁹ Se tale separazione può essere giustificata dalla resistenza ad un obsoleto determinismo biologico (cfr. per lumi in tale prospettiva A. FUMAGALLI, *La questione gender. Una sfida antropologica*, Brescia, 2015), permangono serie riserve in ordine all’acritico embricarsi della *gender theory* nell’attuale panorama socio-normativo, specie se recepita

autonomo di una nozione di identità di genere che si fondi su tali presupposti eziologici⁷⁰ sposta significativamente l'ago della bilancia della valutazione dell'identità personale sul profilo psicologico con ampia svalutazione dell'elemento corporeo⁷¹ e mette in crisi la pensabilità stessa del perseguimento di un reale bilanciamento tra gli interessi in gioco⁷² all'interno di un quadro legale (ma anche sociale) tuttora ancorato al dimorfismo sessuale⁷³.

Ciò che il Tribunale di Trento chiedeva alla Consulta era di rilevare che la legge 164/1982 – indubbiamente evoluta nella misura in cui è stata capace di far assurgere a dato normativo il dualismo *sex/gender* attribuendo «rilevanza alla percezione esterna dell'identità sessuale da parte dei terzi nella sfera sociale» – non regge più il passo con i tempi e con le nuove declinazioni del principio personalista, del diritto inviolabile alla dignità umana e del principio di autodeterminazione specie nella parte in cui dispone che la rettificazione anagrafica debba essere preceduta da «interventive modificazioni dei caratteri sessuali», siano essi primari o secondari. Chiedeva, in definitiva, che l'ambito di applicazione della norma

nelle sue declinazioni *queer* o, addirittura, *post-queer*. Tali riserve non mancano di essere rilevate anche da autorevole dottrina costituzionalistica secondo la quale «se l'avventura dovesse proseguire in questa direzione, l'identità sessuale potrebbe al limite essere del tutto indipendente e svincolata da una determinata struttura corporea» la qualcosa dovrebbe risultare paradossale per un costituzionalista «perché le prime luci sui diritti della persona hanno preso le mosse, invece, proprio dal valore del corpo: *l'habeas corpus* è il primo e più diffuso dei diritti umani, sin dalla *Magna Charta* del 1215» (così, efficacemente, M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, cit., pp. 43 ss., pp. 50 e 51).

⁷⁰ Ritiene che in ambito giuridico «“identità sessuale” e “identità di genere” sono espressioni sinonime» F. BILLOTTA, voce *Transessualismo*, cit., p. 735, e che la seconda andrebbe iscritta «nel più ampio diritto all'identità personale» (p. 737).

⁷¹ È stato, infatti, osservato, non senza una dose di condivisibile preoccupazione, che «nelle legislazioni di “avanguardia”, l'identità di genere si libera definitivamente dai connotati corporali, e si afferma indipendentemente da esso» (cfr. M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, cit., p. 51). Poco convincente risulta la critica di F. BILLOTTA, voce *Transessualismo*, cit., p. 735, nt. 17, a tale preoccupazione lì dove sostiene che i due termini, *sex* e *gender*, «rimangono autonomi pur essendovi un'interrelazione profonda tra di loro». Se l'obiettivo dei *gender studies* è, a torto o a ragione, quello della «decostruzione di identità sessuali stabili» (cfr. *Ibidem*, nt. 16) non si può fare a meno di osservare che l'eventuale rapporto tra corpo e psiche è comunque molto sbilanciato verso quest'ultima, divenendo il primo un mero strumento per la realizzazione del volere della seconda. Più che di «interrelazione», tra i due pare insistere un rapporto di autonomia servente a senso unico; di strumentalizzazione, appunto. Una delle prospettive possibili dello sbilanciamento del rapporto *sex/gender* e della costruzione di un sesso sociale separato dal *sex* naturale potrebbe essere l'approdo ad un *post-gender* come de-costruzione del sesso sociale e costruzione di opzioni individuali, plurali e in movimento con il rischio che sia «l'individuo che decide il *gender* che desidera e vuole, a prescindere dalla natura e dalla società» (cfr. L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, cit., pp. 68 s.).

⁷² Cfr. le suggestioni critiche offerte da M. RONCO, *La tutela penale della persona e le ricadute giuridiche dell'ideologia di genere*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, cit., pp. 65 ss. Per un'attenta riflessione sul ruolo del corpo negli studi di diritto costituzionale v. P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTA', P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTA', P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, cit., pp. 137 ss.

⁷³ In altri termini, il rapporto tra mutamento del modello antropologico e mutamento delle categorie giuridiche è strettamente connesso, apparendo difficile che l'uno si imponga *ex nihilo* sull'altro e viceversa. Sulla ridefinizione giuridica del rapporto *sex/gender* v., di recente, anche le riflessioni di P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità personale*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, cit., pp. 25 ss.

indubbiata si estendesse anche a soggetti non più solo propriamente riconducibili alla tipologia transessuale.

4.1.1. (Segue) ... e la sentenza n. 180 del 2017 della Corte costituzionale: l'occasione per i giudici della Consulta di ribadire qualche "detto" ed esplicitare qualche "non detto"?

A queste "sollecitazioni" si è trovata, dunque, a dover nuovamente rispondere la Corte costituzionale, consapevole della circostanza di non potersi più sottrarre ad una linearità esplicativa che non lasciasse margini per interpretazioni non conformi a Costituzione o, in alternativa, di dover provvedere con modalità tali da incidere *erga omnes* sul dettato normativo indubbiato.

Essa ha ritenuto di rimanere nel solco già tracciato con la sentenza del 2015 e di non procedere né con una pronuncia di (manifesta) inammissibilità – confermando il "nuovo corso" in ordine agli effetti da attribuire alle modalità del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione dei giudici *a quibus*⁷⁴ – né con una interpretativa di accoglimento – funestando alcune delle aspettative create con la precedente interpretativa di rigetto – né tantomeno con un accoglimento (parziale) – mostrando di non seguire la logica presupposta ai dubbi del giudice rimettente. L'intenzione emersa è stata, piuttosto, quella di ritornare sul punto evitando di utilizzare una formula poco rispettosa del precedente intervento nomofilattico (e del ruolo) del Giudice di legittimità. All'uopo ha ribadito, difatti, che «la possibilità di un'interpretazione della disposizione censurata, rispettosa dei valori costituzionali di libertà e dignità della persona umana, è stata individuata e valorizzata sia dalla giurisprudenza di legittimità, sia da quella costituzionale»⁷⁵: il ricorso ai bisturi per la modificazione dei caratteri sessuali primari non è necessario ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica e l'eventuale autorizzazione all'intervento chirurgico ha solo funzione di garanzia del diritto alla salute dell'istante⁷⁶. Fin qui nulla di nuovo.

⁷⁴ Nell'ambito di questo "nuovo corso" si segnala anche la recente sentenza 24 febbraio 2017, n. 42 (commentata, quanto ai profili processuali, da C. NAPOLI, *Quando la ritenuta opportunità di un intervento della Corte costituzionale attenua l'onere del giudice a quo di tentare l'interpretazione conforme*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 3 aprile 2017), nella quale la Consulta rileva che «se, dunque, "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)", ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile» (cfr. § 2.2. del *Considerato in diritto* ove anche richiami a precedenti pronunce che seguono e rinsaldano il nuovo orientamento inaugurato con la sentenza n. 221 del 2015).

⁷⁵ Così § 4.1. del *Considerato in diritto*.

⁷⁶ Cfr. § 4.2. del *Considerato in diritto*.

Questa volta, però, la Corte costituzionale ha proceduto oltre nel suo argomentare e non ha “nicchiato” sul più ampio *petitum* a tenore del quale veniva invocato un intervento «volto ad escludere la previsione della necessità delle stesse modificazioni, quali che siano le modalità (chirurgiche, ormonali o congenite) attraverso le quali le stesse siano intervenute», auspicando che ai fini della rettificazione anagrafica non rientri nel novero degli adempimenti giudiziali neppure il ricorso a meri «accertamenti medici o psicologici, in quanto potenzialmente invasivi della sfera privata»⁷⁷.

Il crinale su cui il giudice *a quo* e le parti private costituite in giudizio intendevano spingere la Corte costituzionale, come detto, era quello dell'accoglimento (parziale). Esso avrebbe eliminato la necessità di un presidio accertativo di tipo medico-psicologico all'interno del giudizio limitando, di regola, il compito del giudice precedente alla sola valutazione del buon esito del percorso di transizione anteriore alla domanda di rettificazione anagrafica consistente, in buona sostanza, nell'estrinsecazione sociale dell'identità personale dell'istante e degli aspetti psichici, comportamentali e fisici che contribuiscono a comporre l'identità di genere⁷⁸, integrata, semmai, da un «interrogatorio libero» della parte «quale importante elemento del compendio probatorio»⁷⁹.

Su questo punto i giudici della Consulta hanno affermato che, nel sistema delineato dalla legge 164/1982, non vi è spazio per l'emersione di un'interpretazione adeguatrice che fondi esclusivamente sull'elemento volontaristico il regime giuridico della transizione a fini anagrafici e neppure per una traccia ermeneutica che possa giungere sino al punto di slegare dalla tutela del diritto alla salute dell'istante la non necessità della sua riassegnazione chirurgica. Il legislatore del 1982, piuttosto, ha realizzato l'obiettivo di contemperare gli interessi del singolo individuo e le esigenze di certezza delle relazioni giuridiche⁸⁰ affidando ad un giudice la ricerca del punto di equilibrio tra le due istanze contrapposte, caso per caso, nel concreto della vicenda di volta in volta emergente, proprio perché ciascuna di queste è unica e irripetibile. Ed anzi, proprio «escludere il requisito dell'intervento chirurgico di normoconformazione

⁷⁷ Cfr. § 5.1. del *Considerato in diritto*.

⁷⁸ Il percorso di transizione si snoda, secondo quanto ricordano A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 42 s. e nt. 113, e F. BILLOTTA, voce *Transessualismo*, cit., p. 759, in un breve periodo di carattere informativo – presieduto dal principio del consenso informato – e valutativo seguito da un «programma di sostegno e supporto medico (ormonale) e psicologico, della durata di almeno quattro/sei mesi» cui segue, poi, il c.d. *real life test*. Solo al termine di tale percorso è possibile, con alto grado di attendibilità scientifica, escludere che lo stato dell'istante rientri tra quelle situazioni differenziate non riconducibili alla disforia di genere («non conformità ai ruoli di genere», «disturbo da travestitismo», «disturbo da dismorfismo corporeo», «schizofrenia e altri disturbi psicotici» e «altre manifestazioni cliniche», come indicato in AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, cit., p. 536).

⁷⁹ Lo propone A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso*, cit., pp. 18 e 21, ad opinione del quale, inoltre, esso sarebbe rilevante ai fini del ridimensionamento della prospettiva medicalizzata del giudizio di rettificazione.

⁸⁰ Secondo S. PATTI, voce *Transessualismo*, cit., p. 419, «nella ricerca di un punto d'incontro tra l'interesse della persona e l'interesse della collettività deve scorgersi il significato delle leggi in materia di transessualismo» e quest'ultimo «non può essere trascurato».

(...) avvalorata la necessità di un accertamento rigoroso non solo sulla serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza l'intento così manifestato»⁸¹.

Rimane intonsa sullo sfondo del ragionamento della Corte costituzionale la precondizione che mantiene tra loro embricate rettificazione di sesso e riassegnazione (quand'anche solo eventuale) anatomica, e cioè quel legame teleologico fra le due vicende che è caratteristica propria della disforia transessuale seconda la quale esse, per il soggetto che ne è affetto, sono entrambe un obiettivo (potenziale) da soddisfare per il raggiungimento del proprio benessere⁸², quand'anche liberamente modulabili nel tempo, nella misura, nel modo e nello spazio, tenendo conto proprio delle singole specificità o, per dirla con le parole dei giudici della Consulta, della «irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive»⁸³.

4.2. (Segue) L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Avezzano del 12 gennaio 2017: la critica per eccesso ovvero del "sovradimensionamento" del diritto all'identità di genere nell'interpretazione conforme a Costituzione ...

Il più recente intervento della Corte costituzionale ha, pertanto, ampliato le coordinate della condizione giuridica dei transessuali ma non ha risposto in modo convincente ad alcuni dei quesiti che l'orientamento interpretativo accolto aveva lasciato irrisolti nel 2015, parte dei quali hanno suggerito al Tribunale di Avezzano di sollevare il 12 gennaio 2017 questione di legittimità costituzionale per motivi opposti e speculari a quelli che avevano caratterizzato i rinvii del Tribunale di Trento⁸⁴.

⁸¹ Cfr. § 5.2. del *Considerato in diritto*.

⁸² In tal senso, tra gli altri, già S. PATTI, voce *Transessualismo*, cit., p. 418, il quale ricorda che «una delle caratteristiche principali del transessualismo consiste proprio nella ricerca da parte della persona – a prezzo di grandi sofferenze – della maggiore corrispondenza possibile tra la psiche e l'aspetto esterno».

⁸³ Al fine di porre termine alla prospettiva medicalizzata dell'esercizio del diritto ad ottenere la rettificazione anagrafica di sesso ritiene, invece, che occorra, oggi, separare le due questioni A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso*, cit., pp. 21 s., e distinguere «la tutela del diritto fondamentale all'identità di genere (art. 2 Cost.) e i provvedimenti giudiziari in materia di tutela della salute (art. 32 Cost.). Al primo profilo attiene la domanda di rettificazione ex art. 31, comma 1, al secondo la domanda di autorizzazione ex art. 31, comma 4, d.lgs. 150/2011. L'una non presuppone più l'altra». Con riferimento al fenomeno strettamente transessuale, questa tesi appare soluzione vocata ad un risultato "artificiale" e sembra attribuire al legislatore delegato del 2011 una sorta di eterogenesi dei fini. Non a caso essa è abbastanza comune nella dottrina che auspica l'estensione dell'applicazione della normativa in tema di rettificazione di attribuzione di sesso a soggetti diversi dai transessuali, afferenti alla più ampia sfera dei *transgender*.

⁸⁴ L'ordinanza di rinvio è reperibile nel testo integrale in www.articolo29.it. Chiaro è l'orientamento nomofilattico relativo agli effetti delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale sulle decisioni dei giudici di sollevare questione di legittimità costituzionale: «Il vincolo che deriva, sia per il giudice *a quo* sia per tutti gli altri giudici comuni, da una sentenza interpretativa di rigetto, che – com'è noto, secondo il diritto positivo, non è assistita dall'efficacia vincolante *erga omnes*, di cui all'art. 136 Cost., primo comma, e legge n. 87 del 1953, art. 30, comma 3 – è soltanto negativo (...). Vincolo soltanto negativo, inoltre, tale da non precludere la possibilità di seguire, nel processo *a quo* o in altri processi, terze interpretazioni ritenute compatibili con la Costituzione, oppure

L'ordinanza in questione è molto articolata⁸⁵ e pone problemi che evidenziano quanto possa essere potenzialmente ancora caotico il quadro interpretativo che gli interventi delle supreme magistrature si proponevano, invece, di ricomporre a (tendenziale) unità.

Il Tribunale remittente, innanzitutto, cerca di collocare nell'attuale quadro socio-normativo alcuni dei principi affermati dalle pronunce delle giurisdizioni superiori con l'intento di definire una «terza interpretazione», «in quanto tale immune da precedente autorevole vaglio superiore». In tal senso, rimarca che, se nel 1985 la Corte costituzionale aveva la necessità di richiamare il «dovere di solidarietà sociale» degli altri membri della collettività affinché fosse riconosciuto il compimento del “transito” dei transessuali, nel più recente passato la questione si è completamente capovolta (è «diametralmente opposta») «in quanto si dovrebbe accettare che il soggetto cambi nominalmente genere perché alcuni dati sono in lui “prevalenti” pur mantenendo alcuni tratti (più che altro genitali primari) del sesso registrato alla nascita». Tale cambio di prospettiva dovrebbe spostare il *focus* della questione dal «modo con cui il soggetto percepisce la sua sessualità» a quello con cui la società (*rectius*: la collettività) lo avverte «nello svolgimento della vita quotidiana, quando, cioè, per necessità o contatto, il soggetto che si percepisce d'altro genere svolge le proprie attività a contatto con gli altri». La «rilevanza sociale» del mutamento di sesso sarebbe stata completamente pretermessa dalla Corte costituzionale e solo sfiorata dalla Corte di cassazione nella stringata parte in cui ha espresso il consapevole convincimento che si debba evitare che possa ingenerarsi la falsa enucleazione di un *tertium genus* distinto dal duopolio uomo/donna. «Il che è concettualmente diverso ed esclude che la decisione precedente abbia effetti preclusivi ad un riesame della costituzionalità».

Inquadrato, dunque, il *nuovo* ambito entro cui si muove il dubbio di costituzionalità, è di seguito, però, che il richiamo a presunte incongruenze si palesa più stringente.

Come potrebbe il giudice procedente «con rigore e attenzione, anche dal punto di vista medico, esigere mutamenti sostanziosi dei caratteri sessuali senza violare l'art. 32 della Costituzione, mentre lo farebbe solo se richiedesse mutamenti dei caratteri primari»? Il rigoroso accertamento degli interventi sui caratteri

di sollevare nuovamente, in gradi diversi dello stesso processo *a quo* o in un diverso processo, la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione oggetto della pronuncia interpretativa proprio sulla base della interpretazione – ritenuta corretta o l'unica possibile – rifiutata dalla Corte costituzionale la quale giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni, eventualmente evocando anche parametri costituzionali diversi da quello precedentemente indicato e scrutinato» (Corte di cassazione, Sezioni unite, sentenza n. 27986 del 2013, richiamata da I. TRICOMI, *Parametri costituzionali e non manifesta infondatezza nell'ordinamento multilivello*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna on-line*, www.edizionesi.it/dperonline, settembre 2017, p. 7).

⁸⁵ Per quanto connotata nel suo impianto complessivo da una marcata *vis* polemica, l'ordinanza non appare «lapidaria» nelle osservazioni, «bizzarra» negli argomenti e «del tutto irragionevole» nella struttura logico-argomentativa come – forse, fin troppo severamente – è stata giudicata da I. RIVERA, *La rettificazione anagrafica del sesso e l'intervento medico-chirurgico tra istanza personale e certezza sociale*, in www.articolo29.it, 21 agosto 2017, § 2.

sessuali secondari, anch'essi per lo più presidiati dall'esigenza di interventi medici, spesso di non lieve entità, «finisce per tradire la premessa della impossibilità di poter esigere trattamenti chirurgici (...) Anche la cura ormonale dovrebbe essere soggettivamente ritenuta una costrizione della propria identità personale ovvero lesiva del diritto alla salute intesa in senso ampio, sicché, conclusivamente, qualsiasi petizione dovrebbe essere assentita dal giudice, sol giustificata dall'esigenza di adeguare la propria identità fisica a quella psichica».

Non meno contraddittorio appare al Tribunale di Avezzano che, da un lato, si chieda al giudice procedente un accertamento *oggettivo* della definitività/irreversibilità della transizione e, dall'altro, si (ri)costruisca il diritto suddetto sulla base di nozioni che vengono definite ad alto tasso di soggettività interpretativa, tendenzialmente evanescenti e la cui misurazione è intrinsecamente volatile qual è il riferimento all'*identità di genere*. Il giudice *a quo* rileva che essa presuppone che «non esiste una diversità sessuale biologica ma soltanto soggettiva e culturale, “diacronica e dinamica”, che indica una variazione continua e indefinita». Il Tribunale di Avezzano rileva, inoltre, che «il richiamo costante nella motivazione della sentenza [della Corte di cassazione] al controverso concetto di “identità di genere”, inteso come espressione del diritto all'autodeterminazione del soggetto, tende erroneamente a fare di un problema specifico⁸⁶, quello del transessualismo, un paradigma generale per la ridefinizione del concetto di identità sessuale» e propone un modello «apoditticamente fondato sulla prevalenza del diritto alla personalità», lì dove, invece, «nessun diritto fondamentale è protetto in termini assoluti dalla Costituzione, ma – al contrario – è soggetto a limiti per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori»⁸⁷ e «il diritto è pieno di regole che astrattamente si pongono in contrasto col principio di autodeterminazione o della tendenziale massima espansione della personalità in tutte le sue forme».

Le conclusioni cui giunge il giudice *a quo* al termine del suo lungo argomentare, qui solo sintetizzato, sono “provocatoriamente” coerenti con le premesse: «laddove dovesse optarsi per la prevalenza del dato cartolare su quello fisico – a questo punto visivamente “ibrido” – dovrebbe paradossalmente sostenersi

⁸⁶ Per avere un'idea di massima delle dimensioni del fenomeno, «per gli adulti maschi, la prevalenza varia da 0,005 a 0,014%, per le nate femmine da 0,002 a 0,003%. Dal momento che non tutti gli adulti che richiedono un trattamento ormonale e un intervento chirurgico di riassegnazione del genere si rivolgono alle cliniche specializzate, questi tassi sono probabilmente sottostimati» (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, cit., p. 531).

⁸⁷ Approccio recentemente ribadito dalla Corte costituzionale nel § 3.1. del *Considerato in diritto* della sentenza 24 gennaio 2017, n. 20, che spesso fa riferimento alla sentenza n. 85 del 2013 (sul c.d. caso ILVA), nel quale è dato leggere: «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette. Per questo, la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (lo ricorda, di recente, A. CELOTTO, voce *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Aggiornamento 2017*, pp. 261 ss., p. 293, e ivi i riferimenti alla dottrina di contestato).

che la società non è più fondata sul detto duopolio, ma su un numero indeterminato di generi, solo dalla giurisprudenza ricondotti, secondo un criterio assai vago d'interpretazione caso per caso, all'una come all'altra macro categoria di assai incerti confini (...) con la conseguenza che la società dovrebbe adeguarsi a sostenere questa promiscuità fondata sul dato cartolare (...) ed elaborare regole di comportamento certamente molto lontane dalla tradizione secolare e di indubbia uniformità»⁸⁸. Tale approccio comporterebbe, di fatto, legittimare «il pieno riconoscimento del carattere *transgender* che proprio la Cassazione ha escluso come *tertium genus*» e che la legge 164/1982 certamente non fa proprio, come peraltro inequivocabilmente ribadito dalle pronunce delle magistrature superiori. Tutto ciò porrebbe l'interprete dinanzi all'unica via interpretativa praticabile e cioè di proporre «una pronuncia d'incostituzionalità che affermi direttamente il riconoscimento del *tertium genus* o, comunque, il buon diritto del mutato di genere senza cambiamento dei caratteri sessuali primari ad ottenere prestazioni o riconoscimenti dalla società indipendentemente dai caratteri sessuali primari, sol perché la sua scelta è assolutamente prevalente rispetto a tutti gli altri valori coinvolti»⁸⁹.

È fin troppo evidente quanto distante sia la posizione del Tribunale di Avezzano da quella del Tribunale di Trento.

Innanzitutto, ciò che emerge con chiarezza (e con – in genere inusuali – continui richiami alla “dottrina”) è la critica radicale all'influenza degli effetti dell'utilizzo della nozione di identità di genere non solo nel caso di specie ma anche nella più ampia dinamica delle relazioni sociali in cui essa possa trovarsi ad avere rilievo. La questione della presenza di individui di sesso anagrafico diverso dal sesso biologico di cui mantengono i caratteri sessuali primari (o sesso anatomico) può creare, in realtà, più di una complicazione in quelle situazioni in cui la separazione tra sessi è presupposto per l'accesso a (e per la fruizione di) servizi e/o prestazioni o per la sottoposizione a misure di controllo o per lo svolgimento di talune attività quale

⁸⁸ Con riferimento al caso oggetto del giudizio *a quo*, il Tribunale rimettente ritiene che «ammettere l'attore al trattamento di genere [MtoF] vorrebbe dire legittimarlo a comportarsi da donna in tutte quelle tipiche manifestazioni delle attività umane che comportano contatto anche solo visivo degli organi sessuali primari con i terzi. Dal mutamento anagrafico egli sarebbe legittimato a dare piena estrinsecazione della personalità femminile e con corrispondente possibilità di esporre i suoi caratteri sessuali primari (maschili) alla presenza di donne o minori, senza minimamente doversi preoccupare della potenziale lesività dei diritti costituzionalmente garantiti delle altre persone (...). Negli stessi termini egli avrebbe diritto a pretendere trattamenti equiparati a quelli femminili, esponendo la collettività ad incertezze ovvero a possibilità di obiezione per il contrasto tra identità cartolare e quella effettiva».

⁸⁹ Per questi motivi solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, l. 164/1982 come interpretato dalla Corte di cassazione nella decisione n. 15138 del 2015 e dalla Corte costituzionale nelle pronunce n. 221 del 2015 e n. 161 del 1985 «nella parte in cui, pur escludendo la necessità di interventi chirurgici anche ricostruttivi dei caratteri sessuali primari, prevede la riconducibilità al genere opposto in mancanza di caratteri sessuali primari corrispondenti pur nominalmente ripudiando il fenomeno del transessualismo, così di fatto prevedendo un adeguamento da parte della società dai contorni incerti rispetto alla maggioranza dei consociati, con riferimento ai parametri costituzionali di cui agli articoli 2, 3 della Costituzione».

quella sportiva⁹⁰, così come può determinare problemi concreti di conflitto con altri diritti o interessi potenzialmente antagonisti e ugualmente meritevoli di tutela. Tali conflitti, tuttavia, non possono assurgere ad archetipi per la destrutturazione di diritti costituzionalmente tutelati, ma rimandano, semmai, alla necessità di un'appropriata regolamentazione che li contemperi ove abbiano a verificarsi. Inoltre, la prospettiva con cui il giudice *a quo* affronta la questione, per un verso, prova troppo, per altro verso, sembra decisamente unilaterale.

Sotto il primo punto di vista, infatti, non tiene conto del fatto che nella realtà odierna è già dato rilevare l'esistenza di: a) *transgender* che non hanno intenzione di normoconformarsi al sesso diverso da quello biologico; b) soggetti intersessuali che non si sentono di appartenere a nessuno dei due sessi e, quindi, non chiedono adeguamenti giuridico-legali di sorta; c) soggetti, non *transgender*, affetti da sindromi solo *prima facie* assimilabili a quella transessuale per le quali ovviamente non si pone né la prospettiva della normoconformazione, né quella della rettificazione di sesso⁹¹. Sfugge, inoltre, al rimettente che per coloro che, invece, possono più propriamente definirsi transessuali, il percorso pienamente normoconformativo richiede, ben prima che si acceda all'intervento demolitivo e/o ricostruttivo, che venga da costoro trascorso un tempo più o meno lungo in cui sperimentare proprio nella vita sociale l'appartenenza al sesso verso cui si tende (c.d. *real life test*). Sotto il secondo punto di vista v'è da notare che il Tribunale di Avezzano sembra sottolineare più le difficoltà di fatto che il nuovo corso interpretativo determinerebbe per il corpo sociale che l'accentuarsi, al suo interno, di possibili elementi potenzialmente discriminatori nei confronti dei soggetti cui la legge 164/1982 si applica. Fino a prova contraria, invece, sono questi ultimi che necessitano di un grado di tutela giuridico-sociale maggiore, proprio in considerazione di una "diversità" che ancora stenta ad essere accettata nel (e dal) contesto sociale.

Un altro elemento risulta poco convincente. Tutto l'*iter* motivazionale del giudice rimettente sembra erroneamente presupporre che nell'interpretazione adeguatrice proposta dalle supreme magistrature il diritto all'identità di genere sia assiologicamente preminente o sovraordinato e che, invece, l'interesse collettivo alla certezza dei rapporti giuridici sia stato quasi del tutto pretermesso. Si è, invece, fin qui ripetutamente notato come nelle pronunce del 2015 le parole «bilanciamento» ed «equilibrio» ricorrano fin quasi allo sfinimento nella ricerca, forse persino ipertrofica, di sminare il campo da ogni deriva ermeneutica che possa escludere il rilievo di quest'ultimo e la sua collocazione tra i «valori fondamentali

⁹⁰ Sulla questione cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., pp. 82 ss.

⁹¹ Su tali figure v. già P. STANZIONE, voce *Transessualità*, cit., 876 ss., ma, soprattutto, ai fini più strettamente diagnostici, AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, cit., pp. 536 s.

di civiltà giuridica”»⁹². In altri termini, l’interpretazione conforme a Costituzione del combinato disposto degli artt. 1, comma 1, l. 164/1982 e 31, comma 4, d.lgs. 150/2011 non va esaminata riducendone la portata a pochi passaggi non sempre felici o a qualche *defaillance* espositiva, bensì nel complessivo orizzonte di senso che essa descrive e che, poi, rimette alla sensibile valutazione in concreto dei giudici della Repubblica e della loro (co)scienza.

4.2.1. (Segue) ... e l’ordinanza n. 185 del 2017 della Corte costituzionale. Il rafforzamento del punto di equilibrio ...

La Corte costituzionale decide sulla questione sollevata dal Tribunale di Avezzano con ordinanza (la n. 185) il giorno successivo (21 giugno) a quello (20 giugno) in cui decide con sentenza (la n. 180) sui rinvii del Tribunale di Trento. Il giudice relatore è il medesimo; la data di deposito in cancelleria è la stessa (13 luglio). Ciò consente di poter senz’altro procedere alla lettura dell’ordinanza in questione come fosse un’appendice argomentativa della sentenza n. 180; come se le due pronunce costituzionali fossero un *unicum* ermeneutico che riserva solo alla seconda talune precisazioni non necessarie alla prima e viceversa. I giudici della Consulta, innanzitutto, rimproverano seccamente al giudice *a quo* di non aver tenuto «adeguatamente conto dei principi affermati dalle decisioni richiamate». Quanto alla questione dell’assenza di dovuta attenzione da parte dell’interpretazione adeguatrice tanto degli aspetti relazionali quanto della rilevanza degli effetti sulla collettività – con contestuale erronea declinazione del principio personalista e non consona bilanciamento dell’interesse del singolo con l’interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche – la Corte costituzionale rileva che «la denunciata imposizione di un onere di adeguamento da parte della collettività non costituisce affatto una violazione dei doveri inderogabili di solidarietà, ma anzi ne riafferma la perdurante e generale valenza» e che «le preoccupazioni del rimettente

⁹² L’espressione è di A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., p. 97, nt. 65, sulla scorta della sentenza della Corte costituzionale 29 maggio 2013, n. 103, ripresa adesivamente anche da L. FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute*, cit., p. 2058, nt. 6. Rimarca di recente il rilievo del principio di certezza del diritto G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale, Relazione al Seminario del Gruppo di Pisa su “Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto”*, Brescia, 27 novembre 2017, versione provvisoria, in www.gruppodipisa.it. Per quanto abbia intrinsecamente un «valore relativo in molti sensi diversi» (p. 7) e sia maggiormente relativizzato o «indebolito» nello Stato costituzionale (p. 9), nel quale si «determina un passaggio dalla cultura della certezza alla cultura della giustificazione» (p. 11), il principio della certezza del diritto assume proprio nei confronti dei cittadini (destinatari primari) il ruolo di presupposto per la pretesa ordinamentale della loro adesione al precetto normativo e fondamento di legittimazione sistemica in termini di ragionevolezza del regime sanzionatorio apprestato in caso di inosservanza (pp. 5 s.), nonché di prevedibilità delle decisioni degli organi dell’applicazione (p. 7). Netta la posizione in proposito espressa da M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 462, secondo il quale nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale «sia la differenziazione tra giurisdizione e legislazione che la centralità della certezza del diritto valgono ora esattamente come allora».

attengono a situazioni di fatto destinate a verificarsi a prescindere dalla disciplina della rettificazione anagrafica, la quale è volta a regolare una realtà che, prima ancora che nel diritto, esiste nella natura».

La Consulta, poi, si confronta anche con la più rilevante questione del rischio che, venuto meno l'obbligo di interventi chirurgici quali che siano (relativi, cioè, tanto ai caratteri sessuali primari che secondari), possa risultare particolarmente complesso in sede giudiziale valutare se la domanda di rettificazione si fondi solo «su un desiderio irrefrenabile del soggetto agente», data la possibile difformità estetica ed esteriore di questi rispetto al sesso richiesto. Secondo il tribunale rimettente, infatti, «l'accezione del diritto all'identità di genere sostenuta dalle due pronunce in esame varrebbe a configurare l'identità sessuale come oggetto di una mera scelta soggettiva dell'interessato, di cui la consulenza medica si limiterebbe ad accertare la serietà ed univocità». Tutto questo, ben lungi dall'assumere le vesti di «un definitivo ed irreversibile cambiamento di genere (...), porterebbe al riconoscimento del *transgender* come *tertium genus*, rispetto al quale verrebbero in rilievo le sole caratteristiche psichiche del soggetto, restando, viceversa, molto sfumata l'identità sessuale secondaria». Di qui la necessità del test sui caratteri sessuali secondari che renderebbe meno evanescente la valutazione giurisdizionale della definitiva transmigrazione all'altro genere ai fini della rettificazione anagrafica di sesso.

La Corte costituzionale ancora una volta è chiamata a svolgere considerazioni su quello che è lo snodo probabilmente più critico dell'intera questione: il processo valutativo della serietà, univocità e definitività della scelta del soggetto istante al fine di escludere che la richiesta risponda esclusivamente ad un ondivago desiderio di fluidità di genere. In merito essa ribadisce che: a) «l'interpretazione adeguatrice della disposizione censurata, pur escludendo la necessità di modificazioni chirurgiche dei caratteri sessuali, ha mantenuto fermo il dato testuale dell'art. 1, comma 1, il quale prevede, comunque, le “intervenute modificazioni dei caratteri sessuali”»; b) la delibazione favorevole in ordine alla rettificazione di sesso non può prescindere da un accertamento rigoroso che tenga conto non solo «della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata, il quale corrobora e rafforza l'intento così manifestato»; c) è nel giudizio di rettificazione che viene garantito il bilanciamento tra «il diritto del singolo individuo e le esigenze pubblicistiche di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici»; giudizio al quale «partecipa anche il pubblico ministero» e nel quale devono essere accertate le «modalità attraverso le quali le modificazioni siano intervenute, tenendo conto di tutte le componenti, compresi i caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere».

4.2.2. (*Segue*) ... e le sue (presumibili) implicazioni interpretative

In sintesi, la Corte costituzionale traccia una sorta di protocollo operativo i cui passaggi sono delineati in modo generale ma sufficientemente definito.

Innanzitutto, la non necessità del costringimento al bisturi per la riassegnazione dei caratteri sessuali primari è senz'altro da estendersi anche a quegli interventi finalizzati alla sola (si fa per dire) irreversibile eliminazione della capacità riproduttiva del soggetto istante⁹³. Considerato, inoltre, che la Consulta, lì dove esclude «la necessità di modificazioni chirurgiche dei caratteri sessuali», non li aggettiva, si può presumere che anche gli interventi chirurgici volti alla ridefinizione dei caratteri sessuali secondari (quindi prevalentemente estetici) non possano essere in astratto imposti al richiedente rettificazione anagrafica nei limiti in cui essi sono volti alla salvaguardia del suo diritto alla salute. Ciò detto, però, nel concreto, il giudice dovrebbe sempre procedere ad un bilanciamento tra il diritto all'identità di genere di quest'ultimo e l'interesse pubblicistico alla certezza delle relazioni giuridiche, che costituiscono ragione dell'esistenza dei registri anagrafici e che da questi ultimi sono preservate. Sotto questo punto di vista, *ex art.* 1, comma 1, l. 164/1982, rimane indiscutibile che presupposto per l'accoglimento della richiesta di rettificazione anagrafica siano modifiche dei caratteri sessuali *oggettivamente* rilevabili, tali nella loro portata da sciogliere ogni possibile dubbio sulla «intervenuta transizione dell'identità di genere» dell'istante.

Ciò premesso, insufficiente, si presume, sarebbe un accertamento della sola valutazione del buon esito del percorso psico-sociale anteriore alla domanda di rettificazione anagrafica⁹⁴, quand'anche integrato da un interrogatorio libero. Non sembra essere nelle corde dell'interpretazione adeguatrice quella di ritenere congruo ai fini della rettificazione anagrafica un livello di specificazione delle modifiche sessuali non supportato dal rilievo di modalità oggettivamente indicanti la compiutezza della transizione di genere quand'anche non accompagnata (in tutto o in parte) da quella anatomica. In tal senso, i trattamenti ormonali appaiono elemento all'uopo imprescindibile ed eventuali trattamenti chirurgici di tipo estetico costituiscono un ulteriore forte indice della serietà della scelta di transitare dovendo il giudice, come precisato dalla Consulta, pur sempre tenere conto di tutte le componenti che concorrono a determinare l'identità personale e di genere, «compresi i caratteri sessuali». Il ricorso, pertanto, ad interventi chirurgici poco invasivi (o, se si preferisce, meno invasivi), benché astrattamente non indispensabili, specie quando implicino rischi significativi per la salute del paziente, sono comunque da intendersi quale elemento determinante per l'apprezzamento del giudice in ordine alla univocità della scelta di cambiamento di sesso

⁹³ A tal riguardo, non pare casuale che la Corte costituzionale nei propri *Considerata* delle decisioni nn. 180 e 185 del 2017 non abbia più fatto uso né del sostantivo «irreversibilità», né dell'aggettivo «irreversibile».

⁹⁴ Interamente affidato a strumenti di *soft law* (cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., cap. 2).

quantomeno nel senso che – per usare le parole della Corte costituzionale – «corroborano e rafforzano l'intento così manifestato».

In altri termini, e più in generale, si può inferire che, a fronte di una domanda di rettificazione anagrafica presentata da un soggetto con caratteri sessuali primari ancora riferibili al sesso legale che si vuole “abbandonare” e in assenza di contestuale (o precedente) richiesta di autorizzazione a «*un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico*», la Corte costituzionale proponga al giudice di procedere ad una operazione di bilanciamento complesso nel quale: a) valutare il grado di serietà della richiesta tenendo conto delle intervenute modifiche sessuali che la salute dell'istante oggettivamente consente senza che ne sorga un pregiudizio sproporzionato, attuale o potenziale, evitando, dunque, di considerare influenti sulla decisione eventuali mancati adeguamenti la cui praticabilità metterebbe l'istante davanti alla (improponibile) scelta tra preferire il diritto alla propria salute o il diritto alla propria identità di genere; b) valutare il grado di univocità e definitività della richiesta tenendo conto dell'utilità oggettiva che il mutamento anagrafico apporterebbe alla migliore definizione del ruolo sociale dell'istante e della sua autopercezione di genere e, quindi, in definitiva, del suo rilevante contributo a mitigare significativamente (o eliminare del tutto) la sindrome disforica o i suoi effetti⁹⁵. L'esperimento positivo di tali valutazioni dovrebbe condurre il giudice ad escludere la prevalenza della componente meramente volontaristica e a preferire l'interesse del singolo rispetto a quello antagonista della certezza delle relazioni giuridiche e della piena identificabilità dei generi sessuali.

È evidente che ai fini di un siffatto tipo di accertamento, decisamente opportune, oggi più di ieri, appaiono anche le consulenze tecniche d'ufficio⁹⁶ che permettano al giudice, per un verso, di formarsi un convincimento univoco e attuale nella deputata sede processuale⁹⁷, per altro verso, di dissipare ogni

⁹⁵ ... la qual cosa coincide solo in parte con quanto sostenuto dal Tribunale di Trento nelle citate ordinanze di rimessione alla Corte, e cioè che «il trattamento clinico non influisce, sotto un profilo generale, sul riconoscimento sociale nella stessa misura nella quale vi contribuisce, invece, il mutamento di sesso anagrafico». Non si dimentichi, infatti, che decenni di indagini cliniche sui transessuali hanno posto in evidenza che «adolescenti ed adulti con disforia di genere che non si sono ancora sottoposti a una riassegnazione [chirurgica] del genere presentano un maggior rischio di ideazione suicidaria, tentativi di suicidio e suicidio» (così AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, cit., p. 531).

⁹⁶ È stato auspicato in dottrina che, in caso di intervento legislativo volto ad adeguare la normativa nazionale attuale alle emergenti novità in tema di transessualismo, venga prevista come obbligatoria la CTU (cfr. L. FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, cit., p. 2062). Ritiene «davvero imprescindibile» il ruolo dei consulenti tecnici d'ufficio anche G. MAESTRI, *Cambio di sesso senza intervento sui genitali*, cit., p. 221, secondo il quale «il giudice, pur mantenendo il ruolo di *peritus peritorum*, dovrebbe affidarsi alle conclusioni dei consulenti tecnici da lui nominati e decidere sulla base di esse, potendosi scostare dal loro contenuto ove ritenesse l'accertamento clinico non sufficientemente rigoroso (motivando la valutazione in modo non superficiale)».

⁹⁷ L'opportunità che sia proprio il giudice nella sede processuale a formarsi un convincimento critico e consapevole specialmente per decidere questioni «in presenza di una “variabilità dei casi e della natura induttiva delle ipotesi diagnostiche”, tipiche ad esempio della materia psicologica», è messo bene in risalto da L. CHIEFFI, *Scientific*

possibile dubbio in ordine al ricorrere di disturbi solo apparentemente riconducibili al transessualismo o di situazioni *border line* segnate da precedenti diagnosi di disforia di genere «con altra specificazione» o «senza specificazione»⁹⁸. V'è da aggiungere, infine, che nel periodo (più o meno lungo) che solitamente intercorre tra una diagnosi di disforia di genere riferibile alla sindrome transessuale e lo svolgimento del giudizio di rettificazione anagrafica⁹⁹ potrebbero emergere situazioni di regressione (o falsi positivi) capaci di inficiare la corretta applicazione alla fattispecie concreta dell'art. 1, comma 1, l. 164/1982¹⁰⁰.

5. Conferme dalla Corte EDU: la decisione *A.P., Garçon et Nicot c. France* del 6 aprile 2017 e il margine di apprezzamento nazionale con riferimento agli accertamenti peritali medico-scientifici in sede giurisdizionale

Poco prima delle decisioni nn. 180 e 185 del 2017 della Corte costituzionale, anche la Corte EDU aveva avuto modo di tornare sulla questione dei requisiti che gli Stati aderenti possono richiedere al fine di autorizzare la rettificazione anagrafica di sesso senza violare le norme convenzionali.

L'occasione è stata offerta dai ricorsi di tre *transgender* francesi, *A.P., Garçon* e *Nicot*, nei quali si poneva in evidenza come il rifiuto di prestarsi a verifiche mediche in ordine all'irreversibilità della loro capacità procreativa avesse determinato il rigetto definitivo delle loro domande di mutamento anagrafico.

Più in particolare, il ricorrente *A.P.*, maschio all'anagrafe francese, interessato da diagnosi di sindrome transessuale, si era sottoposto a trattamenti ormonali e, in Thailandia, a intervento demolitivo-ricostruttivo

questions *nel diritto giurisprudenziale*, cit., p. 7 ma *passim*. Ampi spunti di riflessione sullo specifico apporto della scienza medica alla giurisdizione dinanzi a questioni eticamente sensibili sono nei contributi raccolti in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 2016.

⁹⁸ Basti pensare ad anomalie comportamentali (quali il disturbo da travestitismo o da non conformità ai ruoli di genere) che possono anche preludere al formarsi di una disforia di genere di tipo transessuale ma che, allo stesso modo, potrebbero dare luogo a falsi positivi, sovrapponendosi gli aspetti degli uni con l'altra; così come potrebbe accadere che i soggetti istanti abbiano già ricevuto diagnosi in cui palesino manifestazioni che «predominano ma non soddisfano pienamente i criteri per la disforia di genere» (cc.dd. disforie di genere «con altra specificazione» – se il clinico sceglie di indicarne le non corrispondenze – o «senza specificazione» – nel caso in cui le «informazioni siano insufficienti per porre una diagnosi più specifica»). Potrebbero, peraltro, verificarsi anche situazioni opposte, ma non per questo meno difficili da differenziare dal transessualismo, in cui la richiesta di intervento di riassegnazione chirurgica dei caratteri sessuali primari potrebbe non associarsi affatto al desiderio del cambiamento di genere (c.d. disturbo da dismorfismo corporeo). Per tutte queste indicazioni v. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, cit., pp. 536 e 537.

⁹⁹ Sul punto cfr. ancora A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 52 ss.

¹⁰⁰ Diverso è, invece, il rarissimo caso in cui il ripensamento riguarda soggetti che hanno già ottenuto la rettificazione anagrafica (cc.dd. *regretters*). Cita un precedente giurisprudenziale italiano, peraltro negativo per il richiedente, A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso*, cit., p. 6 (Tribunale di Velletri, sentenza 2 novembre 2005). In tale ipotesi, assente ogni esplicito divieto normativo, non si ritiene che, in punto di diritto, si possa impedire pregiudizialmente un "ritorno al passato" di tipo anagrafico ove sussistano tutte quelle condizioni che, di fatto, legittimerebbero un'autonoma decisione di rettificazione di sesso. Peraltro, gli effetti del "nuovo" mutamento anagrafico non potrebbero che prodursi *ex nunc*. Analogamente sul punto E. COVACCI, *Transessualismo*, cit., pp. 122 s., e F. BILLOTTA, voce *Transessualismo*, cit., p. 761.

dell'apparato sessuale primario che, ad eccezione degli organi riproduttivi, era normoconformato al sesso femminile. All'atto di richiedere la rettificazione anagrafica, aveva prodotto la documentazione medica relativa agli interventi subiti e agli effetti clinici ad essi conseguenti ma non aveva ottemperato all'invito dei giudici di soggiacere a verifica peritale dei mutamenti intervenuti, disposta in quanto l'intervento chirurgico era stato realizzato all'estero. Aveva ricevuto, pertanto, diniego definitivo alla rettificazione anagrafica per l'impossibilità di provare la veridicità della sua condizione di transessuale e, conseguentemente, anche dello stato di sterilità irreversibile che, all'epoca dei fatti, era all'uopo indispensabile per la normativa francese. *Garçon*, maschio all'anagrafe francese, si era sottoposto a trattamenti ormonali e a intervento chirurgico di riassegnazione dei caratteri sessuali primari. Si era limitato, però, a presentare documentazione medica dei soli trattamenti endocrinologici rifiutando di provare altrimenti in giudizio la diagnosi di disforia di genere e le ulteriori modifiche intervenute. Aveva ricevuto diniego definitivo di mutamento anagrafico in quanto non risultava soddisfatto il requisito della previa sterilizzazione. *Nicot*, maschio all'anagrafe francese, presumibilmente interessato da diagnosi di disforia di genere, all'atto di richiedere la rettificazione anagrafica non aveva documentato il suo stato *transgender* rifiutandosi di ottemperare all'invito dei giudici «*de verser aux débats tous documents médicaux relatifs au traitement médical et chirurgical subi, de nature à justifier de l'effectivité de son changement de sexe*». Allo stesso modo, si era rifiutato di sottoporsi alle verifiche peritali disposte dal giudice e aveva ricevuto diniego definitivo alla rettificazione anagrafica dato che non era stato possibile attestare che versasse in una condizione irreversibile di sterilità.

Le questioni, dunque, poste all'attenzione della Corte EDU erano sostanzialmente due: a) l'eventuale contrarietà alla Convenzione del requisito della sterilizzazione irreversibile quale presupposto per ottenere un mutamento anagrafico di sesso; b) l'eventuale contrarietà alla Convenzione delle disposizioni nazionali che prevedano la sottoposizione dell'istante a perizie medico-scientifiche disposte in sede giudiziale.

Quanto alla prima, il Giudice euroconvenzionale, sviluppando l'assunto solo in parte maturato due anni prima in *Y.Y. c. Turchia*¹⁰¹, sancisce che l'obbligo di sottoporsi ad interventi chirurgici volti alla irreversibile rimozione della capacità riproduttiva è requisito decisamente sproporzionato e in contrasto con gli artt. 3 e 8 della CEDU poiché porrebbe l'istante nella drammatica condizione di dover scegliere tra la propria integrità fisica e la propria identità di genere violando, inoltre, la sua dignità. Ciò posto, «*ce constat la conduit*

¹⁰¹ Rileva D. ZANNONI, *Sterilizzazione e intervento chirurgico nel cambiamento di genere*, cit., che, *leading case* con riguardo alla circostanza che la Corte EDU per la prima volta «deve pronunciarsi sulla protezione di una persona transessuale non operata (alla data della presentazione del ricorso)» (p. 12), la sentenza *Y.Y. c. Turchia*, peraltro suscettibile di prestarsi ad una duplice interpretazione, più che «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 CEDU», (p. 14), verosimilmente si limita, invece, ad esaminare l'obbligo dell'incapacità definitiva a procreare «solo come condizione per l'accesso all'intervento chirurgico di conversione sessuale (p. 15).

à retenir que l'État défendeur ne disposait en l'espèce que d'une marge d'appréciation restreinte». «Un esito dunque che non solo si reputava certo, ma anche, in un certo senso, dovuto»¹⁰², per quanto “macchiato” da un’opinione dissenziente¹⁰³.

Non meno interessante per le presenti note è la decisione relativa alla seconda questione che pone in risalto come, invece, rientri pienamente nel margine di apprezzamento degli Stati («une large marge d'appréciation») l'opportunità di prevedere un controllo giurisdizionale sulla richiesta di rettificazione anagrafica (di sesso e di nome) sia con riferimento alla veridicità dei fatti e dei documenti che sono a fondamento della richiesta giudiziale, sia con riguardo al riscontro ad opera di medici e operatori sanitari, nella veste di periti investiti di tale compito dal giudice, dell'esistenza di una disforia di genere e di intervenute modifiche dei caratteri sessuali. La Corte EDU ritiene, più in particolare che «même si l'expertise impliquait un examen de l'intimité génitale, l'ampleur de l'ingérence potentielle dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée mérite d'être significativement relativisée» in quanto «contrairement à la condition de stérilité, l'obligation d'un psychodiagnostic préalable ne met pas directement en cause l'intégrité physique des individus» sì che può senz'altro escludersi, a tal riguardo, la violazione degli artt. 3 e 8 della Convenzione. L'ammissibilità di verifiche giudiziali ulteriori rispetto a quanto può già desumersi dalla documentazione medica eventualmente raccolta e prodotta dall'istante è, inoltre, giustificabile anche sulla scorta della tutela della sua salute.

La decisione *de qua*, benché, come detto, anteriore alle ultime pronunce della Corte costituzionale sul tema e da queste non menzionata, costituisce un importante riscontro della condivisione a livello europeo tanto del rigore che le supreme magistrature italiane chiedono debba essere utilizzato in sede giudiziale quando si abbia a valutare una transizione di sesso a fini legali, quanto del divieto di imporre all'uopo pratiche coercitive in violazione dell'integrità fisica e della dignità umana la cui proporzionalità, rispetto all'obiettivo dato e ad altri interessi meritevoli di tutela, deve essere rimessa al prudente apprezzamento dei giudici nazionali.

6. Alcune osservazioni (per forza di cose) interlocutorie in attesa di una migliore definizione dei ruoli di Corte costituzionale, legislatore e giudici in ambiti eticamente sensibili

L'esame fin qui condotto si ritiene possa rendere conto della situazione nella quale la Corte costituzionale si sia dovuta muovere per affrontare i tanti dubbi sollevati su alcune disposizioni dell'attuale normativa in materia di rettificazione di attribuzione di sesso. Indubabilmente la sua posizione non può definirsi

¹⁰² Così C.M. REALE, *Corte europea dei diritti umani e gender bender: una sovversione mite*, in *Rivista diritto pubblico e comparato europeo on line*, www.dpceonline.it, 2017, n. 2, pp. 409 ss., p. 413.

¹⁰³ Giudice Ranzoni con riferimento «a en violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deuxième et troisième requérants à raison de la condition d'irréversibilité de la transformation de l'apparence».

particolarmente confortevole e la ricerca di un punto di equilibrio “autorevole” e condiviso non può dirsi particolarmente agevole. Le variabili con cui essa deve confrontarsi al fine di tracciare linee interpretative rispettose del dettato costituzionale sono numerose e complesse e non sempre (e non solo) di carattere prettamente giuridico.

L’operato dei giudici, oggi più che mai, si staglia sullo sfondo di un modello antropologico che è costantemente messo in “crisi” dall’evoluzione scientifica che sembra, in alcuni casi, non porsi più al servizio dell’uomo quale essere di natura ma proporsi come entità autopoietica capace di modificare le coordinate dello sviluppo dell’individuo in ogni senso possibile alla pensabilità del progredire scientifico, persino ben oltre l’immagine egolatrica «di un uomo che intende essere padrone di se stesso»¹⁰⁴, fino a far dipendere i diritti e la persona «sempre di più dalla scienza e dalla tecnica»¹⁰⁵.

La “sovraesposizione” che in questo panorama incontra il giudice comune¹⁰⁶ si amplifica quando sono le supreme magistrature – e la Corte costituzionale più nello specifico – a dover tirare le fila di orientamenti giurisprudenziali difformi su questioni etiche avvertite dalla coscienza sociale con sensibilità diverse e, talvolta, irriducibilmente distanti. Questo quadro si complica ulteriormente quando le problematiche su cui è richiesta una decisione “coraggiosa”, per così dire, rinvergono in altri ordinamenti statali significativi “salti in avanti” o quando esse vengono recepite da Corti euroconvenzionali che, pur rifacendosi a un patrimonio condiviso di valori (europei), agiscono in ogni caso sulla base di presupposti eziologici e assiologici differenti da quelli che connotano l’agire di una Corte costituzionale nazionale¹⁰⁷.

In un recente contributo è stato bene rimarcato da un giudice costituzionale che «non dovrebbe essere questione per una Corte costituzionale di farsi avanguardia isolata» su questioni rispetto alle quali non è possibile riscontrare un diffuso comune sentire della «coscienza sociale» e si controverta della

¹⁰⁴ Per dirla con le parole di M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, cit., p. 50.

¹⁰⁵ Così A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., § 11. Di recente, peraltro, S. SALARDI, *Il ritorno della disuguaglianza giuridica*, in questa *Rivista*, 2017, n. 21, rimarca come, controintuitivamente, l’attuale “età della scienza e della tecnologia” sia caratterizzata da «avanzamenti scientifici e tecnologici così repentini e potenzialmente invasivi delle libertà e dei diritti individuali da necessitare un monitoraggio costante dell’adeguamento degli strumenti giuridici di garanzia e tutela di tali libertà e diritti a questo mutevole contesto». Ciò pone «sfide incessanti sul piano delle discriminazioni e delle conseguenti disuguaglianze di trattamento, aggiungendo così un motivo di approfondimento del tema della disuguaglianza biologica» (p. 5). Su tali “nuove” questioni v. l’ampio studio di L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla techno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017.

¹⁰⁶ Per una recente riflessione su tale tematica v. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, *Relazione* al Seminario del Gruppo di Pisa su “*Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*”, Brescia, 27 novembre 2017, versione provvisoria, in www.gruppodipisa.it.

¹⁰⁷ Per convincenti osservazioni in tal senso v. G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., il quale si domanda «se la Corte di giustizia e la Corte EDU svolgano bilanciamenti fra diritti e controlli di proporzionalità in presenza di limiti sistemici assimilabili a quelli che gravano sulle Corti costituzionali nazionali» (p. 18) rispondendo, condivisibilmente, che «le Corti europee sono «giurisdizioni incondizionate e incondizionabili perché “senza Stato e senza sovranità”» e «sono nelle condizioni ideali per agire come la più alta istanza di neutralizzazione a livello continentale» (p. 29).

«interpretazione di disposizioni costituzionali che fungono da parametri di riferimento per la validità di norme legislative»¹⁰⁸. È, semmai, da tenere in conto il tempo necessario «al radicarsi nella collettività di un “nuovo sentire”, il cui effetto sia, al contempo, quello di aggiornare i significati ricavabili da un principio costituzionale nonché quello di modificare i criteri di valutazione di una scelta legislativa»¹⁰⁹. Le Corti costituzionali devono saper cogliere questi aspetti senza correre il rischio di scavalcare «il legislatore, che in un sistema democratico-rappresentativo dovrebbe essere la prima “antenna” sensibile» a registrare i mutamenti¹¹⁰. Non sempre, infatti, è possibile dire con certezza che le omissioni legislative siano frutto della mera inerzia, potendo piuttosto rispondere all’esercizio di quella discrezionalità legislativa che «si esercita non solo nell’espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell’ordinamento»; «una decisione negativa, comunque da rispettare»¹¹¹. Di qui, ritenere che l’inerzia suddetta possa, di per sé sola, giustificare la supplenza giudiziaria sulla scorta del divieto di *non liquet*, legittimando «l’innovazione giurisprudenziale anche *praeter legem* (o addirittura *contra legem*)», dissimulerebbe «una singolare inversione concettuale»¹¹². Alla luce di tali premesse, pertanto, è ben comprensibile perché «una solida teoria delle Corti costituzionali quali interpreti dei mutamenti della coscienza sociale non può certo acconciarsi a (e accontentarsi di) ripetere il celebre motto *The Constitution is what the Judges say it is*»¹¹³.

In questo panorama generale, il risultato raggiunto dai recenti arresti della Corte costituzionale in tema di rettificazione anagrafica di sesso assume le vesti di un serio sforzo per la costruzione di un argine alle spinte verso una concezione «dell’autodeterminazione individuale come *un valore assoluto fonte di poteri*

¹⁰⁸ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2017, n. 4, rispettivamente pp. 15 e 13. L’A., inoltre, precisa che «coscienza sociale è definizione che contiene un riferimento a qualcosa di oggettivo», rilevabile sulla scorta di indici «che dovrebbero essere a loro volta oggettivabili in dati identificati e tracciabili» quali «progetti di legge pendenti nelle istituzioni rappresentative nazionali (...), informazioni derivanti dal diritto straniero e comparato, norme (anche di *soft-laws*) sovranazionali e internazionali, raccomandazioni, orientamenti giurisprudenziali precedenti della stessa Corte costituzionale (che magari sono rimasti “sottotraccia”, tendenze dottrinali autorevoli, persuasive e condivise» oltre alla presenza «di numerose e concordanti ordinanze di rimessione che sollevano questioni di legittimità costituzionale» (p. 14).

¹⁰⁹ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, cit.*, p. 9. La circostanza che tra i criteri che contribuiscono a delineare la certezza del diritto dal punto di vista del cittadino vi sia anche la «tendenziale sovrapposizione tra regolazione giuridica e valori morali ampiamente condivisi nella comunità di riferimento» è messa in risalto, di recente, da G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, cit., p. 6.

¹¹⁰ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, cit.*, p. 13.

¹¹¹ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, cit.*, p. 10.

¹¹² N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, cit.*, p. 10 s. Su tale dibattuta tematica v., di recente, A.M. NICO, *Il diritto giurisprudenziale “creativo” e gli incerti confini tra giurisdizione e legislazione*, in F.J. LACAVA, P. OTRANTO, A.F. URICCHIO (a cura di), *Funzione promozionale del diritto e sistemi di tutela multilivello*, Bari, 2017, pp. 163 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹¹³ N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, cit.*, p. 14.

*assolutis*¹¹⁴ e, quindi, giammai bilanciabile¹¹⁵. Non si ritiene, infatti, all'uopo completamente casuale la quasi totale assenza nelle sue pronunce di riferimenti ad analoghe esperienze europee o alla giurisprudenza euroconvenzionale in tema, diversamente da come era accaduto, invece, in altre importanti occasioni in cui gli spunti colti in ordinamenti esteri o sovranazionali avevano costituito rilevanti argomenti retorici dei *Considerata* della Consulta¹¹⁶.

Eppure, si ha l'impressione che esso sia un argine poroso e che il compromesso (alto) ricercato sia, per forza di cose, solo a tenuta provvisoria considerate le formidabili implicazioni di una problematica che trascende il caso specifico per ripercuotersi su questioni ben più complesse, di natura sistemica, impossibili peraltro da esaminare in queste brevi note e, probabilmente, *tout court* irriducibili alla sola capacità della dimensione speculativa del giurista.

L'interpretazione adeguatrice della quale si è fin qui discusso e i suoi corollari, inoltre, non evitano che si palesi un tasso di soggettivizzazione nell'applicazione concreta del precetto normativo, forse, troppo alto anche per la *iuris dictio* del caso concreto¹¹⁷, per quanto le situazioni dei richiedenti rettificazione anagrafica di sesso siano uniche e irripetibili e richiedano un approccio, per così dire, di tipo "sartoriale".

Sotto altro punto di vista, premono alle porte istanze di riconoscimento delle condizione più generale dei *transgender*¹¹⁸, che Corte di cassazione e Corte costituzionale hanno escluso possano trovare spazio nell'ambito di applicazione della legge 164/1982. Tra queste istanze non mancherà di emergere, prima o

¹¹⁴ Per dirla con le parole di A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2017, n. 3, p. 96. Ciò può finire «per rovesciare il fondamentale compito della Repubblica contenuto negli artt. 2 e 3 Cost., perché il fine, non solo di garantire, ma di sviluppare la personalità umana e i diritti della persona, in questa diversa cornice, si tramuterebbe, paradossalmente, in un dovere di aiutare a compiere quei gesti estremi per assecondare il *bios*» (p. 97). Sui rischi dell'individuazione di un diritto all'autodeterminazione che si traduca in un «"moderno *Habeas Corpus*"» e sui dubbi che, in siffatti termini, assoluti, esso possa dirsi compatibile con l'ordinamento costituzionale italiano e in questo radicarsi v. A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali VIII*, Milano, 2016, pp. 263 ss., pp. 331 ss.

¹¹⁵ Eppure, con riferimento ai «casi difficili», tra cui senz'altro quelli eticamente sensibili, non v'è chi non noti quanto sia rilevante la ricerca di coordinate per un bilanciamento che si collochi in una dimensione ordinamentale che abbia risolto questioni essenziali e pregiudiziali al fine di evitare che «meri bisogni» siano scambiati per diritti soggettivi fondamentali. (cfr. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., p. 74 ma anche pp. 59 ss. e *passim*). Tra queste, senz'altro, il richiamo all'assunto secondo cui «le libertà, certamente, non si risolvono in diritti soggettivi ma rimandano a valori oggettivi: ma non tutti i valori protetti dalla Costituzione si risolvono in un diritto soggettivo» (*Ibidem*, p. 76). In una prospettiva diversa, v. la recente e articolata elaborazione teorica ascrivibile a S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

¹¹⁶ Sul tema cfr. il saggio di P. PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo 2005-2015*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2015, fasc. II, pp. 589 ss.

¹¹⁷ G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, cit., p. 4, ricorda che «per l'organo dell'applicazione, il diritto è certo se offre una soluzione tendenzialmente univoca al caso da decidere. Quanto più aumentano le variabili e i margini di scelta nell'individuazione della soluzione del caso da decidere (o quanto meno il diritto predetermina la soluzione del caso), tanto più il diritto è, dal punto di vista dell'organo dell'applicazione, incerto. E viceversa».

¹¹⁸ «Sinteticamente, potremmo affermare che sta avvenendo uno spostamento dal concetto di transessualismo a quello di transgenderismo» (così C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo*, cit., p. 285).

poi, anche quella dell'introduzione di un "terzo genere" anagrafico¹¹⁹. Difatti, il riconoscimento giuridico (nazionale ed europeo) in favore di soggetti transessuali della non obbligatorietà di trattamenti medico-chirurgici per accedere alla modifica dei propri dati anagrafici quale passaggio fondamentale per il perseguimento del proprio benessere personale ed identitario pone diffusamente la questione, ora pure in chiave antidiscriminatoria, dell'applicazione del medesimo principio anche a soggetti *transgender* non transessuali. La classificazione binaria maschio-femmina rende inattuabile per tutti costoro la possibilità di optare, alle stesse condizioni date ai transessuali, per un genere anagrafico che contribuisca a lenire sofferenze psichiche derivanti dall'asimmetria tra la percezione di sé quale essere sociale e la contrastante collocazione legale. In altri termini, l'assenza di un genere anagrafico differente da maschio o femmina risulterebbe discriminatorio ai fini della piena realizzazione del diritto all'identità di genere dei *transgender* nella misura in cui esso non sarebbe adeguatamente soddisfatto se costretto nella stringente alternativa polare maschile-femminile. La tematica, lungi dal poter essere relegata a mero «paradosso logico» nell'argomentare di talune Corti di merito nazionali¹²⁰ – e, forse, fin troppo frettolosamente esclusa dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 15138 del 2015¹²¹ – è stata, invece, dapprima sollevata innanzi alla Corte EDU per violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione nella citata decisione *A.P., Garçon et Nicot c. France*¹²², e, poi, posta al *Bundesverfassungsgericht* che, con decisione del 10 ottobre 2017¹²³, ha ordinato al legislatore tedesco di adeguare la legislazione civile al riconoscimento di un *terzo genere* entro il 31 dicembre del 2018¹²⁴.

Quali che siano gli sviluppi prossimi nel nostro ordinamento, una cosa è stata messa bene in risalto dalla Corte costituzionale tedesca e cioè che la dichiarata incostituzionalità della legge nella parte in cui non prevede un terzo genere non può essere sanata con una pronuncia additiva «*because the legislature has several options to correct these violations*». La disciplina, in altri termini, non può essere a rime obbligate e dovrà (*rectius*: dovrebbe) essere discussa dal legislatore.

¹¹⁹ Per alcuni riferimenti a Stati che hanno già introdotto il "terzo genere" o "il genere indeterminato" v. A. D'ALOIA, *Il "terzo sesso"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 26 aprile 2014, ed E. COVACCI, *Transessualismo*, cit., p. 111, nt. 11.

¹²⁰ Cfr. C.M. REALE, *Corte europea dei diritti umani e gender bender*, cit., p. 411, secondo la quale dal Tribunale di Avezzano nella sentenza qui ricordata e dalla Corte di Appello di Bologna (sentenza 22 febbraio 2013) «il terzo genere viene paventato come paradosso logico della recente apertura della Corte costituzionale (prima della Corte di cassazione) alla rettifica del genere anagrafico senza necessità di intervento chirurgico sui genitali».

¹²¹ Cfr. p. 29 della sentenza.

¹²² La Corte euroconvenzionale, pur considerandola non infondata («*n'est pas manifestement mal fondée*»), non è, però, entrata nel merito della questione ritenendo non necessario pronunciarsi su di essa perché assorbita dagli altri capi controversi (cfr. §§ 155 ss.). Non è escluso che vi torni appena possibile.

¹²³ Decisione reperibile in lingua inglese all'indirizzo <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html>

¹²⁴ Per un primo commento alla decisione v. F. BRUNETTA D'USSEAUX, *Intersessualismo e "terzo sesso": la rivoluzione copernicana della Corte costituzionale tedesca*, in *articolo29*, www.articolo29.it, 27 novembre 2017.

L'auspicio è duplice: da un lato, che non si proceda anche in quest'ambito con lo schema della produzione di regole *by judicial network* che spesso conduce all'affermazione di “nuovi diritti” in via giurisprudenziale oltre o contro la legge¹²⁵; dall'altro lato, che il legislatore torni a riprendere sul serio «la riserva di legge» e, con essa, il ruolo che doverosamente è *solo suo o innanzitutto suo*¹²⁶, particolarmente con riferimento alle libertà fondamentali, al fine di evitare che lo sganciamento tra politica e *bios* provochi strutturalmente, proprio nell'ambito della teorica della tutela integrata dei diritti umani su scala europea e universale, «una sorta di soggettivismo di ritorno» che snatura il compito del costituzionalismo volgendolo alla protezione «*sub specie* di diritto soggettivo fondamentale di qualsiasi pretesa soggettiva, qualsiasi bisogno umano, individuale e collettivo, psichico-fisico, biologico»¹²⁷.

In ciò si ritiene che il metodo indicato dalla Corte costituzionale tedesca, che ben si attaglia anche al nostro ordinamento, sia un tassello per evitare che, come osservato da attenta dottrina, risulti oltremodo favorita «l'emancipazione dei diritti dai processi deliberativo-discorsivi di formazione dell'opinione e la loro attrazione nella dimensione giurisdizionale (anche a prezzo di una riduzione della calcolabilità giuridica e di una svalutazione dalle garanzie formal-istituzionali che li presidiano, come la riserva di legge)»: un neo-costituzionalismo «imperniato sul ruolo dominante delle giurisdizioni»¹²⁸.

¹²⁵ Sui rischi dell'assenza di espresse discipline legislative su delicate tematiche bioetiche, v., di recente, le riflessioni di A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, secondo il quale, in conclusione, «i giudici si trovano ad assumere decisioni che acquistano necessariamente valenza politica, ponendosi in sostanza quali interpreti di *mores*, più che delle leggi (...) si tratta di comprendere appieno i pericoli e anche i limiti di un diritto giurisprudenziale che si muova in bioetica nell'assordante silenzio della legge» (p. 154).

¹²⁶ Ciò potrebbe anche comportare la normativizzazione di scelte politico-ideologiche disputabili ma, come ricorda A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 335, «l'alternativa è data dalle diverse visioni ideologiche degli interpreti (Corte costituzionale, Corti europee, giudici ordinari) ciascuno pronto, magari utilizzando strumenti propri di una dogmatica politicizzata e ricorrendo a precedenti sempre più arditi».

¹²⁷ Così A. MORRONE, *Sovranità*, cit., p. 92. In tal senso v. A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 333, secondo il quale «non tutte le aspirazioni dell'individuo devono necessariamente tradursi in situazioni giuridiche e, in ogni caso, non tutte le situazioni giuridiche devono necessariamente avere una copertura costituzionale (...) né tradursi nella tautologia “libertà di volere liberamente”».

¹²⁸ Ancora G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., rispettivamente pp. 30 e 31. Sugli squilibri dei rapporti tra «diritto giurisprudenziale» e «diritto legislativo» a seguito della crisi di sovranità, indirizzo politico e legge v. le recenti riflessioni di A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in *Consulta online*, www.gjurcost.org, 2017, fasc. III, pp. 490 ss.