

La rettificazione di sesso: criticità persistenti*

di Alexander Schuster**
(13 luglio 2017)

Una lobby potente può bloccare i lavori di una commissione parlamentare. Difficilmente riesce ad intercettare la miriade di azioni giudiziarie che, respinte magari dalla gran maggioranza dei magistrati, riescono poi a trovare un giudice dall'orecchio più attento e dalla cultura più aggiornata, o semplicemente più libero da condizionamenti.

Stefano Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, 1992,
pag. 184

ABSTRACT

Questo lavoro preliminare indaga la prassi applicativa dopo le due importanti sentenze del 2015 della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale sulla riattribuzione del genere anagrafico, le quali hanno statuito che l'intervento chirurgico non è una condizione necessaria. Tramite l'analisi di diversi provvedimenti emessi, l'Autore mostra come l'interpretazione della legge n. 164/1982 sia ancora pesantemente influenzata da un approccio patologico e, nella migliore delle ipotesi, medico all'identità di genere. Nonostante spesso si affermi di muovere dalla prospettiva dei diritti fondamentali, i giudici si rifanno quasi esclusivamente alle consulenze mediche e all'aspetto fisico. Così facendo, rifiutano di adottare un approccio rispettoso dell'autodeterminazione e dell'identità personale di ognuno. Lo scritto offre alcuni suggerimenti su come i giudici dovrebbero ricollocare il diritto in gioco in un quadro più ampio e conseguentemente ridefinire gli elementi di prova utili ad accertare l'identità delle persone.

This working paper addresses the law in action after the two leading judgments of 2015 by the Italian Supreme Court and Constitutional Court on legal gender reassignment, when both stated that surgery is not a requirement. By reviewing real judicial orders and judgments, the Author shows how the interpretation of the law no 164/1982 is still heavily influenced by a pathological and at best a medical approach to gender identity. Despite affirming prominently a fundamental rights perspective, judges rely almost exclusively on medical expertise and on physical appearance. They so refuse to take an approach respectful of self-determination and one's personal identity. The paper suggests how judges should reconceptualise the framework of the right at stake and consequently redefine the evidence necessary to ascertain one's identity.

* Il presente scritto è un *working paper* volto *in primis* a dare atto del diritto vivente dopo le due importanti sentenze sulla rettificazione di sesso del 2015. Non è stato agevole recuperare provvedimenti giurisdizionali, nonostante gli inviti rivolti all'associazionismo, anche forense, attivo sul fronte dei diritti delle persone LGBTI. Ne è conseguita una scarsa copertura della prassi nel Sud Italia e nelle isole. La presente riflessione si basa, quindi, su quanto reperito online, sul materiale in procedimenti civili curati dall'Autore e su quanto reso disponibile soprattutto dagli avvocati Cathy La Torre e Francesco Vendola. Un ringraziamento vorrei rivolgerlo altresì agli avvocati Patrizia Fiore, Michele Poté e Alessandra Gracis per aver ognuno segnalato provvedimenti emessi in una pratica di particolare interesse.

SOMMARIO: 1. Le «interventute modificazioni» e la rettificazione di un dato dello stato civile – 2. Il processo di mutamento quale indizio – 3. Caratteri sessuali e identità di genere – 4. Patologizzazione e medicalizzazione – 5. La depatologizzazione medica – 6. L'intreccio patologia e diritto – 7. Da protocollo diagnostico a protocollo giuridico – 8. La medicalizzazione in Cass. 15138/2015 – 9. Sterilità e genitorialità – 10. L'impatto della medicalizzazione sull'accertamento giudiziario – 11. Un processo rispettoso dell'identità di genere: i caratteri sessuali – 12. La novella 'processuale' del 2011 e l'abbandono della doppia fase – 13. Conclusioni

Con la sentenza n. 15138/2015 della Corte di cassazione e la sentenza n. 221/2015 della Corte costituzionale si è affermato chiaramente che nell'ordinamento italiano non è possibile esigere l'intervento medico-chirurgico per la riattribuzione del genere anagrafico. Tali statuizioni non sono state, tuttavia, risolutive della questione attinente alla tutela all'identità di genere. Vi è poi chi non condivide la scelta di fondo dei giudici apicali e trova appigli nelle loro stesse decisioni per persistere in accertamenti in sede processuale che appaiono lesivi della dignità delle persone trans.

Mentre la Corte costituzionale sta decidendo di tre nuove questioni di legittimità proprio su questo tema, pare utile chiedersi quali sia la prassi nei tribunali d'Italia dopo due decisioni così importanti e se non permangano attitudini processuali che risultano lesive di beni giuridici fondamentali. L'auspicio è che il giudice delle leggi voglia finalmente ricondurre in termini espliciti il giudizio in materia di riattribuzione del genere anagrafico al diritto all'identità di genere, abbandonando definitivamente un approccio medicalizzante.

1. Le «interventute modificazioni» e la rettificazione di un dato dello stato civile

La componente chiave ed emblematica della legge n. 164/1982 è situata nel primo comma del primo articolo: «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 interventute modificazioni dei suoi caratteri sessuali». Occorre scindere questo periodo in due parti: la prima, che include il testo da «la rettificazione» a «enunciato nell'atto di nascita», e la seconda, che attiene alle parole «a seguito di interventute modificazioni dei suoi caratteri sessuali». La prima parte è la conseguenza giuridica di un accertamento che è descritto nella seconda parte ed è quest'ultimo l'elemento portante della disposizione.

La prima parte non è in sé specifica a questa norma. Infatti, la rettificazione di un atto contenuto negli archivi dello stato civile è un procedimento ordinario per modificare un atto già formato. Oggi questa procedura è disciplinata in via generale per tutti quei casi che non rappresentano mero errore materiale e che necessitano, quindi, di una pronuncia giudiziale, attraverso il ricorso ai sensi degli artt. 95 ss. del DPR n. 396/2000¹.

Questo rimedio può riguardare anche il dato "sesso" così come enunciato nell'atto di nascita, ma occorre distinguere. È possibile che si sia realizzato un er-

¹ Per la disciplina antecedente, vedi gli artt. 165 e 167 del r.d.l. 9 luglio 1939, n. 1238. Essi «preved[evano] l'eventuale rettificazione di un atto di nascita solo nell'ipotesi di errore materiale ricadente sull'identificazione sessuale della persona, dovuto ad erronea dichiarazione del denunziante, o a errore di scritturazione in cui [fosse] incorso l'Ufficiale di stato civile nella redazione dell'atto», così Corte costituzionale, sentenza 1° agosto 1979, n. 98.

rore materiale nell'immediatezza della formazione dell'atto. Il caso di un *lapsus calami* appare, tuttavia, difficile da ipotizzare, la formazione dell'atto di nascita di regola essendo accompagnata anche dalla attestazione di parto e, di regola, dal riconoscimento da parte di almeno un genitore. Stante anche la norma che impone l'attribuzione di un prenome che rifletta necessariamente il sesso anagrafico, un tale *lapsus* avrebbe difficoltà a persistere fino alla chiusura dell'atto e, semmai ciò comunque accadesse, a fronte di un'attestazione di parto con sesso chiaramente enunciato, il rimedio sarebbe la rettificazione amministrativa quale errore materiale, ai sensi dell'art. 98 DPR 396/2000.

Una situazione diversa è quella della rettificazione per via giudiziaria nel primissimo periodo di vita del minore ai sensi dell'art. 95 ss., la quale attiene a situazioni di minori *intersex*, situazioni che la scienza medica classifica come disordini della differenziazione sessuale. In estrema sintesi, la rettificazione in questi casi riguarda situazioni in cui la scienza medica, pur con parametri e secondo protocolli assai variabili, non universali e oggetto anche di critiche, ritiene di poter offrire una risposta conclusiva su quale debba essere il sesso prevalente dal punto di vista biologico, secondo un'analisi complessa e multifattoriale².

Ciò che caratterizza il primo comma del primo articolo della legge n. 164 non è, quindi, la prima parte del periodo, in quanto la rettificazione di sesso è, in sé e seppur con altri presupposti, conseguibile anche con altri rimedi. Il rimedio specifico di questa legge è caratterizzato dal fatto che esso presuppone che siano «interventive modificazioni dei caratteri sessuali di una persona». Il participio passato appare pleonastico, in quanto nessuno spazio vi sarebbe stato, in caso di omissione, per «non intervenute» o modificazioni «solo potenziali». Forse, con «interventive» si intende veicolare l'idea di «sopravvenute». Quest'ultimo concetto, infatti, porta in sé il necessario mutamento da una condizione in un'istanza zero ad una condizione in un'istanza successiva. Il mutamento come processo e i caratteri sessuali come caratterizzazione della persona in un dato momento sono i due aspetti su cui occorre concentrare l'attenzione.

2. Il processo di mutamento quale indizio

Prima di affrontare la questione sui caratteri sessuali, che si vedrà essere il nodo sostanziale della questione, occorre sgomberare il campo da un fraintendimento: oggetto dell'accertamento non è il processo di modificazione in sé. Questo può assumere una rilevanza nel processo, in quanto noi siamo oggi anche ciò che siamo stati, ma non può assumere una rilevanza maggiore rispetto all'accertamento dei caratteri sessuali, fine ultimo dell'indagine, e la loro discordanza rispetto alle risultanze anagrafiche³.

L'idea di «modificazioni» include necessariamente – per utilizzare un linguaggio scientifico – un momento t_0 e un momento t_1 . Il momento t_0 è, di regola, il mo-

2 Gli esiti di queste valutazioni mediche neonatali troppo spesso conducono ad interventi chirurgici irreversibili anche in assenza di esigenze mediche e, quindi, per finalità puramente estetiche e normoconformative. Peraltro, oramai da tempo anche per la scienza non vi è più un sesso «assoluto», quantomeno se concepito come classificazione unitariamente intesa, giacché la medicina distingue in sesso cromosomico, genetico, gonadico, endocrinologico, morfologico, ecc., per non parlare della classificazione dal punto di vista della dimensione psichica.

3 *Recte*, risultanza nei registri dello stato civile. In adesione alla prassi, che è frutto verosimilmente non di errore, ma di una sorta di metonimia derivata dall'organizzazione degli uffici comunali, che vedono i servizi anagrafici riuniti con i servizi di stato civile, ci si riferirà, seppur impropriamente, all'aggettivo «anagrafico». Sorprende, comunque, l'uso di «anagrafico» per riferirsi al genere quale risultanza dello stato civile si ritrovi oramai anche in un testo legislativo. La legge 20 maggio 2016, n. 76, *L'istituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze*, il cui art. 1, comma 27, parla, infatti, di «rettificazione anagrafica» di sesso.

mento in cui l'ordinamento di stato civile prende atto dell'esistenza di una persona fisica al momento della nascita e nel riconoscerlo nella sua identità di stato civile gli attribuisce, *inter alia*, una delle due opzioni del binarismo di genere che informa il diritto italiano. In questo istante originario ciò che determina il sesso anche per lo stato civile è – di regola – il sesso morfologico, cioè quello che appare all'occhio nudo dell'ostetrica e che sarà riportato anche nell'attestazione di parto. In rari casi è possibile che l'attribuzione clinica sia il frutto di un'indagine più ampia e muova dagli esiti di analisi del cariotipo o di altre caratteristiche: trattasi dei casi menzionati di disordini della differenziazione sessuale. Rimane ferma, comunque, un'attribuzione secondo parametri squisitamente biologici, ovvia essendo l'impossibilità di determinare in questo stadio una identità di genere⁴.

I caratteri sessuali all'istante t_0 , nell'ottica della legge n. 164 non sono l'oggetto dell'accertamento da parte del giudice. Quelle caratteristiche sono un presupposto fattuale da cui origina la domanda di riattribuzione del genere anagrafico, in quanto, se si chiede il riconoscimento come maschio, non può che esservi stata un'assegnazione alla nascita (t_0) come femmina, sì che la diversità fra l'assegnazione alla nascita e l'identità da accertare e tutelare è condizione perché vi sia una modificazione da accertare e un ordine di rettificazione da impartire. Tuttavia, il sesso così come risultante negli archivi dello stato civile è un dato oggettivo che non può essere messo in discussione dal giudice in tale contesto, non essendo la rettificazione *de qua*, seppur così denominata dalla legge, una vera e propria rettificazione di un errore. Il sesso anagrafico emergerà nel processo ad esempio tramite la produzione di copia integrale dell'atto di nascita della persona.

È opportuno segnalare che può darsi il caso di ripensamenti, ovvero di persone che, ottenuta una prima sentenza di riattribuzione del genere anagrafico, ritengano in un momento successivo di chiedere una nuova riattribuzione, la quale, stante il binarismo obbligatorio che informa l'ordinamento di stato civile italiano, non può che significare un ritorno al precedente genere. Anche per questa ragione è importante identificare il dato che contraddistingue l'istante zero con la risultanza anagrafica *sic et simpliciter*, la quale potrebbe, quindi, essere diversa dal sesso biologico o da quello dell'originario atto di nascita.

L'istante t_1 , invece, è quello che deve essere oggetto dell'accertamento del giudice. Non si tratta propriamente di confrontare i due istanti, quanto di "fotografare" solo la seconda situazione. Questo aspetto potrebbe apparire ovvio, ma nel caso di un t_0 di una persona *intersex*, cioè di persone che la medicina considera rientrare nello spettro dei disordini della differenziazione sessuale, si potrebbe essere tentati di ritenere rilevante l'istante originario. Si sarebbe indotti, insomma, a far emergere l'originario genere, di fatto emendando una risultanza anagrafica che apparirebbe dal giudizio non veritiera dal punto di vista biologico. Ciò sarebbe, tuttavia, approccio corretto in un ricorso ex art. 95 DPR n. 396/2000. Per contro, se si accede ad una visione della legge n. 164 come applicabile tanto alle persone trans che *intersex* e, per quanto si dirà poi, all'idea di un ordinamento giuridico che dà rilevanza e riconoscimento al genere e non al sesso (biologico) di una persona, ciò che rileva ed è necessario e sufficiente per il mutamento del dato anagrafico è l'identità di genere, la dimensione psicosessuale, non la condizione biologica della persona.

Concludendo, oggetto dell'accertamento immediato è la condizione della persona all'istante t_1 , quello al momento del processo, non l'anamnesi clinica della

⁴ Con riguardo alla previsione dell'identità di genere, tesi che fornirebbero proiezioni scientifiche su quella che dovrebbe essere l'identità in ragione di certe caratteristiche del feto/neonato rimangono mere ipotesi attualmente dibattute nella comunità scientifica, non essendovi prova di una previsione certa di quale identità sarà maturata.

persona. Le modificazioni che rilevano sono anche e soprattutto quelle psichiche, non solo quelle morfologiche, naturali o indotte che siano. La rilevanza di un'indagine su come si sia giunti alla condizione nell'istante t_1 rileva unicamente nella misura in cui, ricostruendo la nostra storia, definiamo meglio chi siamo oggi, e si giustifica unicamente nella misura in cui tale ricostruzione è utile per meglio descrivere ed accertare l'identità di genere al momento del giudizio. Quest'ultima, come si osserverà, costituisce da un punto di vista probatorio una sorta di fatto ignoto.

La casistica

Tribunale di Trieste, sentenza del 2 marzo 2017⁵

Ciò significa che l'acquisizione di una nuova identità di genere non implica giocoforza un intervento chirurgico per modificare i caratteri primari dell'individuo bensì richiede un processo individuale dal quale, come ricorre nella fattispecie, si possa desumere senza incertezze la serietà della volontà del soggetto al cambiamento irreversibile dei propri caratteri sessuali anatomici.

In questa sentenza il collegio giudicante ha espresso con espressioni condivisibili il punto di vista che deve caratterizzare il giudice: il processo quale percorso da cui desumere, forse potremmo dire quale insieme di indizi da cui presumere la serietà della volontà manifestata, anche se, invero, tale approccio non può essere limitato al cambiamento dei caratteri anatomici. L'accertamento importante e fondamentale che spetta al giudice attiene alla volontà di essere riconosciuti, quantomeno ai fini dello stato civile, come donna o come uomo ed è tale identità che deve essere accertata nella sua genuinità dal giudice.

1. Caratteri sessuali e identità di genere

Già il giudice delle leggi osservava che la nozione di sesso evocata dalla legge n. 184 è da intendersi in un senso ampio, in quanto nozione complessa. Proprio tale complessità ha consentito alla Corte di affermare che il sesso è una grandezza quantitativa e non qualitativa della persona, sì che vi è un *continuum* fra l'essere uomo e l'essere donna, senza cesure nette fra le due identità.

La casistica

Corte costituzionale, sentenza n. 161/1985, Considerato in diritto n. 4

Presupposto della normativa impugnata è, dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando - poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa - il o i fattori dominanti.

In questa considerazione, ancora oggi assolutamente attuale, si accoglie una nozione complessa di sesso che si allinea a quella scientifica di genere. L'uso scientifico del termine genere in questa accezione era stato d'altra parte espressamente registrato già allora dalla stessa Corte, la quale ha comunque preferito

⁵ La giurisprudenza citata, se non diversamente indicato, è inedita.

impiegare il termine «sesso».

Ci si può dispensare dall'elencare esaustivamente la molteplicità di fattori che definiscono il genere di una persona. Basterà osservare, operando per macro-categorie, che, oltre ai fattori di tipo biologico, vi sono quelli di tipo psicologico. Pur nella multidimensionalità del dato, sono questi ultimi ad essere al cuore della legge n. 164 e a dover essere valorizzati dal giudice. Questa prospettiva è stata talvolta enunciata dalla giurisprudenza, ma per lungo tempo negletta o minimizzata in favore di un approccio giudiziale di tipo sanitario-autorizzativo, limitato nell'accertamento agli interventi medici realizzati o comunque alle modifiche del soma.

La casistica

Tribunale di Velletri, sentenza del 2 novembre 2005⁶

Deve essere negata la richiesta di autorizzazione giudiziale al transessuale che, dopo aver ritualmente chiesto ed ottenuto, previo radicale e demolitore intervento medico-chirurgico e plastico, di rettificare il proprio sesso da maschile in femminile, voglia tornare al primitivo sesso maschile (senza, peraltro, sottoporsi ad alcun intervento medico, non avendo avuto alcun sollievo di ordine psicologico ed esistenziale dalla prima rettificazione), nella considerazione che il ricorrente ha ormai acquisito la, pur sofferta, consapevolezza che la propria ambiguità non risiede tanto nel proprio apparato sessuale, quanto, soprattutto, nel proprio vissuto esistenziale e psicologico, e ritenuto, altresì, che ogni ulteriore intervento chirurgico e plastico avrebbe possibilità quasi nulle di successo

Si tratta di una delle rarissime decisioni concernenti i cd. *regretters*, situazioni registrate soprattutto in passato a cagione dei non infrequenti insuccessi degli interventi chirurgici a cui le persone trans volevano – e fino a poco tempo fa, dovevano – sottoporsi. Si può ipotizzare che in futuro con il miglioramento continuo delle tecniche chirurgiche e con un ricorso più consapevole e libero agli interventi, soprattutto ricostruttivi, i casi di “ripensamenti” si ridurranno progressivamente.

La decisione di Velletri non è condivisibile nella misura in cui il ricorrente viene “abbandonato a se stesso”, in quanto – pare leggersi – inevitabilmente «ambiguo» nella sua dimensione psicologica e incapace oramai di “imitare la natura” propria di quel sesso maschile, che chiede risulti allo stato civile. Per quanto si dirà, l'ancoraggio al soma e non alla psiche dei caratteri sessuali condurrebbe a negare in radice la possibilità per persone in queste situazioni di ottenere il riconoscimento della propria identità di genere. Il giudicante ignora, tuttavia, che è la Corte costituzionale stessa ad aver legittimato una nozione di genere nell'ordinamento che impone di rispettare tutti diversi punti del *continuum* in cui una persona si posizionerà. Il dato binario che caratterizza l'ordinamento di stato civile italiano in tutta evidenza impone alla persona di scegliere o il dato anagrafico maschile o quello femminile, *tertium non datur*. Il binarismo giuridico è manicheo e collide con una dimensione continua, fluida del genere. Esso non può imporre alla persona di disconoscere o, ancor peggio, di rinunciare alla dimensione complessa della sua identità, del suo essere.

L'esistenza di una dimensione sessuale di tipo psichico, distinta da quella biologica, è l'assunto, il «presupposto», disse la Corte costituzionale, da cui origi-

⁶ In *Diritto di famiglia e delle persone*, 2006, 1183.

na la legge stessa e che ne informa la finalità: dare a tale dimensione psicosessuale un riconoscimento giuridico. Si tratta di un riconoscimento che, nel 1985, non appare più una concessione frutto della discrezionalità politica del legislatore, così come era stato invece ritenuto pochi anni prima da Corte costituzionale, sentenza n. 98/1979.

Il primario bene giuridico tutelato dalla rettificazione e dalla legge n. 164 è, quindi, il diritto all'identità di genere, «quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)»⁷.

La legge n. 164/1982 realizzò una tappa importante e fu «l'approdo di un'evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento» di questo diritto.⁸ Oggi è necessario compiere un passo ulteriore e situare l'interpretazione della legge in un quadro più ampio, un quadro che muove dalla profonda evoluzione culturale, medico-scientifica, sociale e giuridica che si è realizzata negli ultimi trentacinque anni. La legge, con il senno di poi opportunamente, non ha rinviato a nozioni o categorie metagiuridiche. Così, anche se il dibattito parlamentare e sociale ruotava attorno alla «sindrome» del transessualismo, in nessuna parte le disposizioni parlano di transessualismo, a differenza della legge tedesca che ha preceduto di due anni l'intervento del Parlamento italiano⁹.

Non vi è nel testo nemmeno traccia di alcuna forma di patologizzazione della condizione che deve essere accertata dal giudice. È l'interpretazione che della legge è stata fornita ad averla declinata come una legge sul transessualismo, inteso quale categoria medica. Tale attitudine persiste ancora oggi ed è opportuno fare chiarezza, perché superando l'ottica medicalizzante si riuscirà a posizione il giudizio civile di rettificazione nell'alveo che gli spetta: quello del diritto all'identità personale e, segnatamente, all'autodeterminazione.

3. Patologizzazione e medicalizzazione

La conseguenza pratica più manifesta di un rinvio alla medicina è rappresentata dal fatto che il giudice si è orientato sin da subito verso la psichiatria per accertare le condizioni che – pur variamente intese – devono essere soddisfatte. Imprescindibile per accogliere la domanda appariva, allora, una diagnosi di transessualismo o, negli anni più recenti, di disturbo dell'identità di genere o, ancora più recentemente, di disforia di genere. Tale orientamento persiste. La differenza nella prassi giudiziaria consiste principalmente nell'accettazione di documentazione medica prodotta dalla parte (di strutture sanitarie pubbliche, raramente private o straniere) quale prova sufficiente che esime dal disporre consulenze tecniche.

⁷ Così Corte costituzionale, sentenza n. 221/2015, considerato in diritto 4.1.

⁸ *Ibidem*.

⁹ La legge tedesca del 10 settembre 1980, il cui nome abbreviato è *Transsexuellengesetz*, parla all'art. 1, co. 1, punto 1, di «*transsexuelle Prägung*». La legge svedese, *Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall*, pur oggetto di frequenti modifiche negli anni, non evocava classificazioni mediche precise e pare essere stata, almeno su questo aspetto, di particolare ispirazione per la disciplina italiana.

La casistica: la documentazione medica

Tribunale di Bologna, ordinanza del 27 luglio 2016, ha onerato la parte di produrre documentazione medica proveniente da struttura sanitaria pubblica, non ritenendo idonea documentazione proveniente da strutture private e affermando che in difetto sarebbe stata disposta consulenza tecnica d'ufficio.

Tribunale di Belluno, ordinanza del 30 novembre 2016, ha invece ritenuto sufficiente la certificazione privata, osservando che la persona:

già svolto in Danimarca tutti gli interventi di natura fisica relativi al richiesto mutamento di genere sessuale, tanto che in quel Paese ha già ottenuto il mutamento delle generalità anagrafiche, chiesto anche in questo procedimento; ritenuto che, alla luce della situazione di fatto, appare sufficiente una relazione redatta da un medico specialista italiano scelto dalla parte, la quale attesti che il ricorrente manifesta una psicosessualità nettamente maschile e che tale carattere può considerarsi stabile e non transitorio.

Al di là di quale sia lo spazio di rilevanza probatoria da riconoscersi alla scienza medica, appare illegittimo pretendere certificazioni solo di strutture sanitarie pubbliche (con esclusione di quelle convenzionate), tenendo in non cale referenziazioni liberoprofessionali. Infatti, non è possibile formulare paradigmi astratti e ogni produzione documentale dovrà essere calata nel contesto specifico del processo.

Ciò che avviene è che centri pubblici specializzati, con rigorosi protocolli interni, forniscono spesso cartelle cliniche che soddisfano le esigenze dei giudici, i quali conoscono e di regola giudicano sufficienti gli esiti descritti da centri "noti" per la loro prossimità geografica e al cui giudizio si rimettono. Tuttavia, chi a tali centri non si rivolge, ad esempio perché non ne condivide i protocolli terapeutici, pur a fronte di idonea documentazione medica alternativa, si vede imposta una consulenza tecnica d'ufficio, spesso d'équipe.

4. La depatologizzazione medica

Questa prassi di rinviare necessariamente – e fin troppo sovente, esclusivamente – ad evidenze cliniche, spesso formate da consulenti nominati d'ufficio, oggi non è più giustificabile. La scienza psichiatrica internazionale ha oramai depatologizzato le persone trans (DSM 5, così come ICD-11-beta, ovvero l'attuale bozza in fase avanzata di approvazione). In termini assai semplici, la persona trans non è più considerata per ciò stesso malata. Questa può necessitare di supporto ed assistenza a causa della situazione sociale in cui vive, da cui discende un disagio psichico, uno stress. La dimensione patologica e il supporto terapeutico non è *in re ipsa*, ma è un portato del contesto sociale stigmatizzante. La patologia è esogena, indotta, non endogena all'essere trans.

Gli importanti progressi sociali e culturali favoriscono una sempre maggiore inclusività e un crescente rispetto per la dignità di tutte le persone. Sta avvenendo per le persone trans quanto è già avvenuto per le persone omosessuali¹⁰. Si riconobbe la condizione omosessuale dapprima in un'ottica patologica, ritenendo insito un disagio psichico. Quindi, allo psichiatra si sostituì lo psicologo, poiché non vi

10 Sulla depsiatriizzazione dell'omosessualità v. J. Drescher, *Out of DSM: Depathologizing Homosexuality*, in *5 Behavioral Sciences* 565–75 (2015).

era più una caratterizzazione patologica e la persona poteva beneficiare di un supporto per gestire le difficoltà di un orientamento, di una identità mal tollerati dalla società. Anche grazie ad una comprensione sempre più precoce del proprio orientamento o della propria identità, ancor prima dell'adolescenza, la persona sviluppa maggiori capacità di resilienza per affrontare una società che, comunque, risulta sempre più accogliente. Il supporto dello psicologo diviene così eventuale e ricorre in un numero sempre decrescente di casi individuali. Si realizza una sorta di "normalizzazione" rispetto al vissuto proprio dell'orientamento sessuale prevalente.

Analogo percorso storico sta coinvolgendo anche le persone trans, le quali vivono sempre più la propria identità sin dalla prepubertà raggiungendo con l'adolescenza un proprio benessere. Le persone si ispirano sempre meno a modelli predefiniti (l'operazione chirurgica per avvicinarsi il più possibile all'uomo o alla donna *cis-gender*, ovvero biologicamente tale), crescono, sviluppano ed accettano equilibri variabili fra soma e psiche, rigettando visioni stereotipate dei due generi, fino a collocarsi talvolta fuori da ogni modello binario.

La scienza medica rivede le proprie categorie, le proprie interpretazioni della realtà, da ultimo, i propri protocolli terapeutici. Si giunge oggi, così, a ciò che viene definita la depatologizzazione, che si rispecchia anche nelle classificazioni autorevoli più recenti. Il Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM) 5, il manuale statistico diagnostico delle malattie mentali adottato negli Stati Uniti¹¹, parla ora di disforia di genere (*gender dysphoria*). In fase di revisione da alcuni anni è l'International Classification of Diseases (ICD), la Classificazione internazionale delle malattie adottata dall'Organizzazione mondiale della sanità. La nuova edizione, l'undicesima, che succederà a quella del 1990, dovrebbe essere licenziata nel 2018. La versione attualmente in vigore è stata rivista più volte, anche con riguardo all'originaria classificazione di «transessualismo» (F64.0) e l'attuale ICD 10 ha favorito la categoria dei «disturbi dell'identità di genere»¹². L'attuale versione beta dell'ICD 11 propone la nozione di «incongruenza di genere».

Non si tratta di mere questioni terminologiche, in quanto il cambio nella denominazione è sempre la conseguenza di un nuovo inquadramento teorico, il quale comporta a sua volta l'adozione di nuovi protocolli. L'evoluzione dagli anni Sessanta del secolo scorso ad oggi è bene esemplificata dalle seguenti tabelle riguardanti rispettivamente la classificazione internazionale e quella statunitense.

11 Disponibile online (a pagamento)
<http://dsm.psychiatryonline.org/doi/book/10.1176/appi.books.9780890425596>

12 L'ultima revisione dell'ICD 10, disponibile al seguente URL <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/F64> include la macrocategoria dei disturbi dell'identità di genere, così definiti: «A disorder characterized by a strong and persistent cross-gender identification (such as stating a desire to be the other sex or frequently passing as the other sex) coupled with persistent discomfort with his or her sex (manifested in adults, for example, as a preoccupation with altering primary and secondary sex characteristics through hormonal manipulation or surgery)». All'interno di questa categoria si colloca il transessualismo: «F64.0 Transsexualism. A desire to live and be accepted as a member of the opposite sex, usually accompanied by a sense of discomfort with, or inappropriateness of, one's anatomic sex, and a wish to have surgery and hormonal treatment to make one's body as congruent as possible with one's preferred sex.»

L'evoluzione medica della disforia di genere nell'ICD e nel DSM¹³

Table 3. Gender dysphoria diagnoses in ICD.

Time period for use in Sweden	ICD version	Chapter: Parent category:	Diagnostic name
1969-1986	ICD-8 (WHO 1967)	Chapter: Psychiatric Parent category: Sexual deviation	302.3 Transvestitism
1987-1996	ICD-9 (WHO 1978)	Chapter: Psychiatric Parent category: Sexual deviation	302.3 Transvestism 302.5 Transgender-sexualism ¹
1997-on-going	ICD-10 (WHO 1992)	Chapter: Psychiatric Parent category: Gender Identity Disorder	F64.0 Transsexualism F64.1 Dual role transgender-vestism ² F64.2 Gender Identity Disorder of childhood ² F64.8 Other gender identity disorders F64.9 Gender Identity Disorder unspecified
2018 planned	ICD-11 proposed (Reed 2016)	Chapter: Conditions related to sexual health	Gender incongruence in adolescent or adults Gender incongruence in children

¹ Not used in Swedish version of ICD 9. ² Not used in Swedish version of ICD 9 since January 1, 2009.

Table 4. Gender dysphoria diagnoses in DSM.

Year	DSM version	Section	Diagnostic name	Specifiers	Exclusion criteria
1980	DSM-III	Psychosexual disorders	302.5x Transsexualism 302.6 Gender Identity Disorder of Childhood (GIDC) 302.85 Atypical gender identity disorder	Sexual orientation	Disorder of sexual development /intersex Schizophrenia

13 Tratta da C. Dhejne, *On Gender Dysphoria, Tesi di laurea*, Dep't of Clinical Neuroscience, Karolinska Universitet, Stockholm, 2017, p. 18.

1987	DSM-III-R	Disorders usually first evident in infancy, childhood or adolescence	302.50 Transsexualism 302.60 GIDC 302.85 Gender Identity Disorder of Adolescence or Adulthood, Nontranssexual Type (GIDAANT) 302.85 Gender Identity Disorder Not Otherwise Specified (GIDNOS)	Sexual orientation	0
1994	DSM-IV and DSMI-VTV	Sexual and gender identity disorders	302.85 Gender Identity Disorder in adolescents or adults (GID) 302.6 GIDC 302.6 Gender Identity Disorder Not Otherwise Specified (GIDNOS)	Attracted towards males, females, both, neither, unspecified	Disorder of sexual development/intersex for GID but not for GIDNOS
2000	DSM-5	Gender dysphoria	302.85 Gender Dysphoria in adolescents or adults 302.6 Gender Dysphoria in children 302.6 Other unspecified gender dysphoria 302.6 Unspecified gender dysphoria	Post-transition With or without disorder of sexual development	0

5. L'intreccio patologia e diritto

L'evoluzione delle scienze mediche ha inciso indirettamente sulla prassi giudiziaria. Il processo di riattribuzione, così come concepito inizialmente dalla legge n. 164, s'intrecciava espressamente con la medicina in tre punti precisi. Il primo riguarda la previsione di una consulenza psicosessuale, la quale era da intendersi come diagnosi psicosessuale, ovvero diagnosi di versare in una condizione transessuale. Si tratta di un dato che è squisitamente psichiatrico. Nel tempo la diagnosi è mutata in ragione della denominazione della condizione patologica, ma nella sua essenza il rinvio operato dal legislatore è rimasto immutato. Il secondo punto attiene all'autorizzazione all'intervento medico-chirurgico, autorizzazione giudiziale di un intervento che dovrebbe, invero, involgere aspetti di natura squisitamente medica e che già Corte costituzionale, sentenza n. 161/1985, riconosceva avere finalità eminentemente terapeutica e, quindi, essere in sé lecito. Un terzo punto saldava questo "dialogo" fra diritto e medicina: la struttura bifasica del processo. L'effettuazione di un intervento medico diveniva condizione da verificarsi per concedere l'ordine di rettificazione all'ufficiale di stato civile.

Questo legame fra diritto e medicina si ritrova sin dall'emergere della questione trans. Si pensi alla prima sentenza di un giudice svizzero che accordò la rettificazione e alla prima chirurgia ricostruttiva tentata in Germania (e non in Danimarca, come erroneamente suggerito da una recente pellicola cinematografica)¹⁴: due eventi pressoché coevi e indice di una riflessione europea che si muoveva in parallelo su entrambi i binari. È però prima di tutto l'emergere di un riconoscimento medico dell'identità di genere a informare la rappresentazione del fenomeno nella società.

Il diritto appare per lo più recettivo della dimensione terapeutica e meno di quella identitaria. Ne consegue che la legislazione fino a tempi recenti richiama necessariamente la dimensione medica e di fatto ne subisce l'influenza. Per il giudice – questa l'interpretazione che ha determinato una prassi che persiste nei tribunali italiani – la rettificazione presuppone un giudizio medico, il quale può essere acquisito al processo per il tramite di una consulenza d'ufficio o, nel migliore dei casi, tramite la produzione di certificazione da parte di terzi, di regola autorità sanitarie pubbliche, assai raramente soggetti privati.

Si può riassumere questa impostazione nei seguenti termini. Il diritto riconosce le persone trans in quanto soggetti affetti da una patologia, il transessualismo, seppur la legge non faccia menzione di tale condizione. Il medico non può tutelare il benessere della persona con l'operazione senza un intervento autorizzatorio del giudice. Il giudice non può tutelare il benessere della persona con la rettificazione se non quale tassello di un mosaico in cui i contorni e i tratti portanti non possono che essere di natura medica e terapeutica. Il diritto e la medicina s'intrecciano indissolubilmente e lo *iudex peritus peritorum* di fatto si vincola al giudizio medico. Ne consegue che solo quando la scienza medica rilascerà la "diagnosi" e solo quando confermerà che il percorso terapeutico (coincidente con la "fase di transizione") è concluso, allora il giudice suggellerà il tutto con la rettificazione.

6. Da protocollo diagnostico a protocollo giuridico

Il problema che si pone oggi deriva dalla constatazione che, se la scienza medica internazionale ha svolto passi avanti importantissimi, non altrettanto si può dire per il diritto di molti Paesi. I protocolli di cura degli anni Novanta sono in aperto contrasto con gli esiti a cui è pervenuta l'attuale comunità scientifica internazionale. Si pensi solo al *real-life test*, che non solo non ha una durata predeterminata nell'ordine di anni, ma è divenuta fase del tutto eventuale.

L'evoluzione del diritto tedesco

Fra le condizioni originariamente previste dalla legge tedesca del 1980 per la riattribuzione del genere anagrafico (*große Lösung*) vi erano:

1. rispetto delle condizioni di cui all'art. 1, co. 1, da n. 1 a 3, ovvero: la condizione transessuale con identificazione con l'altro sesso e un *real-life test* di almeno tre anni, un'alta probabilità di non voler ritornare all'altro sesso, nonché condizioni attinenti alla cittadinanza della persona.
2. non essere sposati

¹⁴ Per l'evoluzione storica corretta si rinvia a F. Pfäfflin, *Transgenderism and transsexuality: Medical and psychological viewpoints*, in JM Scherpe (cur.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, Antwerp, 2015, pp. 9 ss.

3. essere permanentemente sterili
4. essersi sottoposti ad un'operazione chirurgica sugli organi sessuali esterni, così da aver realizzato un significativo avvicinamento all'apparenza dell'altro sesso

Oggi, dopo non pochi interventi della Corte costituzionale federale, questi requisiti sono stati dichiarati sostanzialmente incostituzionali e la legge è stata in parte novellata¹⁵.

Un esempio significativo dell'evoluzione che hanno subito i protocolli diagnostici riguarda il requisito della «esclusione di patologie psichiatriche o di transessualismo secondario ad altri disturbi della personalità» o che possono inficiare la capacità di identificazione di genere della persona, presenti in molti quesiti analitici rivolti ai consulenti del giudice. Trattasi di un elemento non più presente negli accertamenti diagnostici della manualistica attuale, ma che, versato in un processo, pare suggerire che le persone trans siano presunte incapaci di intendere e volere la propria identità di genere, sì che preliminarmente si dovrà verificare che abbiano tale capacità. Solo allora l'ordinamento le "ascolterà" (ma, come si dirà, anche la fase di ascolto è da certi giudici rimessa al consulente). In Italia si registrano protocolli risalenti, non aggiornati, che tuttavia sono richiamati dai consulenti nominati d'ufficio, non sempre con esperienza del settore. Così, condizioni, tappe e tempistiche desuete sulla fase di transizione rivivono nel processo, con un giudizio medico patologizzante che acquista i crismi del diritto della Repubblica italiana.

La casistica

Si considerino questi criteri enunciati quindici anni fa per diagnosticare la condizione transessuale:

Diagnostic criteria for Transsexualism, F64.0, ICD-10 (World Health Organization 1992):

1. *A desire to live and be accepted as a member the opposite sex, usually accompanied by a sense of discomfort, or inappropriateness of, with one's anatomic sex and wish to have hormonal treatment and surgery to make one's body as congruent as possible with the preferred sex.*

2. *The transsexual identity should have been persistently present for at least 2 years.*

3. *It should not be symptom of another mental disorder or associated with any intersex, genetic or chromosome abnormality.*

Li si confronti con i seguenti quesiti rivolti nei mesi recenti a CTU¹⁶:

*se X presenti eventuali alterazioni della sfera cognitiva, ideativa ed affettiva tali da menomare od interferire con le sue capacità critiche, di giudizio e di scelta in ordine alla richiesta di rettificazione degli atti anagrafici oggetto del ricorso*¹⁷

¹⁵ Quanto alle condizioni di cui al punto 1, vedi BVerfGE v. 16.3.1982 I 619 - 1 BvR 938/81, quanto a quelle di cui ai punti 3 e 4 v. BVerfGE v. 11.1.2011 I 224 - 1 BvR 3295/07. La condizione al punto 2 è stata dichiarata incostituzionale con BVerfGE v. 27.5.2008 121 - 1 BvL 10/05 - 121, 175, e poi abrogata con il *Gesetz zur Änderung des Transsexuellengesetzes vom 17. Juli 2009*.

¹⁶ Tribunale di Como, verbale di udienza giuramento CTU del 22 marzo 2017, nonché Tribunale di Milano, IX sez., ordinanza istruttoria del 15 dicembre 2016.

¹⁷ Tribunale di Vicenza, verbale del 6 dicembre 2016.

se siano escluse patologie psichiatriche di copertura o transsessualismo secondario ad altri disturbi della personalità¹⁸

Requisiti diagnostici di protocolli oramai vetusti riemergono ancora nelle perizie stesse redatte dai consulenti tecnici nominati d'ufficio, i quali talvolta non hanno significativa, per non dire alcuna, esperienza in materia di disforia di genere.

Tribunale di Modena, sentenza del 20 ottobre 2015, richiama i protocolli scientifici adottati dalla consulenza per valutare l'autorizzazione all'intervento chirurgico:

età superiore ai 18-21 anni; assenza di precedenti legami matrimoniali, ad eccezione di quelli legalmente annullati o estinti; assenza di pendenze penali; assenza di espressioni cliniche di sindromi psicotiche o depressive, di alcoolismo o di ritardo mentale; almeno 1 o 2 anni di vita sociale condotta in base ai canoni previsti per il sesso di genere opposto a quello biologico; almeno 1 o 2 anni di terapie correttive.

Ne emerge la evidente incompatibilità delle condizioni ivi indicate, quand'anche scientificamente difendibili, con i diritti fondamentali. Si pensi soltanto al requisito dell'età, del tutto assente – a differenza della legge tedesca e anche di altre – dalla legge n. 164, oppure alla incomprensibile rilevanza di precedenti penali o di situazioni di alcoolismo in quanto tali.

Tribunale di Torino, consulenza tecnica d'ufficio, con controsservazioni a CTP, di data 24 maggio 2017, così richiama i protocolli di riferimento:

Il protocollo di intervento del CIDIGEM prevede:

I fase: valutazione psicodiagnostica: durata minima 6 mesi . . .

Fase II, Real Life Test durata minima 12 mesi. . . .

Fase III. Nuova valutazione psichiatrica, nuova valutazione dell'equipe multidisciplinare Proseguono sedute psicoterapiche settimanali, visite endocrinologiche e ulteriore vista finale congiunta fra psichiatra ed endocrinologo un mese prima dell'intervento chirurgico di rassegnazione del sesso. . . .

È tuttavia necessario ai fini della presente consulenza inquadrare un'evidente contraddizione nel vissuto sessuale del periziando/a tra rifiuto dell'intervento chirurgico correttivo dei caratteri sessuali fisici (con conseguente mantenimento di attributi maschili) ed affermazione molto sottolineata ed enfaticata di un funzionamento emotivo e simbolico di tipo strettamente femminile.

L'ulteriore problema che si pone è che, mentre la scienza depatologizza, il diritto, quand'anche – nella migliore delle ipotesi – partecipa di questa depatologizzazione a livello di CTU o documentazione medica, comunque non recide il cordone ombelicale che lo vuole legato alla scienza medica (psichiatrica, chirurgica, genetica, endocrinologica). Ciò significa che il diritto continua a guardare alle persone trans tramite le lenti della medicina. Si tratta di ciò che si può definire non più la patologizzazione, bensì la medicalizzazione del diritto all'identità di genere. Le conseguenze sono duplici: il permanere di un paradigma medico e l'obliterazione nell'iter processuale del diritto fondamentale all'identità di genere.

¹⁸ Tribunale di Milano, ordinanza del 15 dicembre 2016.

7. La medicalizzazione in Cass. 15138/2015

Come spesso succede quando vi sono crittotipi a matrice antropologica, la medicalizzazione della condizione trans non è espressamente indicata quale approccio del diritto all'identità di genere. Anzi, essa apparirebbe orizzonte lontano stando all'esordio dei ragionamenti giuridici, che muovono sempre dai diritti fondamentali della persona trans. Ne è un esempio emblematico la sentenza della Corte di cassazione n. 15138/2015. Questa prende le mosse in maniera del tutto condivisibile da una ricostruzione del diritto all'identità sessuale iscritto nell'art. 2 della Carta repubblicana, così come già affermato da Corte costituzionale nella sentenza n. 161/1985. In tal senso, la Suprema Corte afferma chiaramente che per rispondere alla domanda attorno alla necessaria condizione di sterilità per accordare la rettificazione è «sufficiente procedere ad un'interpretazione di ess[a] che si fondi sull'esatta collocazione del diritto all'identità di genere all'interno dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuiscono allo sviluppo equilibrato della personalità degli individui».

Senonché, a questa osservazione del tutto condivisibile segue un'associazione con il paradigma medico, la Prima sezione ritenendo comunque «ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica». I criteri di accertamento devono essere derivati, quindi, dalla medicina e dalla psicologia. La Suprema Corte parla sì di un «momento conclusivo» che «non può che essere profondamente influenzato dalle caratteristiche individuali», che «non può in conclusione che essere il frutto di un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso», aggiunge, però, che esso è «realizzato mediante i trattamenti medici e psicologici necessari, ancorché da sottoporsi a rigoroso controllo giudiziale». Il vivere come persona trans e il percorso individuale sono puntualmente associati al parallelo percorso medico, soprattutto psicologico, quasi questo fosse ineludibile.

Nel contempo, il diritto secondo l'impostazione originaria del 1982 mantiene una sorta di superiorità rispetto alla medicina, poiché autorizza gli interventi. Più in particolare questi, se nel dettato legislativo, come anche della novella del 2011, sono circoscritti agli «interventi medico-chirurgici», nelle parole della Corte pare addirittura che l'autorizzazione giudiziale si estenderebbe anche a quelli «psicologici» e a quelli «medici», non meglio precisati, sì che parrebbero inclusi anche i trattamenti di natura endocrinologica. Trattasi di un'evidente *déravage*, perché non solo ciò aggraverebbe l'accesso alle cure delle persone trans, ma tale approccio parrebbe ignorare completamente il problema di costituzionalità che pone un'autorizzazione giudiziale per un intervento chirurgico con finalità esclusivamente terapeutica. Infatti, la valutazione di ammissibilità non può che competere – in via esclusiva – alla classe medica nel quadro dell'alleanza medico-paziente. Trattasi di un *unicum* ordinamentale irragionevole e discriminatorio.

Se la Cassazione con la richiamata sentenza rimuove l'intervento chirurgico come condizione *sine qua non*, essa ha premura, tuttavia, di precisare che il quadro processuale rimane comunque intimamente connesso alla prospettiva medicalizzante. Infatti, «il riconoscimento giudiziale del diritto al mutamento di sesso non può che essere preceduto da un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta».

Quasi in guisa di sintesi, la Corte compendia il proprio ragionamento nei seguenti termini: «L'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto

di un processo individuale che non . . . postula la necessità [dell'intervento chirurgico], purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale.»

Un quadro clinico chiaro, per la Corte di cassazione, è elemento ineludibile. Oggetto del rigoroso accertamento diviene tutto ciò che consenta di concludere per la serietà, la univocità, l'irreversibilità personale, l'approdo finale della scelta. Occorre, ad ogni buon conto, evidenziare l'importante sforzo ermeneutico della Suprema Corte, la quale era ben consapevole della resistenza da parte di molti giudici di merito – benché sempre di meno dopo l'“effetto domino” della sentenza del Tribunale di Rovereto del 3 maggio 2013, su cui in appresso – ad accettare una rettificazione senza una sterilizzazione irreversibile o senza addirittura interventi ricostruttivi. L'insistenza evidente della Corte sul rigore nell'accertamento sembra quasi voler vincere la loro resistenza rassicurandoli che comunque lo scenario prefigurato dalla sentenza non è quello di un “giudice-notaio” che meramente raccoglie una dichiarazione, ma di un giudice che è autorizzato, quasi incoraggiato a disporre tutte le misure necessarie per dissipare ogni proprio dubbio.

La Corte costituzionale, nella sentenza successiva n. 221/2015 fa proprio l'approccio della Cassazione, senza soppesarne *funditus* l'impatto sui diritti fondamentali e sull'autodeterminazione. Afferma, infatti, con corralità testuale: «Rimane così ineludibile un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo».

8. Sterilità e genitorialità

La Corte si esprime sull'intervento chirurgico, non sulla sterilità quale condizione. Non è questione di poco momento, poiché questa può essere raggiunta anche senza alcuna operazione. Infatti, le terapie ormonali determinano tale condizione, anche se questa non può considerarsi secondo le ricerche più recenti irreversibile, potendosi con l'interruzione della terapia endocrinologica riacquisire una capacità gonadica spesso sufficiente, pur con accorgimenti, a generare gameti tanto maschili quanto femminili idonei alla riproduzione¹⁹.

Sebbene la legge non faccia menzione alcuna della sterilità, a differenza della legge tedesca, essa alberga tuttora, anche dopo le sentenze del 2015, nell'approccio dei giudici. Si registra del pari un interesse alla funzionalità degli apparati riproduttivi. È evidente ciò che accomuna l'interesse del giudice ad accertare aspetti come la spermatogenesi, la capacità erettile, la produzione ovocitaria: que-

19 Fu proprio questa considerazione medica a offrire al Tribunale di Roma, nei primi casi a cominciare dal 1997, l'argomentazione per accordare la rettificazione anche in assenza di intervento demolitivo. Tuttavia, il successivo emergere nella letteratura scientifica di una reversibilità della sterilità endocrinologicamente indotta potrebbe aver condotto il medesimo giudice a non accordare più la rettificazione se non in presenza di un'asportazione degli organi sessuali. Si veda Tribunale di Roma (Pres. Crescenzi, est. Galterio), sentenza del 18 luglio 2014, inedita, avente ad oggetto una persona che aveva certificato una terapia ormonale in essere da anni. Questa ha visto la domanda di rettificazione rigettata perché ad avviso del collegio «non può tuttavia prescindere dall'intervenuta asportazione degli organi riproduttivi che per una persona di sesso maschile, quand'anche si possa prescindere dalla completa asportazione o trasformazione del pene in vagina, comporta in ogni caso la rimozione dei testicoli o almeno l'interruzione delle vie riproduttive (ovverosia dei cd. “dotti deferenti” veicolanti gli spermatozoi) attraverso l'intervento di vasectomia». Fortunatamente, i precedenti isolati del tribunale capitolino, che dal 1997 non avevano fatto breccia altrove e che nel 2014 erano stati rinnegati, nel 2013 trovarono finalmente un seguito in Tribunale di Rovereto, sentenza del 3 maggio 2013, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* 2013, 1117 con nota di Bilotta, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, la cui notorietà mediatica determinò in tutta evidenza un effetto domino, con sempre più tribunali favorevoli ad un'interpretazione rispettosa dell'autodeterminazione delle persone trans.

sto interesse è verso la genitorialità. Questa è indagata nella sua dimensione biologica²⁰, senza peraltro considerare che, se questo fosse un legittimo profilo di rilevanza sostanziale e processuale, allora si dovrebbe indagare anche l'eventuale crioconservazione di gameti o tessuto ovarico. Trattasi di facoltà che i comitati etici delle cliniche italiane hanno ritenuto già anni addietro legittima, pur evitando di esprimersi sull'uso che poi la persona potesse legittimamente fare dei gameti crioconservati antecedentemente all'intervento demolitivo.

La casistica

Azienda Ospedaliera "Ospedale Policlinico Consorziato" di Bari, Comitato etico indipendente locale, parere di data 26 settembre 2012:

in relazione alla nota . . . relativa a: - Conservazione dei gameti da parte di transessuali, prima dell'intervento di riassegnazione chirurgica del sesso

ha deliberato, a maggioranza, quanto segue:

Prende atto, non rilevando elementi ostativi per quel che attiene la conservazione dei gameti in base a quanto previsto dalla normativa vigente.

Rispetto ad un loro eventuale utilizzo, lo stesso dovrà essere conforme a quanto previsto dalla normativa italiana e debitamente autorizzato dalle Autorità Competenti.

I quesiti posti d'ufficio ai consulenti tecnici sono eloquenti del favore che la medicalizzazione gode da parte di certe componenti dell'autorità giudiziaria, poiché i protocolli medici conducevano la persona trans a sottoporsi ad un intervento che la privava irreversibilmente della capacità riproduttiva. Oggi l'operazione è un'eventualità anche del percorso medico e non può più essere imposta dal giudice quale condizione per la riattribuzione del genere anagrafico. Emerge, però, quale conseguenza un interesse del diritto per la condizione di sterilità. La preoccupazione latente si manifesta talvolta *expressis verbis*: la prospettiva che la persona trans diventi genitore biologico con il sesso originario, ma giuridicamente con il genere anagrafico. L'indagine sui presupposti, se non direttamente sul desiderio di genitorialità, non può non evocare le illegittime domande poste dai datori di lavoro alle aspiranti lavoratrici, domande che tanto hanno segnato – e tuttora segnano – la discriminazione di genere in Italia. Legittimare queste domande nei processi di rettificazione «finirebbe per rendere inefficace la tutela della persona trans ed ostacolerebbe la piena attuazione della "fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi quanto al diventare genitori e formare una famiglia"»²¹.

²⁰ Quanto alla genitorialità adottiva, la potenziale idoneità della persona trans fu già riconosciuta da Tribunale per i Minorenni di Perugia, sentenza del 22 luglio 1997, in *Rassegna giuridica umbra*, 1997, 728; *Diritto della famiglia e delle persone*, 1998, 593, nonché Corte d'appello di Perugia, sentenza del 25 febbraio 1998, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 1628 nota di Morani. Si veda anche, quanto all'imprevedibilità di un'inidoneità in sé del genitore trans all'affido e ai contatti con il minore, Corte Edu, *P.V. c. Spagna*, ric. n. 35159/09, § 30, decisione del 30 novembre 2010.

²¹ Adattando quanto già affermato in Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, in riferimento alla coppia. Confronta anche Corte di cassazione, Sez. lavoro, sentenza del 3 luglio 2015, n. 13692, che ha ribadito il suo precedente orientamento espresso nella sentenza del 6 luglio 2002 n. 9864: «la condotta della lavoratrice gestante o puerpera, la quale - al momento dell'assunzione al lavoro con contratto a tempo determinato - non porta a conoscenza del suo stato il datore di lavoro, non può in alcun caso concretizzare una giusta causa di risoluzione del rapporto lavorativo e, più specificamente, la "colpa grave" prevista dalla

La casistica

Tribunale di Vicenza, verbale del 6 dicembre 2016

Il CTU accerti . . . la natura e le conseguenze, a livello estetico e funzionale, dei trattamenti medici

Tribunale di Milano, ordinanza del 15 dicembre 2016

se siano tuttora presenti caratteri sessuali secondari maschili e se siano funzionanti gli organi riproduttivi maschili

Tribunale di Como, decreto del 5 ottobre 2016

ritenuta altresì la necessità che la ricorrente depositi documentazione medica aggiornata (con traduzione asseverata in lingua italiana), in particolare dello specialista endocrinologo, relativa agli effetti – allo stato – della terapia ormonale con particolare riguardo alla di lei possibilità/capacità riproduttiva tipica del genere femminile

Tribunale di Como, verbale del 22 marzo 2017

Dica il CTU . . . se . . . siano attivi i suoi organi riproduttivi; dica che possibilità ci siano di fertilità in caso di interruzione delle terapie in atto e descriva l'atteggiamento della parte rispetto alla questione riproduttiva;

In verità, non residua alcun dubbio in merito al fatto che non solo sia illegittimo ritenere necessaria un'operazione, ma anche una condizione di sterilità. Del pari, non si può in nessuna maniera considerare pertinente un'indagine sul desiderio di divenire genitore. Quanto registrato nella prassi ancora attuale pare il retaggio della tradizione interpretativa che è stata espressamente rigettata dalla Cassazione. La dimensione riproduttiva e la parallela dimensione genitoriale non sono elementi dirimenti per la tutela dell'identità di genere, la quale deve rappresentare l'elemento centrale dell'apprezzamento del giudice. Ciò avverrà quando si supererà l'impostazione attualmente dominante in punto accertamento.

9. L'impatto della medicalizzazione sull'accertamento giudiziario

La Prima sezione della Cassazione, pur muovendo nel suo ragionamento dal diritto fondamentale all'identità personale e all'autodeterminazione, non valorizza la persona quale soggetto che deve essere ascoltato, che ha una storia da rappresentare ad un giudice, che ha una scelta da affermare e descrivere. Un interrogatorio libero della parte, con il suo portato personale di storia personale, di vissuto, di relazioni sociali, di identità personale da affermare personalmente, è completamente trascurato quale importante elemento del compendio probatorio.

La Cassazione, dopo un esordio in linea con l'inquadramento offerto dalla Corte costituzionale sin dal 1985 e con la riflessione internazionale sul riconoscimento giuridico dell'identità di genere quale diritto umano, restringe nel prosieguo

L. n. 1204 del 1971, art. 2, comma 3, lett. a), atteso che un siffatto obbligo di informazione - che, peraltro, non può essere desunto dai canoni generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. o da altri generali principi dell'ordinamento - finirebbe per rendere inefficace la tutela della lavoratrice madre ed ostacolerebbe la piena attuazione del principio di parità di trattamento, garantito costituzionalmente e riaffermato anche dalla normativa comunitaria (Direttive CEE n. 76/207 e 92/85)».

l'autodeterminazione collocandola nuovamente in un'ottica medicalizzante. Infatti, la sentenza n. 15138 pare suggerire che, immutata l'impostazione precedente, il *novum* nomofilattico sarebbe circoscritto all'autodeterminazione in ambito medico-chirurgico. Per la Corte l'autodeterminazione deve essere rispettata, senza che il suo esercizio possa precludere l'accoglimento della domanda di rettificazione. Tuttavia, essa è rispettata, ma nel contesto de «l'intreccio tra autodeterminazione e ricorso a trattamenti medico-psicologici che accompagna il percorso di avvicinamento del 'soma alla psiche'». Questo intreccio non ha più alcuna ragion d'essere.

Il processo ancora oggi corre sul binario della medicina e non del diritto fondamentale all'autodeterminazione, cioè ad essere liberamente se stessi, ad essere riconosciuti e accettati dallo Stato per ciò che si è, per la propria identità di genere. Nella prassi, il diritto vivente associa la rettificazione di sesso al benessere psico-fisico della persona, quindi, all'art. 32 Cost. più che all'art. 2 Cost. Si può ipotizzare che i giudici si vedano più come coloro che apportano, con l'ordine all'ufficiale di stato civile di rettificare sesso e prenome, un tassello ad un percorso terapeutico, quello tipico di una condizione clinica, il disturbo dell'identità di genere. Essi si vedono meno come coloro che devono garantire in concreto il diritto all'identità di genere di cui ciascuno deve godere quale diritto inviolabile della persona.

Questa persistente medicalizzazione del diritto all'identità di genere non consente di porlo su un binario separato rispetto alla medicina, che nelle more ha dismesso la visione patologica dell'essere persona trans. Le conseguenze processuali sono evidenti nella prassi di molti tribunali. Il dispositivo non accerta le «interventive modificazioni dei caratteri sessuali» in senso femminile o in senso maschile, come invece l'art. 1, legge n. 164/1982 prevedrebbe, ma la condizione patologica, pur variamente denominata. Ciò che la legge non prescriveva, cioè l'accertamento di una specifica patologia psichiatrica quale requisito di diritto sostanziale, emerge nella prassi dei giudici.

La multifattorialità che compone il dato complesso del sesso (genere) è nel giudizio declinato prevalentemente solo come caratteri sessuali fisici (l'aspetto morfologico, la voce, il perimetro, insomma, dei caratteri sessuali primari e secondari). La dimensione psicologica e sociale del percepirsi, dell'identificarsi come uomo o come donna, scompare, emergendo tutt'al più nel contesto della diagnosi psichiatrica.

L'accertamento deve essere «rigoroso», la scienza psichiatrica con i vari test psicometrici fa quello che può per offrire certezze e, là dove non arriva, sopperiscono l'endocrinologia e la chirurgia e l'accertamento dei loro esiti. Tramite il percorso medico si dovrebbe cercare di risalire alla genuinità e serietà dell'affermazione di sentirsi una donna o un uomo. Gli elementi clinici dovrebbero, cioè, essere conosciuti quali elementi fra i tanti indizi gravi, precisi e concordanti per risalire al fatto ignoto, cioè la psiche della persona, una dimensione individuale insondabile in via diretta. Tuttavia, non sono indizi fra i tanti. Gli elementi medici monopolizzano ancora l'istruttoria, il giudizio giuridico si risolve nel giudizio medico, nel rispetto da parte del ricorrente/paziente/periziando di protocolli diagnostici e terapeutici anche molto diversi sul territorio nazionale. Il fatto da accertare non è più il fatto ignoto dell'identità di genere della persona trans, bensì la corrispondenza della sua storia con un paradigma medico.

E allora ecco consulenti d'ufficio che mettono in dubbio che la persona trans, che si identifica come donna e chiede allo Stato di essere riconosciuta come tale, in realtà non possa realmente considerarsi donna, perché solo rimuovendo il pene una persona dimostrerebbe realmente di volersi identificare compiutamente come donna. Ciò che la Corte di cassazione, la Corte costituzionale e la Corte europea

per i diritti umani hanno statuito non è noto ai professionisti della salute mentale, che sono liberi di scegliere i paradigmi della scienza medica, come da loro individuata, non i paradigmi della Costituzione repubblica e del diritto internazionale. Così, vetusti protocolli patologizzanti, interventi chirurgici e condizioni indotte di sterilità rientrano per il tramite della consulenza medica quali standard del diritto, poiché solo chi farà quanto possibile per apparire donna anche nei genitali potrà ambire ad essere riconosciuta dalla medicina, e quindi dal diritto, quale donna anagraficamente tale.

La casistica: estratti di una CTU

La seguente è una consulenza ufficiosa depositata in giudizio. In tutta evidenza, si tratta di passaggi estrapolati da una consulenza ampia e l'obiettivo di questa citazione, al di là del caso concreto, è di porre in luce come il giudizio medico può – anche in buona fede – ignorare l'evoluzione del punto di vista del diritto e potenzialmente collidere con esso. La perizianda non aveva un rigetto verso il proprio pene e non voleva rimuoverlo, pur riconoscendosi come donna e persona trans.

Tribunale di Torino, Consulenza tecnica disposta *jussu judicis*, con controservezioni a CTP, in data 24 maggio 2017

Valutazioni cliniche e psichiatrico forensi

. . . È evidente che nel caso in oggetto il nodo critico della valutazione non è individuare o meno la presenza di una **disforia di genere: la stessa è evidente nel caso in questione**. Il soggetto in esame è femminilizzato nei tratti somatici e sessuali secondari, da anni sceglie di “vivere nel mondo” con le sembianze di una donna e non di un uomo. . . .

Rimane in chi scrive il dubbio che la parte possa identificarsi in senso profondo e non esplicitato non con una donna, ma con una transessuale. Ed **in questa ambiguità si colloca infatti il rifiuto di volersi sottoporre all'intervento chirurgico**. Ma non perché questo debba essere indispensabile, ma perché la “**affezione**”, **si conceda il termine, per il proprio organo sessuale è certo superiore di quanto non sia invece il desiderio di potere essere (anche e soprattutto nell'aspetto sessuale primario) come una donna**.

È chiaro che se l'identificazione profonda del proprio essere psichico si costituisce primariamente nella condizione di transessuale, si può derivare una lineare conseguenza nel “**proporre al mondo**” il proprio corpo come femminile ed adoperarsi in ogni modo per femminilizzarlo, ma nel desiderio di mantenere il proprio pene.

Viceversa una piena identificazione nel sesso femminile porterebbe al desiderio ineluttabile di acquisire i caratteri genitali femminili per potere relazionarsi con un se stesso del tutto congruente. Ed è proprio nella mancante dimensione profonda di questa coerenza che chi scrive individua una dissonanza ed incongruenza. L'identità sessuale di un individuo non passa solo attraverso la manifestazione al mondo del proprio essere maschio o femmina (indubbiamente il periziando/a appare in modo dichiarativo ed indiscutibile all'osservazione esterna

come una femmina), ma anche attraverso una dimensione intima, profonda e personale di piena concordanza, anche meramente genitale (e altrettanto indubbiamente il periziando/a in questo senso è ambigualmente “affezionato” ai caratteri sessuali di un sé altro da quello che dichiara di essere). . . .

La parte ha certificato il compimento di interventi chirurgici di **impianto mammario e di rinoplastica**. Documentata anche la prescrizione di **ormoni femminilizzanti** (assunti secondo quanto dichiarato anche da tempi precedenti e dosaggi molto maggiori).

Nella considerazione che la parte si è espressamente rifiutata di essere sottoposta ad accertamenti fisici rispetto alla irreversibilità del percorso clinico-chirurgico-endocrinologico lo scrivente ritiene di non potersi esprimere in modo compito, non essendosi potuto avvalere di ausiliari in tal senso e non avendo le competenze necessarie. **Nella considerazione invece che non si è dato per pienamente compiuto il percorso di identificazione psicologica in un soggetto di sesso femminile non si può dichiarare l'irreversibilità dello stesso.**

Contro-osservazioni [a CTP]. . . .

Lo scrivente ritiene che, ad esempio, il fatto che il periziando/a non frequenti persone transgender non abbia il banalizzato significato come scritto di non volere “partecipare a quel circo” [il Gay Pride], ma indichi un elemento disadattativo nella mancata ricerca di vicinanza e condivisione con persone con condizioni di vita simili e forse simili problematiche esistenziali. . . .

Alla persona non si riconosce il diritto di manifestare al giudice la propria identità e alcuni magistrati nemmeno sentono, per quanto sollecitati, la persona trans in sede di interrogatorio libero, rimettendo l'audizione della parte al consulente²². La persona può parlare e raccontare se stessa solo se assume la veste di perizianda, ché quella è la sede per raccogliere e delibare, secondo valutazioni squisitamente medico-psichiatriche, la sua volontà. La scienza medica delimita, così, in maniera icastica i diritti fondamentali della persona e, verrebbe da dire, oblitera il *right to be heard*, il diritto ad essere ascoltati dal giudice.

Questo “outsourcing” giudiziale dell'accertamento in punto diritti fondamentali alla classe medica determina, poi, che sia questa sovente a suggerire al giudice gli accertamenti necessari per potersi esprimere secondo il paradigma medico. L'approccio ibrido medico-giuridico fa sì che l'accertamento non riguardi più le «interventive modificazioni dei caratteri sessuali». Oramai il quadro è molto più complesso, perché deve consentire al medico, come chiesto dalla Cassazione nella sentenza n. 15138/2015, di «attestare l'irreversibilità personale della scelta», di accertare «la compiutezza dell'approdo finale», di partecipare di quell'«ineludibile . . . rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica».

Per porre termine a questa prassi occorre oggi separare le due questioni: 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

²² Vedasi quali esempi di richiesta non accolta di essere interrogata liberamente dal giudice: Tribunale di Torino, verbale del 5 giugno 2017, «l'avvocato . . . fa presente che la parte si dichiara disponibile all'interrogatorio libero da parte del GI», ma la parte personalmente presente in udienza non è sentita dal giudice nemmeno in Tribunale di Torino, verbale del 19 ottobre 2016; analogamente Tribunale di Trieste, verbale del 4 luglio 2016.

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, come si osserverà meglio in appresso.

A differenza di quelli stranieri che hanno degiurisdizionalizzato la riattribuzione del genere anagrafico²³ e consentono la riattribuzione per via amministrativa – a fronte di mera dichiarazione o di un giudizio medico – il modello italiano impone una pronuncia giudiziale. Ne consegue che il giudice non può ricevere meramente una dichiarazione, ma deve dare seguito alla domanda solo se vi sono i presupposti. Ne consegue che un momento di accertamento, tipico della funzione giurisdizionale, è imprescindibile. Esso va, tuttavia, rettamente inteso.

10. Un processo rispettoso dell'identità di genere: i caratteri sessuali

Come detto, la legge impone di accertare le intervenute modificazioni dei «caratteri sessuali». Nel 1982 la legge ricostruiva questo dato complesso identificando prevalentemente due dimensioni: quella morfologica e quella psichica. Il testo legislativo originario, immutato sul punto fino al 2011, dava espressa rilevanza alle modifiche anatomiche all'art. 3, secondo comma. Il legislatore subordinava l'esito della seconda fase giudiziale di rettificazione alla realizzazione dell'intervento medico-chirurgico quando questo era stato previamente autorizzato in una prima fase del giudizio: «Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza». Seguiva nella disposizione subito un ulteriore periodo dalla portata assai rilevante: «In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio». Il secondo profilo, quello psichico, era evocato all'art. 2, quarto comma. Il giudice era tenuto a disporre, per quanto solo se ritenuto necessario, una perizia psicosessuale: «Quando è necessario, il giudice istruttore dispone con ordinanza l'acquisizione di consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato».

Le disposizioni testé menzionate sono state abrogate in occasione della riforma processualcivile di cui al d.lgs. n. 150/2011 e sono state riproposte solo quanto all'autorizzazione all'interno dell'art. 31. Questa innovazione del legislatore delegato è stata sottovalutata e non corrisponde al vero che la riforma non avrebbe di fatto alterato il quadro normativo. Le nuove disposizioni non compiono più alcuna menzione di specifici mezzi istruttori che il giudice può disporre, con l'effetto di ricondurre i suoi doveri e poteri istruttori nell'alveo generale tracciato per tutti i processi dal codice di procedura civile. La necessità di una consulenza tecnica di ufficio, non solo psicosessuale, ma anche di altra natura, risponderà, al pari di ogni altra CTU, *inter alia*, all'art. 61 e all'art. 191 c.p.c.. La portata abrogativa della novella quanto alla consulenza appare, proprio per la dimensione esclusivamente processuale su cui incide, legittima alla luce dell'art. 54 della legge di delega 18 giugno 2009, n. 69.

Anche se è venuto meno il richiamo espresso alle condizioni psico-sessuali, la legge rimane ancorata all'identità di genere quale identità da accertare e riconoscere ai fini dello stato civile. Poiché ogni persona ha una identità di genere, anche la persona che si sente e identifica in linea con la propria dimensione biologica, cioè la persona *cis-gender*,²⁴ il rimedio della legge n. 164 deve ritenersi acces-

²³ Precursore di tale approccio con espressa previsione del legislatore è stata l'Argentina, con la *Ley de identidad de género no. 26.743 del 9 de mayo de 2012*.

²⁴ «*Élément de l'identité personnelle, l'identité sexuelle relève pleinement du droit au respect de la vie privée que consacre l'article 8 de la Convention. Cela vaut pour tous les individus*»: così Corte EDU,

sibile a tutti coloro che ne sentano l'esigenza e, quindi, oltre alle persone trans, anche alle persone *intersex*. Non pare rilevante osservare in senso contrario che il Parlamento del 1982 non aveva prioritariamente presente la condizione *intersex*, all'epoca peraltro ancora priva di adeguata attenzione e spesso confusa con il transessualismo.

L'identità di genere è una dimensione che non può essere direttamente conosciuta dal giudice o provata in giudizio e può essere forse classificata per il diritto processuale civile come fatto (necessariamente) ignoto. Anche la psichiatria non ha la pretesa di offrire al riguardo certezze, ma al più giudizi probabilistici. Ciò spiega perché alcuni ordinamenti, come quello argentino, ma oramai anche altri (es. Malta, Danimarca, Norvegia, Irlanda) si contentino di una dichiarazione da parte della persona interessata per cambiare genere anagrafico, senza alcuna indagine. Non vi sono interessi pubblici o privati ostativi e la vera identità psichica è comunque insondabile dall'esterno: tanto vale prenderne atto e rimettere al soggetto la dichiarazione sulla propria identità. Solo ordinamenti che ancora discriminano le persone in ragione del genere (anagrafico) posso temere frodi o atteggiamenti opportunistici. In tali casi, però, il problema non è la disciplina dell'identità di genere, ma i retaggi discriminatori che persistono.

Nel sistema, non solo italiano, dello stato civile l'autorità giudiziaria mantiene una funzione centrale. Tuttavia, il legislatore ha erroneamente imposto un giudizio a contraddittorio pieno in assenza nel novantacinque per cento dei casi di litisconsorte (coniuge e figli) e con il solo pubblico ministero. Dovrebbe a rigore valere il principio di non contestazione, senonché ogni giudice evidentemente assume iniziative ampiamente ufficiose per porre rimedio a questa anomalia, di fatto assumendo il ruolo che gli spetterebbe in un giudizio di volontaria giurisdizione, che sarebbe quello consono a siffatte materie.

La novella del 2011, abrogando il riferimento a mezzi istruttori specifici e non disponendo più alcunché, consente al giudice di operare in adesione a quanto ordinariamente previsto dall'art. 116 c.p.c.: «Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo». L'art. 117 c.p.c. attiene all'interrogatorio libero, che talvolta i giudici non compiono, seppur sollecitati dalla parte. Eppure, è uno strumento fondamentale, ogniqualevolta si tratti di sondare la genuinità della dichiarazione della persona di essere riconosciuta come donna o come uomo allo stato civile.

A fronte del fatto ignoto, come è prassi, il giudice può ricorrere a quanto previsto dall'art. 2729, 1° comma, c.c.: «Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti». Si comprende allora che, se finalità della riattribuzione anagrafica è la tutela dell'identità di genere, quindi della dimensione psicosexuale della persona, è questa che rileva in via esclusiva per lo stato civile. Poiché l'identità di genere è insondabile da giudici e consulenti, essa corrisponde ad un fatto ignoto. Allora il giudice desume da altri elementi, in via presuntiva, che quella persona ha quell'identità femminile o maschile che rivendica anche per lo stato civile.

Questi «altri elementi» nella legge n. 164 sono i caratteri sessuali. Non si tratta, tuttavia, di quei caratteri sessuali che la scienza medica definisce primari e secondari. Così non era nemmeno agli esordi della legge. Infatti, oggi come allora, questi caratteri sessuali sono null'altro che tutti quegli elementi che alimentano «la

A.P. c. Francia, n. 79885/12, 52471/13 e 52596/13, § 95, decisione del 6 aprile 2017.

concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori», ovvero «organi genitali esterni . . . ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale»²⁵. La discussione che ha animato le due pronunce del 2015 era focalizzata sull'obbligatorietà dell'operazione chirurgica sui caratteri primari e nel rigettare tale tesi l'attenzione è stata spostata sulla valorizzazione dei caratteri sessuali secondari.

Tuttavia, il perimetro così tracciato ignora ciò che la stessa Corte costituzionale del 1985 valorizzava, andando al di là del soma (sia esso quello naturale, quello evolutosi naturalmente nelle persone *intersex* o quello chirurgicamente modificato). Si trascurano, cioè, gli elementi psichici, comportamentali, sociali. La stessa Corte nella sentenza n. 161/1985 ha avuto cura di ricostruire lo stato dell'arte sul transessualismo dell'epoca: «Transessuale, secondo la dottrina medico-legale, viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di "genere") sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio». Essere donna non vuole dire apparire donna, allo stesso modo in cui «*on ne nait pas femme, on le devient*»²⁶. Scorretta, quindi, è la lettura dell'espressione «caratteri sessuali» che oggi nei fatti si dà, perché confinata alla dimensione medica di caratteri primari *vis-à-vis* quelli secondari. Essa rimane cieca di fronte a tutti gli altri elementi che esprimono il dato complesso del nostro essere. Forse la Corte costituzionale entrerà nel merito di questi aspetti decidendo in merito a una delle questioni di legittimità pendenti.

La casistica

Tribunale di Trento, ordinanza dell'8 aprile 2015, rubricata in Corte costituzionale, Reg. ord. n. 174 del 2015 pubbl. su G.U. del 16/09/2015 n. 37

Sia pure con una certa riluttanza, il Collegio ricorda che talune interpretazioni ritengono sufficienti le terapie ormonali; altre richiedono interventi sulle masse muscolari, sulla laringe, oppure sulle mammelle; altre ancora esigono l'asportazione completa di entrambi i testicoli. Tali interpretazioni, tuttavia, non sembrano trovare alcun sostegno nel diritto positivo, atteso che il cit. art. 1, primo comma, della legge 14.04.1982, n. 164, non prevede alcuna ipotesi e/o distinzione del genere (e sotto tale profilo, l'assoluta genericità-indeterminatezza della nozione di "modificazione di caratteri sessuali", sembra confliggere con l'art. 3 Cost.). Dette interpretazioni appaiono inoltre meno persuasive di quello che - a prima vista - si potrebbe pensare, perché "accontentandosi" di terapie o interventi chirurgici meno invasivi, finiscono per ritenerli comunque necessari, evitando di affrontare il problema di fondo sotteso alla materia, vale a dire l'esistenza o meno del diritto di ogni persona alla propria identità sessuale, a prescindere da qualsivoglia terapia o intervento chirurgico, sia pure non troppo invasivo (ammesso che ne possa esistere qualcuno).

Spetta al giudice valutare la serietà e la genuinità dell'identità dichiarata. Egli gode della massima libertà consentitagli dall'ordinamento. Deve essere reciso

25 Così Corte costituzionale, sentenza n. 161/1985, considerato in diritto n. 4.

26 Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe* 1, Gallimard, Paris, 1949, 285 s.

quel legame atavico con la medicina, in quanto l'accertamento ai fini dello stato civile è un accertamento che risponde alla tutela di un diritto incardinato nell'art. 2 Cost. Che la tutela e il riconoscimento del diritto fondamentale si riverberino anche sul benessere della persona e, quindi, trovi un ancoraggio anche nell'art. 32 Cost. è tanto vero quanto lo è, in generale, per ogni diritto. Quando un diritto, tanto più se fondamentale, viene violato dallo Stato o da un privato, si può certo ritenere che questa violazione pregiudichi il benessere dell'individuo, ma non per questo la tutela di tutti i diritti fondamentali transita primariamente per l'art. 32 e la tutela della salute. L'accento ancora posto, anche nelle due sentenze del 2015, sull'art. 32 reitera il fraintendimento manifestatosi dall'origine della legge, quando il grande ostacolo era non solo la riattribuzione del genere anagrafico, ma lo stesso accesso ad un'operazione chirurgica che comportava una severa responsabilità penale per i medici. Non a caso la Corte nel 1985 sottolineò la finalità già di per sé terapeutica di questo intervento. Inoltre, in un contesto in cui vi era incertezza sull'esistenza del diritto euroconvenzionale all'identità sessuale²⁷ anche nell'ordinamento italiano, la tutela della salute era l'argomento principe per suffragare la legittimità di una modifica di un dato dello stato civile che si riteneva immutabile.

Oggi non vi è alcun dubbio sull'ancoraggio costituzionale all'art. 2 della domanda di riattribuzione del genere anagrafico. Ne consegue che la chiave di lettura di quella domanda non può più essere il diritto alla salute e 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».

L'evoluzione in Francia

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, pubbl. in *Journal Officiel* del 19 novembre 2016, ha così novellato il *Code civil*

Article 61-5

Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification.

Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :

- 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;*
- 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;*
- 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ;*

²⁷ Sebbene poi nella sentenza del 1985 la Corte richiami espressamente la posizione della Commissione europea per i diritti umani, rapporto del 1° marzo 1979, ric. n. 7654/76, Van Oosterwijk c. Belgio, série B vol. 36, p. 12, § 52, con la quale viene per la prima volta dato pieno riconoscimento al diritto fondamentale all'identità sessuale: «[I]l a refusé de reconnaître un élément déterminant de cette personnalité : l'identité sexuelle, telle qu'elle résulte de la morphologie modifiée, du psychisme du requérant, de son rôle social. Ce faisant, il traite l'intéressé comme un être ambigu, une "apparence", sans considération notamment des effets d'un traitement médical licite destiné à mettre en concordance le sexe physique et le sexe psychique. A l'égard de la société institutionnelle, il l'enferme dans un sexe qui n'est plus guère le sien, quelles que soient par ailleurs les concessions formelles faites à l'"apparence"».

Article 61-6

La demande est présentée devant le tribunal de grande instance.

Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande.

Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande.

Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil.

Tanto forti sono stati storicamente a tutte le latitudini gli intrecci fra diritto e medicina che il Parlamento francese ha ritenuto di dover esplicitare che il fatto di non aver subito dei trattamenti medicali (di qualsiasi tipo, quindi anche ormonali), un'operazione chirurgica o una sterilizzazione non può essere addotto quale motivo di rigetto della domanda. Nel contempo, proprio per affermare l'emergere di un nuovo standard probatorio, ha esemplificato quali indizi, volti a costituire un «insieme sufficiente di fatti», quelli che testimoniano un ruolo sociale assunto e riconosciuto nel genere rivendicato.

Il diritto italiano, che mutua dalla tradizione francese la tradizione di stato civile e condivide il principio di «*indisponibilité de l'état des personnes*», già oggi deve essere interpretato nel senso che il giudice può accertare l'identità di genere per il tramite di tutti gli elementi che consentano di affermare con ragionevole certezza che la persona si comporta e appare socialmente secondo modalità che rispecchiano l'identità di genere di cui si chiede il riconoscimento. Così come in Francia, la prova indiziaria può essere declinata in infiniti modi: i comportamenti durante l'infanzia (è acquisito che la disforia di genere emerge molto spesso già in questa fase evolutiva), la prepubertà e l'adolescenza, ad esempio l'identità assunta a scuola; il nome d'uso; l'identità nel contesto sociale e professionale; l'attivismo per i diritti delle persone trans dove questo si connetta alla propria storia personale. Fotografie, testimonianze, eventi personali: sono tutti elementi che rendono evidente che la domanda rivolta al giudice non è né una *boutade*, né una frode. Così, dalla rassegna dei casi pare incredibile registrare che in un processo sia stato necessario sottoporre una persona ad una consulenza d'équipe incredibilmente invasiva, laddove diversi anni prima lo stesso tribunale aveva motivato la separazione fra i coniugi in considerazione della transizione all'altro genere della medesima parte. Come si può dubitare che una persona che a distanza di oltre un lustro di rivolge allo stesso giudice per il riconoscimento giuridico di quello stesso genere non viva realmente e non senta quel genere come genuinamente e pervicacemente proprio, nonostante anni di discriminazione, disoccupazione e precarietà determinati dallo stigma sociale e dal disallineamento fra identità e stato civile?

Occorre riconoscere a chiare lettere che spetta al giudice, rigettando ogni paradigma o protocollo medico, valutare se una persona è meritevole di essere riconosciuta quale uomo o quale donna dallo Stato italiano. Si tratta di un apprezzamento libero, ma non arbitrario, del compendio indiziario formatosi sull'identità di genere. Inoltre, ogni atto istruttorio ufficioso, proprio perché eccezionale nel giudizio ordinario di cognizione, deve essere motivato, tanto più se impone una consu-

lenza d'ufficio, così ampliando talvolta il *thema probandum*. La perizia medica non discende più dalla natura delle cose.

La casistica

Tribunale di Ravenna, ordinanza del 1 luglio 2016

OSSERVATO, che nel caso di specie, pur non dubitandosi della volontà della parte attrice e della serietà del percorso intrapreso, attestato dall'intervento di mastectomia, in difetto di elemento alcuno in ordine alla compiutezza del percorso scelto e soprattutto dell'approdo finale, debba essere accertato dal Tribunale, a mezzo di un consulente, la compiutezza e irreversibilità dello stesso dovendosi appunto, in ossequio a quanto espresso dalla Corte costituzionale, ritenere ineludibile un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo

La parte era già stata autorizzata con sentenza di data 13 giugno 2014 all'intervento chirurgico, a cui alla fine non ha voluto sottoporsi e si ripresenta avanti il Tribunale con la domanda di rettificazione. Nonostante «non dubiti della volontà della parte attrice e della serietà del percorso intrapreso, attestato dall'intervento di mastectomia», dispone d'ufficio una CTU d'équipe assai ampia.

Tribunale di Trento, ordinanza del 31 maggio 2016

Il quesito in ordinanza era così formulato

se l'attore abbia portato a termine, in modo definitivo, il cit. cambiamento-percorso di transizione attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del nuovo sesso di appartenenza, cambiamento-percorso il quale deve riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre la chiesta nuova identità di genere.

A fronte di una persona biologicamente maschile con refertazione clinica di una chirurgia demolitiva totale all'estero e interventi estetici ampiamente documentati, è disposta CTU. In sede di udienza, a fronte di obiezioni, il quesito è stato rivisto e circoscritto ad una CTU puramente "documentale" (sulla base di quanto versato in atti). Analogo quesito è stato formulato dallo stesso tribunale nei confronti di una parte biologicamente femminile con refertazione di isteroannessiectomia proveniente da un noto ospedale pubblico italiano. Analogamente Tribunale di Udine, ordinanza del 6 luglio 2016, ha disposto CTU nonostante ampia documentazione medica, anche del SSN, in atti.

Tribunale di Ravenna, ordinanza dell'8 luglio 2016

dispone CTU medico-legale onde accertare l'avvenuto completamento in capo a XX del percorso di transizione al genere maschile con conseguimento di un pieno benessere psico-fisico della persona, accertandone altresì il carattere definitivo e ciò in ossequio alle sentenze della Corte di Cassazione n. 15138/15 e della Corte Costituzionale 221/15

Le due sentenze del 2015 paiono addirittura aver prodotto l'effetto di indurre il giudice a disporre una CTU che attesti il necessario carattere «definitivo» del percorso di transizione. Non si può non rilevare il gravoso onere assegnato al consulente medico, il quale dovrà lui stesso interpretare due sentenze per giungere a

comprendere il contenuto ultimo del quesito e il perimetro oltre il quale non gli sarà consentito andare.

L'esercizio del potere ufficioso deve essere motivato, evitando formule di stile. L'onere motivatorio può essere aggravato, ad esempio nelle ipotesi di cui all'art. 191, cpv, c.p.c. quando il consulente non è scelto fra i professionisti iscritti in albi speciali tenuti dagli uffici giudiziari (art. 61, ult. periodo, c.p.c.). Non si può nemmeno escludere che, a fronte di future indicazioni ermeneutiche chiare della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, il persistere di certi magistrati (o di loro ausiliari) su posizioni assolutamente lesive della dignità delle persone trans possa condurre ad azioni di responsabilità. Si tratterebbe di casi, già stigmatizzati dalla sentenza n. 15138/2015, di «trattamenti ingiustificati e discriminatori».

Anche il percorso medico, sia esso endocrinologico, chirurgico, psichiatrico, di supporto psicologico, rileva quale parte di un percorso. È questo che raccoglie, nella storicità che caratterizza ogni istante del presente, l'insieme degli indizi che definiscono chi siamo e, quindi, anche l'identità di genere così come precisatasi lungo il nostro vivere quotidiano. Tuttavia, non è che un elemento, nemmeno il più importante, per interpretare dall'esterno chi è quella persona trans che chiede riconoscimento al giudice.

Inoltre, da questo paniere di indizi il giudice non deve pretendere di trarre un'immagine pressoché monocromatica, quella *imitatio naturae* a cui dovrebbe ambire ogni persona trans con interventi necessariamente ricostruttivi. Anche le persone trans possono sentirsi donne, ma non necessariamente avere un manierismo squisitamente improntato agli stereotipi femminili. La persona potrebbe coltivare un'espressione di genere relativamente neutra o collocarsi al di là del binarismo di genere. Posta di fronte alla scelta di risultare allo stato civile o uomo o donna, *tertium non datur*, e allo stato non essendo nemmeno possibile optare per la non menzione del sesso nell'atto di nascita, la parte eleggerà nella domanda rivolta al giudice un genere anagrafico. Al giudice spetta accertare che esso non risulti in contrasto con il ruolo socialmente assunto.²⁸

Non può essere il diritto ad imporre il genere, ma deve ritrarsi permettendo al diritto fondamentale all'identità personale di espandersi. Dovrà accettare e riconoscere persone che presentano – inevitabilmente – una commistione di caratteri sessuali contrastanti, come un immutabile cromosoma con una gestualità, un'estetica, una voce, un comportamento non tutti allineati. Ebbene, come già insegnava la sentenza n. 161/1985, il compito del diritto con questa legge è quello di «agevola[re] o ricerca[re] l'equilibrio» dell'insieme di fattori che costituiscono il genere quale dato complesso, «privilegiando . . . il o i fattori dominanti». Nel caso delle persone trans il fattore dominante è quello psichico, che si declina nei comportamenti e nei ruoli assunti. E questo dovrà prevalere ed essere al centro dell'accertamento, senza che gli interventi medici e chirurgici – come ha dovuto esplicitare la recente legge francese – possano essere considerati dirimenti.

Dall'analisi della prassi giurisprudenziale si rileva che i dispositivi delle sentenze nella netta prevalenza dei casi non contengono alcun capo attinente all'accertamento. In verità, questo dovrebbe essere presente nel *decisum*, in quanto presupposto dell'ordine di rettificazione. L'accertamento, poi, non dovrebbe riguar-

²⁸ Si può preconizzare che l'affermazione anche sociale del *continuum* fra i generi, che è il naturale frutto del contrasto agli stereotipi e alle conseguenti segregazioni dei generi, porterà all'attenzione dei giudici la ricchezza dell'essere umano in quanto tale, delle sue storie, delle sue simbiosi con ambienti sociali e culturali sempre in evoluzione in cui l'individuo assume una identità malleabile, priva di precostituite rigidità. La soluzione per il diritto sarebbe prendere atto che il genere come categoria giuridica identificativa delle persone è rinunciabile e, anzi, il suo abbandono contribuirebbe a rimuovere dal diritto i retaggi di una società patriarcale, sessista e eteronormativa.

dare la diagnosi di disforia di genere o di altra “patologia” e nemmeno accertare *sic et simpliciter* l’effettuazione di un’operazione chirurgica. Dovrebbe accertare, in aderenza alla legge, «interventive modificazioni dei caratteri sessuali in senso femminile *aut* maschile» o formule equivalenti, e, per gli effetti, ordinare la rettificazione all’ufficiale di stato civile competente.

Questa ricostruzione dell’art. 1, legge n. 164/1892 improntata in via preminente sulla dimensione psichica dei caratteri sessuali ha anche consentito di ridefinire e rivoluzionare la prassi processualcivile che ha caratterizzato per trent’anni la giurisprudenza italiana.

11. La novella ‘processuale’ del 2011 e l’abbandono della doppia fase

La prassi giurisprudenziale fino al 2014 è stata sempre improntata ad una rigida struttura bifasica: una prima fase che si chiude con l’autorizzazione all’operazione, una seconda che accerta la realizzazione dell’intervento medico-chirurgico e che si chiude con l’ordine di rettificazione.

La riforma dei riti ha abrogato alcuni articoli della legge n. 164/1982 e ha confermato all’art. 31, comma 4, soltanto la necessaria autorizzazione giudiziale all’intervento medico-chirurgico: «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato. Il procedimento è regolato dai commi 1, 2 e 3». La novella rende manifesto che il legislatore non ha voluto confermare una strutturazione bifasica del processo, ma soprattutto ha rimosso la previsione secondo cui la rettificazione non può che seguire l’intervento chirurgico, se precedentemente autorizzato.

Sono noti gli sforzi compiuti sin dall’entrata in vigore della legge per depotenziare il dato sistematico che si poteva derivare dalla norma originaria, ovvero che l’intervento chirurgico – e, quindi, la sterilizzazione irreversibile che ne discendeva – dovesse considerarsi condizione necessaria per accordare la rettificazione. Si è, allora, sostenuto che il «quando necessario» starebbe a indicare la mera possibilità di realizzare un intervento. Vi potrebbero essere situazioni in cui l’intervento non è possibile (controindicazioni mediche specifiche), altre in cui le modifiche dei caratteri sessuali sono intervenute naturalmente (per l’ipotesi di persone *intersex*) oppure, semplicemente, perché l’operazione non era voluta dalla persona trans, senza che ciò potesse comportare un ostacolo alla rettificazione, se comunque altri fattori del dato complesso deponevano a favore. A tale scuola di pensiero ha aderito Cass. n. 15138/2015.

A queste tesi si contrapponeva quella per la quale il «quando necessario» era stato incluso perché l’intervento, pur effettuato, avrebbe potuto aver avuto luogo senza alcuna autorizzazione, di regola all’estero, sì che in siffatte ipotesi non vi era necessità di autorizzare alcunché e poteva procedersi alla rettificazione. Effettivamente, all’epoca dell’entrata in vigore la questione della non sterilizzazione e del non intervento emergeva poco nel dibattito, la persona transessuale tendendo a ricercare la massima normoconformazione. Di fatto, poi, vi era un numero non irrilevante di persone trans che aveva realizzato l’operazione all’estero, poiché nei decenni antecedenti all’entrata in vigore l’effettuazione dell’operazione in Italia era ritenuta addirittura un reato. Si può, quindi, ritenere che il legislatore avesse ben presente questo quadro e l’esigenza di formulare un disposto legislativo capace di gestire questa “fase transitoria”. Inoltre, ritenere che l’intervento e la sterilizzazione fossero meramente eventuali e non necessari, avrebbe significato accettare una legge sin dall’origine discriminatoria: da una parte vi sarebbe stato fra chi non vo-

leva l'operazione punto e, quindi, poteva ottenere la rettificazione subito; dall'altra chi l'operazione la voleva, ma doveva allora sopportare i tempi dilatati tanto dell'autorizzazione, quanto della materiale realizzazione dell'intervento. Questa situazione discriminatoria, di cui si dirà in appresso, persiste ancora oggi in talune errate interpretazioni giudiziarie, ma non pare ascrivibile già alla volontà del legislatore del 1982.

Il portato della citata novella abrogativa del 2011, tuttavia, si estende anche al diritto sostanziale. Non subordinare più la riattribuzione all'effettuazione dell'intervento previamente autorizzato, cioè una domanda all'altra, implica – almeno per le ipotesi in cui un'autorizzazione giudiziale vi è stata – abrogare il requisito sostanziale della realizzazione dell'intervento e, con esso, della sterilizzazione o, comunque, della normoconformazione chirurgica. In tal senso, la novella del 2011 pare trascendere i limiti imposti dalla delega legislativa, che circoscrivevano la portata della razionalizzazione dei riti ad interventi di natura squisitamente processualciviltistica. Ciò comporterebbe, allora, l'incostituzionalità derivata dall'abrogazione per violazione dell'art. 76 Cost. Senonché, il Governo potrebbe facilmente difendere il proprio operato rilevando – quantomeno in una sorta di sanatoria di una novella incostituzionale – che all'epoca il diritto costituzionale vivente aveva già determinato l'emergere di un diritto alla rettificazione in assenza di intervento chirurgico, sì che la norma non poteva essere riproposta nella formulazione che avrebbe confermato la precedente condizione sostanziale, la quale sarebbe stata incostituzionale. La sentenza n. 221/2015 avrebbe poi dato ragione al Governo, che quattro anni prima aveva in maniera assai illuminata e lungimirante consolidato la legislazione in materia di identità di genere epurando le norme incostituzionali. Si tratta, forse, di un *unicum* nella storia costituzionale italiana.

Una lettura corretta e aggiornata della legge n. 164/1982 dell'art. 31, d.lsg. n. 150/2011, consente di porre la domanda di rettificazione e di autorizzazione su due binari distinti e indipendenti l'uno dall'altro. L'accertamento delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali prescinde integralmente dall'operazione medico-chirurgica e tutela il diritto fondamentale all'identità di genere ex art. 2 Cost. (oltre che art. 8 CEDU). L'intervento chirurgico è opzionale e ancorato alla tutela della salute ex art. 32 Cost. I parametri, gli accertamenti, il *petitum* e il *decisum* sono diversi. Solo riconoscendo questa integrale autonomia processuale si rescinde definitivamente quel cordone ombelicale di cui ancora soffre la prassi giudiziaria italiana.

Invero, anche la dottrina più attenta e sensibile al benessere delle persone trans e all'impatto su di esso dei profili processualciviltistici non ha valorizzato questo dato e talvolta ha cercato di favorire il consolidarsi di prassi comunque positive, quali quella di un unico processo in due fasi.²⁹ È stata la classe forense a que-

29 Per Bilotta, *Transessualismo*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 2013, 732, 758, «nulla esclude che all'interno di un unico processo volto alla rettificazione degli atti anagrafici si possa svolgere un sub procedimento per l'autorizzazione al trattamento chirurgico. Tale autorizzazione, infatti, non è detto che sia sempre necessaria, ma, laddove lo fosse, si potrebbe emanare una sentenza parziale e sospendere il procedimento principale di rettificazione degli atti dello stato civile, in attesa del passaggio in giudicato della sentenza parziale e dell'effettuazione del trattamento chirurgico, potendosi all'esito adottare il provvedimento definitivo di rettificazione del sesso e del nome sui documenti anagrafici». Il pregevole sforzo ermeneutico dell'autore dev'essere, peraltro, compreso nel contesto di forti resistenze da parte di non pochi tribunali ad ammettere anche solo l'economia processuale di un unico processo con due fasi, su cui vedi Tribunale di Trieste, sentenza del 28 febbraio 2013, *infra*. Per ulteriori e sfortunatamente ancora rari approfondimenti in materia processuale si veda G. Cardaci, *Per un 'giusto processo' di mutamento di sesso*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 1459, 1481, il quale correttamente osserva che in caso di contestuale autorizzazione e rettificazione, «[q]uest'ultimo ordine dovrà essere, in ogni caso, immediatamente eseguito dal suo destinatario, l'ufficiale di stato civile, a prescindere, come si è visto, dalla materiale esecuzione dell'intervento chirurgico».

sto punto a proporre nuove strade. Verosimilmente, il primo tentativo, peraltro con esito positivo, di cumulare simultaneamente³⁰ le due domande è avvenuto, a quanto si può ipotizzare, all'indomani della sentenza del Tribunale di Rovereto del 3 maggio 2013. Appariva a quel punto discriminatorio imporre quale preconditione della rettificazione a chi l'operazione la desiderava, la sua effettuazione e non imporla a chi non la desiderava, sì che la persona trans in quest'ultima situazione otteneva il bene vita subito, mentre l'altra solo a distanza di tempo. Le due persone, infatti, potrebbero versare nella medesima situazione, con la sola differenza di divergere sull'opzione chirurgica: un irragionevole trattamento che risulterebbe discriminatorio e lesivo del diritto fondamentale dell'identità di genere.

La casistica

Tribunale di Padova, sentenza del 16 novembre 2016, nell'autorizzare e disporre la rettificazione, così condensa queste argomentazioni:

Valutate, infatti, le condizioni psico-sessuali del richiedente che ha un aspetto femminile e si comporta come una donna, si ritiene di poter affermare che se senza intervento chirurgico è ammissibile il cambio del nome, tale mutamento è altrettanto ammissibile quando è comprovata la sussistenza di un disturbo di identità di genere, in assenza di quadri diagnostici di altra natura

Conformemente alla richiesta avanzata dall'attore, va inoltre rettificato anche il prenome da X in Y in quanto non vi è più una biunivocità tra intervento chirurgico e rettifica del nome, potendo il primo anche mancare.

Ed invero in presenza di una persona che già presenta marcati caratteri femminili attendere l'intervento chirurgico per procedere al cambiamento del nome costituirebbe un enorme pregiudizio, non più in linea con gli ultimi arresti giurisprudenziali, attesa l'importanza che il nome riveste nella individuazione e qualificazione del soggetto.

L'ordinanza che condusse alla sentenza n. 221/2015³¹ originò dai primi casi presentati al Tribunale di Trento fra il 2013 e il 2014 con cumulo e trattazione si-

³⁰ Non si tratta, infatti, di un semplice *simultaneus processus*, che di per sé ammetterebbe anche due fasi con sentenza parziale. Taluna giurisprudenza si era, in verità, opposta anche a questo cumulo di domande, sebbene esso non incida sulla loro pregiudizialità. Vedasi Tribunale di Trieste, sentenza del 28 febbraio 2013: «Il presente procedimento si chiude necessariamente con una sentenza definitiva che statuisca in tal senso senza possibilità di sospenderlo in attesa di verificare gli esiti dei suindicati trattamenti medico-chirurgici. Un tanto si ricava sia da una interpretazione sistematica delle disposizioni contenute nella legge n. 164/1982 e dal fatto che, in astratto, potrebbe anche accadere che non venga mai instaurato in futuro il successivo procedimento di rettificazione di stato civile previsto all'art. 1 qualora, ad es., il soggetto interessato decida poi di rinunciare all'intervento chirurgico per i più svariati motivi, sia da ragioni di ordine processuale. L'art. 31 del DPR n. 150/2011 è intervenuto, infatti, a modificare la Legge n. 164/1982 stabilendo che le controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso sono regolate dal rito ordinario di cognizione. Ciò significa che la rettificazione di cui all'art. 1, conseguente all'accertamento dell'effettuazione del trattamento autorizzato, che prima avveniva "in camera di consiglio", deve ora essere disposta all'esito di un giudizio ordinario che all'evidenza si fonda su presupposti, allegazioni e prove del tutto diverse da quelle necessarie nel giudizio di cui all'art. 3 con tutte le conseguenze in tema di preclusioni e decadenze previste in ordine alla possibilità di proporre di domande nuove e di indicare i mezzi di prova e produzioni documentali ex art. 183 c.p.c.. Qualora si ritenesse che il procedimento sia unico, ma distinto in due fasi ciascuna delle quali si conclude con sentenza, la parte interessata a riassumere il giudizio per la rettificazione di cui all'art. 1 si troverebbe pertanto nell'impossibilità di modificare le originarie allegazioni e di svolgere nuove istanze istruttorie per le decadenze già maturate in tal senso nella prima fase del giudizio».

multanea delle due domande e l'ordinanza del medesimo tribunale attualmente pendente avanti la Corte costituzionale è, anzi, proprio il primo atto introduttivo che fu tentato con queste caratteristiche, presentato a fine 2013. Per una vicenda processuale assai peculiare, giunge solo ora al giudizio costituzionale.

Il Tribunale di Trento ha condiviso questa impostazione, riconoscendo che la sospensione processuale quanto alla domanda di rettificazione, oggetto della q.l.c., non incideva sulla domanda autonoma di autorizzazione, che è stata accolta con sentenza di data 25 marzo 2015, inedita. In essa il Tribunale si mostra sensibile al fatto che la volontà di operarsi potesse essere indotta dalla premura di garantirsi in ogni caso la successiva rettificazione anagrafica. Esponendo dettagliatamente la sentenza CEDU *Y.Y. c. Turchia*³², rinvia alle considerazioni della Corte europea, «[c]onsiderazioni . . . che il Tribunale ritiene opportuno esporre in questa sede, affinché l'attrice possa ponderare adeguatamente la sua scelta di sottoporsi volontariamente ad interventi chirurgici non indifferenti, di cui – verosimilmente – non vi sarà la necessità giuridica».

Nell'investirsi di entrambe le domande il Tribunale ha mostrato di non riconoscere alcuna pregiudizialità. Ciò che appare significativo è che la stessa Corte costituzionale, a cui tutti gli atti erano stato trasmessi e che era stata resa edotta che nelle more vi era stata riassunzione parziale e accoglimento della domanda, nulla ha eccepito quanto alla rilevanza della questione. Infatti, se avesse ritenuto inevitabile per siffatte ipotesi il permanere della doppia fase, il giudice a quo non avrebbe potuto conoscere della domanda di rettificazione perché la questione non era – ancora – rilevante. Tuttavia, la Corte non dichiarò inammissibile la domanda e concluse con una interpretativa di rigetto.

Il profilo processuale della trattazione simultanea, legittimato dalla connessione fra le domande, non è emerso per un refuso nella sentenza n. 221/2015, peraltro non colto dai commentatori. La sentenza afferma che «[a] seguito di istanza di riassunzione parziale del giudizio principale presentata dalla stessa parte privata, il Tribunale ordinario di Trento ha disposto la separazione del procedimento relativo alla domanda, proposta in via subordinata, di autorizzazione all'intervento chirurgico e, con sentenza del 25 marzo 2015, ha autorizzato l'adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante intervento chirurgico». Tuttavia, ciò appare *ictu oculi* un'aberrazione, perché sospende la trattazione della domanda principale, non è ammissibile accogliere la domanda subordinata. Infatti, prima si sarebbe dovuto necessariamente rigettare la domanda principale e, quindi, decidere della subordinata. La q.l.c. pendente rubricata al reg. ord. n. 174 del 2015 riguarda proprio il primo tentativo di fare breccia in una prassi radicata nei decenni e vi è da sperare che la Corte costituzionale colga l'occasione per fare chiarezza anche su questa simultaneità. Tale chiarimento sarebbe quanto mai opportuno, in quanto, anche a causa di questo refuso, la prassi nei tribunali italiani talvolta insiste ancora per la struttura bifasica.

La casistica a favore e contro

³¹ L'ordinanza, che ha goduto di ampia diffusione con la pubblicazione in Gazzetta ufficiale, ha correttamente descritto tanto la domanda di rettificazione quanto quella dell'autorizzazione agli interventi medico-chirurgici necessari, senza ritenere che tale simultaneità fosse preclusiva alla trattazione della prima.

³² Corte EDU, *Y.Y. c. Turchia*, n. 14793/08, sentenza del 10 marzo 2015, in questa pronuncia tridentina citata forse per la prima volta da un giudice italiano. Questo precedente sarà poi seguito dalla citata sentenza *A.P. c. Francia*, esplicita nell'escludere la legittimità di requisiti quali l'operazione chirurgica e la sterilizzazione.

A favore della simultanea trattazione e decisione dal 2015 si sono espressi, oramai, la maggior parte dei tribunali, quali: Trib. Bari, sentenza 14 dicembre 2015; Trib. Modena, sentenza 3 febbraio 2016; Trib. Modena, sentenza 3 febbraio 2016; Trib. Napoli, sentenza 29 marzo 2016; Trib. Savona, sentenza 30 marzo 2016; Trib. Roma, sentenza 28 aprile 2016; Trib. Lucca 21 giugno 2016; Trib. Roma, sentenza 6 luglio 2016; Trib. Cassino, sentenza 14 luglio 2016; Trib. Viterbo, sentenza 22 agosto 2016; Trib. Bari, sentenza 27 settembre 2016; Trib. Salerno, sentenza 29 settembre 2016; Trib. Vicenza, sentenza 4 ottobre 2016; Trib. Padova, sentenza 16 ottobre 2016; Trib. Verona, sentenza 19 novembre 2016; Trib. Reggio Emilia, sentenza 23 novembre 2016; Trib. Padova, sentenza 6 dicembre 2016; Trib. Ragusa, sentenza 13 dicembre 2016; Trib. Verona, sentenza 22 dicembre 2016; Trib. Livorno, sentenza 24 dicembre 2016; Trib. Trieste, sentenza 2 marzo 2017; Trib. Rovereto, sentenza 13 marzo 2017; Trib. Roma, sentenza 4 aprile 2017; Trib. Milano, sentenza 10 aprile 2017; Trib. Treviso, sentenza 12 aprile 2017; Trib. Mantova, sentenza 21 aprile 2017.³³

In senso contrario si sono espressi altri giudici all'indomani delle sentenze del 2015, salvo in alcuni casi poi aderire a questa interpretazione. Così, Trib. Bologna, sentenza 18 febbraio 2016, nel *decisum* espressamente afferma, dopo aver disposto la rettificazione di prenome e sesso, che «non sussistono motivi ostativi all'autorizzazione del trattamento chirurgico per la modifica dei caratteri sessuali primari». Tuttavia, in una sentenza parziale del 28 settembre 2016 il medesimo tribunale provvedeva solo all'autorizzazione, rinviando a dopo l'intervento la trattazione della domanda di rettificazione:

La documentazione medica dalle cui conclusioni il Collegio non ha motivo di discostarsi, essendo la relazione basata su di un approfondito esame, oltre che saldamente ed esaustivamente motivata – conclude affermando che la ricorrente presenta un quadro strutturato e netto di transessualismo con tutti i requisiti e i presupposti psico-fisici per l'autorizzazione al necessario intervento chirurgico.

. . .

Per quanto riguarda invece la domanda di immediata rettificazione . . . deve, però, dimostrarsi come assolutamente necessario il configurarsi di un irreversibile cambiamento dei caratteri sessuali che escluda qualsiasi ambiguità, all'esito di un percorso e di un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso cui il cambiamento è avvenuto.

Nella specie, deve darsi conto come l'aver la ricorrente intrapreso il percorso solo di recente mediante l'assunzione della terapia ormonale virilizzante e le verifiche psicodiagnostiche, unitamente al dato anagrafico - trattasi infatti di persona di appena anni 27 - non danno piena contezza sul piano probatorio della necessaria irreversibilità; dunque, si ritiene sussistere i presupposti per disporre la rimessione della causa in istruttoria, onde completare tale preciso ed ultimo aspetto.

Tra le sentenze che hanno ritenuto non possibile il simultaneo accoglimento, si citano le seguenti: Tribunale di Mantova, sentenza parziale del 16 ottobre 2015, nella quale tuttavia non pare parte abbia chiesto l'accoglimento simultaneo, si è motivato che «[l]a causa va poi rimessa in istruttoria, con separata ordinanza, per provvedere con altra sentenza alla rettificazione anagrafica del sesso, dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza e dopo la concreta esecuzione dell'in-

33 Per lo più inedite, ma alcune riportate in <http://www.articolo29.it/2017/rettificazione-di-sesso-ununica-sentenza-a-tutela-della-identita-personale/>, con nota di A.M. Tonioni.

tervento chirurgico autorizzato»; Tribunale di Pavia, sentenza del 6 novembre 2015, «la rettificazione di attribuzione di sesso sarà disposta una volta accertata l'avvenuta effettuazione e la riuscita del trattamento autorizzato».

Peculiare appare Tribunale di Mantova, ordinanza del 15 gennaio 2016, «rilevato che per la prosecuzione occorre attendere il passaggio in giudicato della sentenza non definitiva emessa in data odierna», dove, quindi, si ritiene pregiudiziale alla domanda di rettificazione il passaggio in giudicato della sentenza e non l'effettuazione dell'intervento. Si osserva che la novella del 2011 ha definitivamente abrogato il secondo periodo dell'art. 3, legge n. 164/1982, ma ha introdotto la previsione che il tribunale autorizza l'intervento con sentenza «passata in giudicato». Permane contrario Tribunale di Torino, sentenza parziale del 1 febbraio 2016, «[l]a pronuncia sull'annotazione della rettificazione sull'atto di nascita, richiesta dall'attore, potrà avvenire solo a seguito dell'esecuzione dell'intervento».

Talvolta l'orientamento pare frutto di una svista, ovvero l'ignoranza della novella realizzatasi nel 2011, così Tribunale di Ravenna, ordinanza del 22 luglio 2016: «visto che parte attrice ha proposto altresì domanda di rettificazione del sesso anagrafico agli atti dello stato civile e che ai sensi dell'art. 3, 2° co l. 164/1982 il Tribunale deve «accertare l'effettuazione del trattamento autorizzato» e comunque accertare l'avvenuto completamento in capo alla medesima persona del percorso di transizione al genere maschile . . . ».

Tribunale di Ravenna, sentenza parziale del 19 agosto 2016, autorizzando e rinviando a dopo l'intervento, evidenzia nel suo argomentare una prospettiva che alcuni giudici ritengono anche avvalorata dalla stessa sentenza n. 15138/2015. Se presupposto della riattribuzione del genere anagrafico è, per la Cassazione, l'accertamento rigoroso della «compiutezza dell'approdo finale», «del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta», è evidente che, nella commistione fra elementi morfologici e psichici, tutti devono deporre nel senso che il percorso è stato completato, compiuto. Per il giudice ravennate

Nel caso di specie, peraltro, è la stessa parte attrice ad affermare, a pag 2 dell'atto di citazione, che "solo con l'intervento chirurgico potrà ottenere la desiderata coincidenza tra identità fisica e identità psichica": deve quindi ritenersi che in difetto di tale intervento la stessa non possa aver raggiunto quello stato di compiutezza e irreversibilità del cambiamento di sesso che pure la Corte costituzionale ha ritenuto comunque necessario accertare ai fini della pronuncia invocata.

Attesa la struttura bifasica del presente giudizio, si ritiene possibile limitarsi alla presente decisione autorizzativa e differire gli ulteriori necessari accertamenti, con remissione la causa in istruttoria sul punto al fine appunto di verificare la compiutezza del percorso scelto e soprattutto dell'approdo finale.

Tuttavia, se alcuni passaggi fuori contesto della sentenza della Corte suprema offrono il fianco a tale interpretazione, una valutazione sistematica della motivazione e del contesto normativo a seguito della novella, come detto, non può che condurre a rigettare tale approccio. D'altra parte, è la stessa Cassazione a impiegare un registro linguistico talvolta anche diverso, parlando di «definitività» e di «irreversibilità personale» della scelta, di «serietà ed univocità del percorso scelto» e sono queste espressioni che spostano giustamente l'oggetto dell'accertamento da un percorso che è anche medico-chirurgico al profilo della scelta, cioè della identità di genere rivendicata, della dimensione psichica dell'essere. In tal

sensu, anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 221/2015 ricorrere ad un'espressione che non esplicita una compiutezza nella transizione del soma. La seguente frase supporta un'interpretazione in termini di compiutezza della scelta e della transizione della psiche: «rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo».

A quanto noto pende anche giudizio di appello contro Tribunale di Venezia, sentenza non definitiva del 21 febbraio 2017, che ha negato il cumulo con le seguenti motivazioni, erroneamente leggendo il dato normativo in punto pregiudizialità del passaggio in giudicato della sentenza di autorizzazione:

Entrambe dette domande sono disciplinate dell'art. 31 d.lgs. 150/11 il quale, per quanto qui interessa, presuppone il passaggio in giudicato della pronuncia sulla prima quale condizione della seconda azione. Il che – implicando il passaggio in giudicato della pronuncia sulla prima domanda (art. 31, co. 4° d.lgs. 150/11) – presuppone, per la pronuncia sulla seconda, l'accertamento dell'intervenuta modifica dei caratteri sessuali primari. Posto che l'attore ha cumulato le domande, allo stato può decidersi unicamente sulla prima con sentenza c.d. parziale, rimettendo la causa in istruttoria, all'esito della quale pronunciare sulla rettificazione anagrafica previo riscontro dei presupposti in fatto ed in diritto di cui all'art. 31 co. 5° d.lgs. cit.

La novella del 2011, quindi, ha dato sostanza e supporto testuale a interpretazioni rispettose del diritto fondamentale all'identità di genere e a prassi virtuose nelle aule di tribunali. C'è da sperare che i giudici, da quelli di merito a quelli costituzionali, nelle prossime pronunce non si contentino di ridefinire i margini di una tradizionale giurisprudenziale ancora troppo ancorata ad un'ottica medicalizzante, ma assumano pienamente la rivoluzione di prospettiva che è imposta dalla protezione della dignità – e non più solo della salute – delle persone trans.

12. Conclusioni

Riassumendo, le criticità nell'attuale prassi attuativa della normativa in materia di rettificazione suggerisce dapprima di correttamente individuare ciò che deve essere oggetto di accertamento nel giudizio: l'identità di genere. Il fatto che sia un fatto necessariamente ignoto, di cui il giudice non può avere apprensione diretta, non autorizza ad ordalie medievali. Infatti, retrospettivamente la "coazione al bisturi" determinata dalla prassi giudiziaria diffusasi nei primi trent'anni dall'entrata in vigore della legge n. 164/1982, sebbene non priva di rilevanti appigli testuali, ricorda questo "mezzo istruttorio" medievale: «non posso sondare la tua mente, ma se sopporterai e sopravvivrà a quest'atto così invasivo e distruttivo del tuo corpo, anche se non lo desideri, ebbene, allora *dabo tibi jus*».

Preso atto che non era possibile dare al giudice accesso diretto a questo fatto ignoto, il legislatore ha richiamato gli indizi da cui desumerlo. La corretta interpretazione delle «intervenute modificazioni dei caratteri sessuali» rinvia a tutti quegli elementi che contraddistinguono il genere, l'identità di genere, cioè quel dato complesso di cui già parlava la più volte citata sentenza n. 161/1985. I caratteri sessuali tanto primari quanto secondari, nella loro accezione medica, non sono che un elemento. In ogni caso il dato morfologico deve cedere di fronte a quello psichico, dacché questo è l'essenza del diritto all'identità di genere.

Per tali ragioni, come già si è osservato altrove³⁴, ciò che per il diritto era il sesso anagrafico delle persone oggi è più correttamente da intendersi come il loro genere anagrafico. Infatti, nel nostro ordinamento il sesso (biologico), come accertato alla nascita, non è che una presunzione relativa di quella che sarà l'identità di genere della persona. Laddove questi non coincidano, sarà la dimensione psichica a prevalere.

I dispositivi delle sentenze di regola non contengono un capo di accertamento. Questo appare scorretto, in quanto il presupposto dell'ordine di rettificazione è l'effetto di un previo accertamento, previsto peraltro dall'art. 1, legge n. 164/1982, che dovrebbe essere espresso. Tuttavia, questo accertamento deve essere affermato in aderenza alla predetta norma e non appare corretto chiedere che sia accertata una «disforia di genere»³⁵ o il mero adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali (intesi nell'accezione squisitamente medica). Infatti, indirizzare l'accertamento verso tali profili avalla la tradizione patologizzante e comunque medicalizzante del giudizio di riattribuzione del genere anagrafico.

Al giudice rimane il libero apprezzamento degli indizi emersi nel giudizio e l'esercizio motivato dei propri poteri ufficiosi, che devono rimanere l'eccezione in un giudizio ordinario di cognizione.³⁶ Deve essere escluso ogni automatismo quanto a consulenze, pena collocarsi illegittimamente in un'ottica diagnostica e non di tutela e riconoscimento di un diritto all'identità personale. Inoltre, quand'anche consulenze fossero disposte, queste devono essere rispettose della dignità della persona.

Taluni quesiti tratti da reali processi italiani e proposti in questa riflessione collidono con questa fondamentale dignità e rientrano nella citata logica dell'ordalia. Se per decenni le ispezioni corporali, i monitoraggi sulla funzionalità degli apparati riproduttivi, gli ennesimi colloqui sui momenti più intimi e talvolta drammatici della vita sono stati accettati dalle persone trans è perché i beni ricercati, siano essi l'autorizzazione o la rettificazione, erano talmente importanti per il benessere della loro vita che *obtorto collo* non obiettavano alle richieste, alle imposizioni del giudice e dei suoi ausiliari, pena il rigetto della domanda. Queste coazioni istruttorie ricordano la denuncia da parte dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali di una prassi in essere nella Repubblica ceca in materia di asilo. Questo Stato sottoponeva gli omosessuali richiedenti protezione internazionale a cagione della violenza e del rischio per la loro vita che incorrevano nel Paese di origine ad un «test fallometrico». Per sondarne il loro «vero» orientamento sessuale talvolta proiettavano filmati pornografici per eterosessuali e se non vi era erezione, le loro allegazioni erano considerate provate.³⁷ Le obiezioni a questa prassi ceca sono

34 Quanto alla nozione di un genere giuridico in luogo di un sesso giuridico, A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in *Omogenitorialità*, Milano, 2011, 35, 42 ss.

35 In tal senso si era espresso già Francia la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), nel parere reso il 27 giugno 2013, par. 22, osservando che «*la demande d'attestation d'un syndrome de dysphorie de genre . . . contribue, dans le cadre judiciaire, à la stigmatisation de ces personnes et à l'incompréhension de ce qu'est la réalité de la transidentité*». *Contra*, invece, Cardaci, cit., *passim*, che parla di «accertamento della disforia di genere». Spesso è la stessa parte a indirizzare in tal senso, v. Tribunale di Lucca, sentenza del 24 novembre 2016, dove la persona trans chiedeva di «accertare la disforia di genere», senza peraltro che alcuna siffatta statuizione fosse inclusa nel dispositivo.

36 Ad avviso della Corte EDU, un limite certo è l'esercizio arbitrario dei poteri istruttori, *A.P. c. Francia*, cit., § 150. L'importante sentenza della Corte europea denota, tuttavia, un approccio patologizzante, giustificando tanto la precedente prassi dei giudici francesi di esigere una diagnosi di disforia di genere quanto di ordinare ispezioni corporali e accertamenti medici d'équipe (ivi, § 149-154). Si può osservare, tuttavia, che la Corte ebbe ad esprimersi rispetto a procedimenti civili francesi in essere in un periodo in cui la depatologizzazione nella scienza psichiatrica internazionale non si era ancora affermata.

37 Vedi Agenzia UE per i diritti fondamentali, comunicato stampa 9 dicembre 2010, disponibile all'URL <http://fra.europa.eu/en/news/2011/practice-phallometric-testing-gay-asylum-seekers>: «*The discussion on 'phallometry' stems from a decision adopted on 7 September 2009 by the German*

trasponibili agli accertamenti a cui sono sottoposte le persone trans e un giudice italiano non può non porsi la questione dell'impatto delle consulenze ufficiose sulla dignità dei periziandi.

Un'istruttoria correttamente impostata potrebbe essere anche solo documentale (collezioni fotografiche, dichiarazioni di terzi, eventualmente documentazione medica, che è spesso già in possesso della parte, ma certo non di per sé necessaria) e dovrebbe includere sempre un interrogatorio formale, che in questi giudizi pare ineludibile. La sentenza darà, quindi, atto dell'accertamento di intervenute modificazioni in senso maschile o femminile, attribuirà prenome e genere anagrafico, ordinerà la rettificazione all'ufficiale di stato civile e, se richiesto, autorizzerà contestualmente all'intervento.

Questo processo, rispettoso della dignità delle persone trans, è un processo che colloca tali giudizi fuori da un'aura di patologizzazione e rimuove una latente sensazione di eccezionalità, riportandolo ai normali standard processual-civiltistici. È sufficiente, dopo tutto, tenere presente quanto venne detto già diversi millenni addietro: «Tutto ciò che siamo è il risultato di ciò che abbiamo pensato: esso è fondato sui nostri pensieri, è costituito dai nostri pensieri»³⁸.

** Progetto Biodiritto, Università di Trento

Administrative Court in Schleswig Holstein granting an interim measure and ordering the stay of transfer under the Dublin II Regulation of an Iranian gay man because of the possible use of 'phallometry' in the Czech Republic. As concluded by the German Court, 'phallometric testing' is difficult to reconcile with existing human rights standards. Several arguments support this: firstly, the practice raises doubts in light of Article 3 of the ECHR (link is external), which prohibits torture and inhuman or degrading treatment; secondly, it raises doubts as to its compatibility with Article 8 of the Convention, since this procedure touches upon 'a most intimate part of an individual's private life'; finally, the practice of 'phallometry' cannot be defended on the basis that it is only performed with the explicit consent of the person concerned».

38 Buddha, *Dhammapada*, cap. I, verso 2.