

Questione di biodiritto

RETTIFICAZIONE DI SESSO DAGLI ANNI OTTANTA AD OGGI E RELATIVE CONSEGUENZE GIURIDICHE

Con questo elaborato intendo dare alcuni cenni sul percorso storico in Europa ed, in particolare in Italia, in relazione alla rettificazione di sesso dagli anni '80 ad oggi sia dal punto di vista medico che giuridico ponendo in risalto due problematiche particolari recentemente oggetto di intervento della Corte Costituzionale in Italia.

La prima riguarda l'obbligatorietà o meno dell'intervento chirurgico per la procedura giudiziale di rettificazione del sesso con le relative problematiche del caso soprattutto in Italia.

La seconda problematica riguarda l'obbligatorietà o meno dello scioglimento/cessazione degli effetti civili del matrimonio a seguito della rettifica del sesso per la legislazione italiana italiana.

1) Il sesso biologico e quello legale. Il transessualismo e l'autorità medico- scientifica.

Ogni essere umano ottiene l'attribuzione di un sesso "anagrafico" alla nascita a fronte di un esame morfologico degli organi genitali.

La storia ha dimostrato come questa attribuzione coincida con la realtà nella maggior parte dei casi. Se però la componente psicologica si discosta dal dato biologico accade che il sesso definito "legale" possa non coincidere con quella reale/biologico come nei casi di intersessualità e il transessualismo.

L'intersessualità è un termine usato per descrivere quelle persone i cui cromosomi sessuali, i genitali e/o i caratteri sessuali non sono definibili come esclusivamente maschili o femminili.

Il «*transessuale* è colui o colei che desidera attuare o ha già attuato una



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

transizione sociale, somatica o chirurgica da maschio a femmina (M to F) o viceversa (F to M) perché soffre di disforia di genere. Quest'ultima è una condizione causata da una spiccata incongruenza tra il genere assegnato alla nascita e quello che si sente come

proprio» come afferma Alessandra Fisher, endocrinologa dell'unità di Medicina della Sessualità e Andrologia dell'Ospedale Careggi di Firenze, e membro italiano della Wpat. In questi casi, l'elemento fenotipico della sessualità non sembra avere rilevanza e il dato fondamentale diventa il genere che viene definito come *“variabile socio-culturale, una qualità della persona in base alla quale della stessa si può dire che è maschile o femminile”*.

Secondo tale teoria, il genere può discostarsi dal sesso biologico e può

cambiare nel tempo. La medicina e l'autorità scientifica hanno ritenuto, inizialmente, che il genere fosse

un'autentica patologia (disturbo dell'identità di genere: DIG), risolvibile solo attraverso un percorso (detto RCS) suddiviso in tre fasi necessarie:

- . 1) esperienza reale del sesso desiderato;
- . 2) trattamento ormonale;
- . 3) riassegnazione chirurgica dei caratteri sessuali

Solo chi completava positivamente i tre passaggi veniva considerato guarito e meritevole di tutela anche dal punto di vista legislativo per poter essere considerato anche dalla società come persona del sesso opposto.

L'International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) inserisce il transessualismo all'interno dei *“Gender Identity Disorders (GID)”*

definendolo come *“desiderio di vivere ed essere accettato come membro del sesso opposto, di solito accompagnato da una sensazione di disagio o di inappropriatazza relativa al proprio sesso anatomico e dal desiderio di*



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

ricorrere a trattamenti ormonali e ad interventi chirurgici per rendere il proprio corpo più adeguato possibile al proprio sesso preferito”.

Nel 2013, nel manuale diagnostico statistico dei disturbi mentale redatto dall’American Psychiatric Association, il DSM-5, però, la condizione del trans viene rimossa dal capitolo che raggruppa i disordini sessuali e costituita in un capitolo a parte.

Sembra esserci stato come effettivamente è avvenuto un cambio di rotta dove ciò che prima era studiato come una deviazione del comportamento umano e, quindi, una patologia, oggi, invece, il transessuale viene osservato nella fase in cui potrebbe sviluppare un disturbo mentale per le sfide che potrebbe essere costretto ad affrontare.

2) L’evoluzione dei diritti a tutela del transessuale in Europa

Il transessuale ha il diritto di acquisire un’identità di genere diretta a permettergli di costruirsi una propria e peculiare identità di genere.

L’affermazione di tale diritto ha avuto un notevole aiuto da parte della Corte europea che lo ha definito come «*right to establish details of their identity as individual human beings*», quindi, il diritto all'autodeterminazione della persona.

Nel 2002 la Corte Europea con il “*revirement de jurisprudence esitante spectaculaire*” ha affermato che:

- . 1) l’elemento cromosomico non è l’unico elemento da considerare per l’identità di genere;
- . 2) è necessario rispettare il principio di autonomia personale anche per i transessuali;
- . 3) gli Stati devono disciplinare il mutamento di stato civile per le persone transessuali.



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

Nel 2009, il Commissario dei diritti umani ha pubblicato un documento del Consiglio

d'Europa intitolato “*diritti umani e identità di genere*” (Hammabergh, I Diritti Umani e l'Identità di Genere, disponibile al sito: <http://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg-Ital.pdf>) con il quale si è chiesto agli Stati membri di riconoscere il cambiamento di genere dei transessuali senza la necessità di imporre interventi chirurgici.

Nel 2010, una risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (risoluzione del 29/04/2010 n. 1728) ha evidenziato la necessità che gli Stati membri introducessero normative sul cambiamento di sesso anagrafico evitando ai transessuali di essere sottoposti a trattamento medico o operazione chirurgica. Nessuno ha negato che sia il trattamento ormonale che la RCS sono rischiosi per la salute di chi vi si sottopone.

Nella risoluzione n. 2048 del 2015, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha sottolineato la necessità ed urgenza di tutelare il diritto a veder riconosciuta la propria identità di genere esprimendo preoccupazione per la violazione dei diritti umani delle persone transessuali costrette alla medicalizzazione, alla sterilizzazione coatta e al divorzio imposto.

Tale problema era già precedentemente stato sollevato dalle Nazioni Unite nel 2013.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che il cambiamento di sesso comporta l'integrale acquisizione dei relativi diritti, non essendo ammissibile un trattamento della persona basato sul suo sesso biologico, trattandosi, nel caso di specie, di un'illegittima discriminazione fondata sul sesso.

Nel 2015 e nel 2017, con due diverse sentenze (Cedu 10-3-2015, ricorso n. 14793/08, Y.Y. c. Turchia, e Cedu 6-4-2017, Garçon e Nicot c. Francia), la Corte di Giustizia europea ha sottolineato come la sterilità richiesta alla



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

persona che vuole rettificare il sesso sia contraria al diritto alla vita privata e familiare oltre che al diritto alla salute.

Gli Stati membri dell'Europa hanno reagito in maniera difforme tra loro a questa evoluzione sociale.

Nell'1980, in materia di transessualismo, la legge tedesca prevedeva due risposte differenti al transessualismo: la prima detta "*piccola soluzione*" permetteva la sola possibilità di modificare il prenome, da maschio a femmina o viceversa, senza alcun intervento chirurgico e senza la modifica anagrafica del sesso. Questo poteva avvenire dopo un'indagine psicologica che accertasse il disturbo dell'identità di genere.

La seconda risposta tedesca al transessualismo era detta "*grande soluzione*" e prevedeva la modifica anagrafica del sesso dopo l'intervento chirurgico. Il transessuale doveva diventare permanentemente sterile. La Corte costituzionale tedesca, nel 2008, ha dichiarato che tali condizioni sono "impretendibili" in quanto contrarie al diritto di autodeterminazione sessuale e al diritto di integrità fisica.

In Francia nel 1992 l'Assemblea plenaria della Corte di Cassazione francese, mancando una legislazione in materia, ha indicato i tre elementi necessari per la rettificazione del sesso;

- . a) l'accertamento medico della sindrome di disforia di genere;
- . b) un trattamento medico-chirurgico;
- . c) un'apparenza fisica e un comportamento sociale conforme al sesso richiesto.

Nel 2012, la Prima Sezione Civile della Cour de Cassation ha chiarito la nozione di "*trattamento medico chirurgico subito a fini terapeutici*" ritenendo che si riferisca alla trasformazione irreversibile dell'aspetto dell'individuo. Già, nel 2010, il Ministero della Giustizia aveva emanato una



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

circolare nella quale evidenziava che la trasformazione richiesta non richiedere per forza l'ablazione degli organi genitali.

Vi sono, quindi, alcune sentenze successive di giudici di merito che ritengono che l'irreversibilità del processo di cambiamento del sesso possa avvenire anche solo con trattamenti ormonali. La mancanza di legislazione ha, però, portato in Francia a trattamenti difformi a seguito di sentenze difformi.

Il legislatore del Regno Unito, dell'Ungheria, della Svezia e della Finlandia hanno previsto la possibilità di ottenere la rettifica del nome e del sesso anagrafico senza la

necessità di un intervento chirurgico purchè risulti diagnosticato il disturbo dell'identità di genere.

Peraltro, la procedura è di tipo amministrativo e non giurisdizionale.

Il Tribunale Supremo spagnolo ha previsto nel 2002 tre tappe necessarie e precisamente:

a) b) c)

diagnosi di disforia di genere per la rettifica del sesso. Nel 2015, invece, lo Stato di Malta ha stabilito con legge che il soggetto maggiorenne

può cambiare sesso mediante una semplice dichiarazione riportata in un atto notarile senza necessità di null'altro.

3) L'evoluzione storico-giuridica dei diritti a tutela delle persone transessuali in Italia.

In Italia, la normativa in materia di rettificazione di attribuzione di sesso è regolata dalla Legge del 14 aprile 1982, n. 164, oggi modificata dal d.lgs 01/09/11 n. 150.

La Corte Costituzionale, con la sentenza del 24 maggio 1985, n. 161, dopo



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

tre anni dalla promulgazione della legge sopra menzionato, ha spiegato la ratio legis sottesa a questa legge: *“il legislatore è intervenuto, senza certamente né provocarla né agevolarla, su di una realtà fenomenica nota, anche se di dimensioni quantitative assai modeste, per apprestare adeguata tutela ai soggetti affetti da sindrome transessuale. E poiché il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce a una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo "naturale" modo di essere, il legislatore ha preso atto di una simile situazione, nei termini prospettati dalla scienza medica, per dettare le norme idonee, quando necessario, a garantire gli accertamenti del caso ovvero a consentire - sempre secondo le indicazioni della medicina - l'intervento chirurgico risolutore, e dare, quindi, corso alla conseguente rettificazione anagrafica del sesso. In definitiva, la legge n. 164 del 1982 si è voluta dare carico anche di questi "diversi", producendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e, in tal modo, aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza”*.

il trattamento ormonale, il trattamento chirurgico demolitorio;

il trattamento chirurgico ricostruttivo. Nel 2007, la legislazione spagnola si è uniformata al Regno Unito richiedendo la

Il Legislatore del 1982 era conscio che gli effetti del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso sarebbero ricaduti nella famiglia, intesa come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29, comma 1 della nostra Carta costituzionale). Non a caso, l'art. 2 della Legge 164/82 prevedeva e prevede che il Presidente del tribunale, tra le altre cose, fissi il termine per la notificazione del ricorso al coniuge e ai figli. Così l'art. 4 prevede che la pronuncia di rettificazione provoca *“lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso”*, richiamando le norme sul divorzio.



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

Certamente, il mutamento dei costumi sociali, il cambiamento della percezione dell'opinione pubblica delle persone transessuali a fronte anche dell'evoluzione medico- psichiatrica di “depatologizzazione” del disturbo di identità di genere, hanno permesso di modificare la giurisprudenza giungendo a diverse sentenze fino a portare più questioni di costituzionalità della L. 164/82 direttamente davanti alla Corte Costituzione.

L'art. 1 della legge 164/82 statuisce *“la rettificazione si fa in forza di sentenza del Tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali”*.

Dunque, la legge del 1982 si impegna a garantire l'accertamento delle esigenze di natura sessuale dei transessuali consentendo loro, se necessario, di procedere alle operazioni di cambiamento del sesso per poter ottenere la rettificazione del sesso all'ufficio di stato civile.

Si premette a tal proposito che la medicina distingue tra caratteri sessuali primari (organi genitali e riproduttivi) e caratteri sessuali secondari (elementi che caratterizzano specificatamente il maschio e la femmina quali: peluria, laringe, timbro della voce, seno ecc.).

La giurisprudenza consolidata per circa i primi tre decenni dopo la promulgazione della legge, riteneva che per la rettificazione del sesso servisse un'operazione chirurgica sui caratteri sessuali primari e, quindi, sugli apparati riproduttori del maschio e della femmina.

L'art. 31 del d.lg. 1 settembre 2011, n. 150 ha stabilito che *“quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico- chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato”*.

Per comprendere l'iter, dal 1982, per ottenere l'autorizzazione alla rettificazione del sesso, il richiedente si rivolge al Tribunale di residenza, il



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

quale può disporre una

consulenza tecnica per accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato. L'autorizzazione del giudice è necessaria non essendo possibile, in mancanza, rimuovere un organo sano. L'art. 5 c.c. stabilisce che *“gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge (579 c.p.), all'ordine pubblico o al buon costume (32 Cost.)”*.

Seppur non prevista dalla legge, l'attore che chiede la rettificazione del sesso viene sottoposto ad un percorso psicologico, ritenuto essenziale dalle strutture nazionali che hanno approvato e recepito gli Standard italiani sui percorsi di adeguamento dell'Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere e dalle maggiori organizzazioni internazionali.

Il soggetto è sottoposto anche alla terapia ormonale che non necessita di autorizzazione. Questa deve avvenire secondo le procedure previste dagli Standard per il percorso di adeguamento di sesso adottati dall'Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere. Si tratta di terapie invasive che producono cambiamenti sostanziali (testosterone per il cambiamento da donna a uomo e estrogeni femminilizzanti e farmaci antiandrogenici per il cambiamento da uomo a donna).

L'autorizzazione al cambio anagrafico si ottiene dopo la cosiddetta ri-attribuzione chirurgica di sesso (RCS).

Anche in questo caso è necessario presentare ricorso al Tribunale di residenza per ottenere la rettifica anagrafica dove vengono esibite le cartelle cliniche della struttura sanitaria dove è stata effettuata la riconversione.

Questa è, o meglio, era la procedura necessaria per la rettificazione anagrafica del sesso quanto meno fino alla sentenza n. 5/11/15 n. 221 della Corte Costituzionale.



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

4) Le sentenze della Corte di Cassazione del 20/07/15 n. 15138 e n. 221/15 della Corte Costituzionale e le questioni irrisolte.

La Consulta, rifacendosi all'interpretazione data dalla sentenza della Corte di Cassazione di pochi mesi prima del 20/07/15 n. 15138, ha escluso la necessità dell'intervento chirurgico per la rettificazione del sesso. La questione di incostituzionalità è stata sollevata sull'art. 1 della L. 164/82 relativamente agli art. 2, 3, 32 e 117 della Costituzione in relazione all'art. 8 CEDU.

La Corte ha evidenziato che la modalità del percorso di transizione di ciascun transessuale deve rientrare in una scelta personale nel rispetto del diritto all'identità personale richiamato dall'art. 2 Cost e dall'art. 8 CEDU. Contestualmente, la Corte ha richiamato la presenza di un dato oggettivo che deve riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che devono far parte del percorso effettuato con l'assistenza del medico e di altri specialisti. Di fatto, la Corte attribuisce un forte ruolo al giudice che deve valutare l'effettiva necessità dell'intervento chirurgico in relazione al caso concreto.

La Consulta ha escluso la necessità del trattamento chirurgico nel percorso giudiziale di rettificazione anagrafica del sesso sulla mancanza nell'art. 1 della L. 164/82 di riferimenti testuali sulle modalità (chirurgiche, ormonali, o conseguenti ad un'attività congenita).

In base a questo dettato, vi deve essere un rigoroso accertamento giudiziale sulle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e lo strumento chirurgico diventa solo uno strumento eventuale.

Per la Corte anche l'art. 31 del d.lgs n. 150 del 2011 fa riferimento ad un trattamento medico chirurgico solo eventuale.

L'intervento, quindi, non è un prerequisite ma un possibile mezzo per il conseguimento della rettificazione del sesso.



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

Da questo momento il precedente indirizzo giurisprudenziale maggioritario che prevedeva di autorizzare la rettificazione anagrafica solo in presenza dell'intervento chirurgico risulta in contrasto con gli art. 2, 3 e 32 della Cost. e con l'art. 8 CEDU.

La Corte Costituzionale riconduce il diritto al cambiamento di sesso nell'area dei diritti inviolabili della persona secondo quanto stabilito dalla sentenza della stessa Corte n. 161/85 e qualifica l'identità sessuale *“come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio privilegiando .. il o i fattori dominanti”* senza distinguere i caratteri primari e secondari.

La sentenza 15138/15 della Corte di Cassazione aveva, infatti, evidenziato che *“ai fini della rettificazione anagrafica del sesso non è necessario un previo intervento chirurgico demolitivo e (o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, allorchè vi sia stato l'adeguamento dei caratteri sessuali secondari estetico-somatici e ormonali e sia stata accertata (tenuto conto dell'interesse pubblico alla certezza degli stati giuridici) l'irreversibilità anche psicologica della scelta di mutamento del sesso da parte dell'istante”*.

Inoltre, secondo questa sentenza, il mutamento di sesso attiene ai diritti fondamentali della persona con la conseguenza che nessuno può essere sottoposto ad intervento chirurgico senza il proprio consenso se lo stesso si riveli non necessario, inutile e dannoso.

A fronte delle due sentenze sopra esposte, le sentenze successive dei giudici di merito hanno ritenuto di poter applicare l'interpretazione costituzionale fornita dalla Consulta.

Il Tribunale di Savona con sentenza del 30 marzo 2016 n. 357 ha autorizzato la rettificazione di sesso di un uomo sottoposto alla sola terapia ormonale femminilizzante sostenendo che *“non si ricava immediatamente quali debbano essere i caratteri sessuali da modificare, potendosi ritenere*



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

sufficiente anche una modifica dei caratteri sessuali secondari, per la quale è normalmente sufficiente effettuare delle cure ormonali, e non anche una modifica dei caratteri sessuali primari, che richiede, invece un'operazione chirurgica particolarmente invasiva”.

Di fatto, con il supporto di una perizia tecnica che riferiva che *“la discrepanza tra l’attuale aspetto esteriore .. e i documenti anagrafici comporta sia uno stato di sofferenza interiore sia un reale impedimento a potersi vivere e progettare nella realtà con la dovuta serenità”*. Il Giudice ha ritenuto prioritario il benessere psicofisico della persona non subordinando la rettificazione del sesso all’intervento chirurgico.

Questa sentenza ha, di fatto, valorizzato solo il dato psicologico soggettivo con la conseguenza di un terzo genere non riconosciuto nell’ambito giuridico e sociale italiano. Interessante è l’excursus che il Tribunale di Avezzano fa con un provvedimento del 12/01/17 a firma del collegio Forgillo, Dell’Orso e Lupia, nella causa 1679/15 nel quale evidenzia il rischio di dare ingresso all’identità del *terzium genus* che la Corte di Cassazione nel 2015 aveva testualmente escluso che nel tempo avevano portato o le

sentenze simili a quella sopra richiamata del Tribunale di Savona. Questo provvedimento dei giudici di Avezzano conferma che l’intervento chirurgico

non è necessario ma solo eventuale; conferma che il soggetto caratterizzato in modo non conforme a quella che pare essere la sua identità prevalente abbia diritto ad un intervento di riallineamento previsto dalla legge. Sottolinea, però che questo riallineamento deve rientrare negli unici due generi riconosciuti dall’ordinamento (uomo/donna) senza l’ingresso di ulteriori generi come confermato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 15138/15.

Secondo questo provvedimento, la Suprema Corte ha riconosciuto alla *“transessualità”* di ottenere piena e autonoma collocazione nell’ordinamento italiano. La Corte afferma *“anche i secondari richiedono interventi modificativi anche incisivi come è emerso anche*



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

dalle consulenze tecniche d'ufficio disposte nel giudizio di merito (trattamenti ormonali di lungo periodo, interventi di chirurgia estetica modificativi di tratti somatici appartenenti al genere originario, interventi additivi o ricostruttivi quali quelli relativi al seno in caso di mutamento dal genere maschile o femminile)” e ancora “la complessità del percorso, in quanto sostenuto da una pluralità di presidi medici (terapie ormonali, trattamenti estetici) e psicologici mette ulteriormente in luce l'appartenenza del diritto in questione al nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale, in modo da consentire un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche che costituisce il limite coerentemente indicato dal nostro ordinamento al suo riconoscimento”; inoltre “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”.

La Corte costituzionale richiede un mutamento dei caratteri sessuali in senso oggettivo e, quindi, modificazioni che dovranno intaccare gli organi sessuali primari e/o secondari al fine di non ingenerare confusione di generi per evitare il tertium genus.

La Corte, quindi, afferma la necessità d'intervento quante volte risulterà effettivamente necessario; non indispensabile quelle volte in cui gran parte dei caratteri sessuali primari e/o secondari siano già irreversibilmente dell'altro sesso.

Al contrario, la successiva sentenza del Tribunale di Savona, valorizzando l'aspettativa del soggetto, prescinde totalmente da interventi ritenendo sufficiente la cura ormonale.

Il problema del tertium genus richiamato dalla sentenza della Cassazione 15138/15 riguarda i rapporti sociali interrelazionali.



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

L'art. 2 della Costituzione tutela i diritti inviolabili dell'uomo non solo nella prospettiva individualistica ma anche nelle relazioni sociali e, quindi, giuridiche che fanno parte della persona umana. La Corte Costituzionale parla di *“un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche”*.

I Giudici avezzanesi evidenziano come nella società in cui viviamo è rilevante comprendere con certezza il genere della persona con cui ci relazioniamo per evitare problematiche quali, solo a titolo esemplificativo, frequentazioni di palestre e spogliatoi, bagni pubblici, ispezioni personali di polizia, scuole con classi settoriali, reparti in

ospedali settoriali, reparti lavorativi settoriali, carceri, concorsi, costumi da tenere in spiaggia ecc.

Oggi la legge italiana, a torto o a ragione, differenzia il genere in due: uomo e donna.

Peraltro, la stessa Corte costituzionale con sentenza 264/12 ha sottolineato che *“tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”*. Ne consegue che tra diritti di pari rilievo costituzionale nessuno è protetto in termini assoluti dalla Costituzione ma soggetto ai limiti necessari per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori.

Questo avviene sempre come, ad esempio, nel caso del principio di tutela della salute previsto all'art. 32 che tiene conto dell'equilibrio finanziario previsto dall'art. 81 della Costituzione o il principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) con il principio di diritto di difesa (art. 24 Cost.) ecc.

Il provvedimento del Tribunale di Avezzano sul punto differenzia i principi dalle regole evidenziando che i primi sono *“possibili al bilanciamento, le*



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

seconde da applicare senza opzioni”. Così se la manifestazione del pensiero, la libertà di coscienza, la dignità umana, l’iniziativa economica privata sono principi tutelati che vengono contemperati con l’ordine sociale, con il costume corrente e con le regole di tollerabile convivenza (Corte costituzionale n. 141/1996), il diritto è composto di regole che si pongono in contrasto con il principio di autodeterminazione e massima espansione della persona. Pensiamo al divieto di circolare in luoghi pubblici nudi, di circolare in motocicletta senza casco, di fare schiamazzi ecc.

Il Tribunale evidenzia che *“ove si volesse ritenere che sempre e comunque prevale la scelta individuale della persona detti limiti non dovrebbero più ammettersi”*.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 180/1994 legittima, per esempio, la norma che impone l’uso del casco a chi va in motocicletta a tutela della stessa salute. In questo caso tale secondo principio assume rilevanza prevalente rispetto alla libera scelta dell’individuo e ciò a dimostrazione di un bilanciamento non irragionevole.

Il Tribunale di Avezzano sottolinea, quindi, come *“la piena estrinsecazione della personalità umana può subire regole e limitazioni”*.

I limiti di un diritto di interesse costituzionale devono essere *“proporzionati”* e quindi *“non eccessivi in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può mai essere tale da annullarne il contenuto essenziale”* (Tribunale Avezzano 12/01/17).

I Giudici di Avezzano, pur condividendo la sentenza della Corte di Cassazione n. 15138/15 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 221/15 quando affermano la non necessità di intervento chirurgico per la rettifica di genere anagrafica, ritiene che non possano essere tenute in debito conto le *“pesanti ricadute nella vita delle altre persone”* che ci sono se *“i caratteri sessuali primari per scelta o per circostanze del caso possano o debbano essere mostrati emergendo l’esigenza di raccordo tra diritti individue e*



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

diritti della collettività”. Non avendo il Giudice costituzionale dato interpretazioni costituzionalmente orientate per adeguare il bilanciamento tra le giuste esigenze e i valori in essere il Tribunale di Avezzano ritiene che sia il Giudice di merito a dover trovare la soluzione più appropriata.

A questo punto il Collegio di Avezzano afferma che il ricorrente che chiede la rettifica di sesso e che ha per caratteristiche innate o per precedenti interventi o per altra causa già tutte le caratteristiche del genere opposto senza che nella collettività possa sorgere imbarazzo e disorientamento, otterrà il pieno riconoscimento del mutamento del sesso anche senza intervento.

Questo, invece, non dovrebbe avvenire nel caso in cui l’esigenza del singolo si traduca in un aggravio per la società al punto da richiedere che *“siano i più a doversi adeguare alle esigenze delle minoranze”*.

Il Tribunale conclude, quindi, affermando che *“pur salvaguardata l’identità sessuale e la libertà sessuale, mancano ulteriori addentellati costituzionali per giustificare un passaggio ulteriore all’adeguamento che la società dovrebbe fare per supportare l’integrale esplicazione del diritto in questione. Come dimostrano i più recenti studi comparativi di altri ordinamenti sull’argomento, è soltanto con interventi normativi coordinati e complessivi che può realizzarsi obiettivamente la piena integrazione richiesta”*.

5) La sentenza 170/2014 della Corte Costituzionale sul divorzio “imposto” in caso di rettificazione di sesso.

A seguito della normativa in materia di rettificazione di sesso n. 164/1982, la legge 74/87 ha introdotto l’art. 3 n. 2 lett. G) alla legge 898/1970 che recita *“lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato quanto ... è passata in giudicato la sentenza di attribuzione di sesso a norma della L. 14 aprile 1982 n. 164”*.

Gli art. 453 e 102 del D.P.R. 396/2000 stabiliscono che le annotazioni su atto già trascritto nei registri non possano essere compiute se non in forza di legge



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

o di sentenza e di conseguenza l'annotazione dello scioglimento del matrimonio effettuata dall'Ufficio di stato civile non sarebbe legittima.

L'art. 31, co. 5 e 6 della legge 150/11 statuisce che *“con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il Tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del Comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro”*.

Fatte queste premesse, la vicenda nasce da un caso di cui si è occupato il Tribunale di Modena (Trib. Modena 28 ottobre 2010, in Fam. pers. succ., 2011, 72) dove i ricorrenti fondavano il ricorso sul fatto che la cessazione degli effetti del vincolo coniugale avrebbe dovuto essere pronunciata con sentenza emessa a seguito di procedimento divorzile mentre l'ufficiale di stato civile, ricevuta la sentenza di rettifica di sesso del coniuge aveva inserito la dicitura che il matrimonio era risolto automaticamente per legge.

Peraltro, i coniugi avevano deciso di mantenere il vincolo matrimoniale. Il Tribunale di Modena accoglieva il ricorso. Il Ministero dell'Interno impugnava l'ordinanza e la Corte d'appello di Bologna

riformava la decisione sul fatto che lo stato civile è fondato su principi di veridicità che impongono un'esatta corrispondenza delle annotazioni presenti sugli atti di stato civile con la reale condizione giuridica matrimoniale. La Corte, nel caso in esame, ha ritenuto rilevante l'incertezza e la potenziale confusione che l'esistenza di tale vincolo poteva ingenerare nei rapporti sociali (App. Bologna 18 maggio 2011, in Fam. pers. succ., 2011, 696, e in Fam. e dir., 2012, 739). I ricorrenti impugnavano la sentenza davanti alla Corte di Cassazione (Cass. 6/06/13 n. 14329) la quale rilevava che nessuna norma prevede l'automatico scioglimento del matrimonio. La Corte sottolineava come tale interpretazione avrebbe provocato un'ingiusta disparità di regime giuridico fra lo scioglimento operante ex lege solo per la rettifica del sesso e le ipotesi in cui serva una domanda ed una sentenza per ottenere lo stesso risultato.



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

La Corte di Cassazione ha sollevato la questione di incostituzionalità della norma 164/82 e dell'art. 31 co. 6 del d.lgs 150/2011 con gli art. 2 e 29 della Costituzione e 8 e 12 della CEDU per violazione del diritto alla vita privata e familiare da un'ingerenza dello Stato.

La Corte Costituzionale chiamata a decidere, ha bilanciato i valori in causa affermando *“la fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato,*

l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentire, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità del sesso dei coniugi) e dall'altro l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio di libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere”.

Il caso di cui la Corte si è occupata è di un matrimonio regolarmente celebrato che solo successivamente ha perso il requisito dell'eterosessualità.

La Consulta dichiara che la coppia non più eterosessuale non ha diritto a rimanere unita in vincolo di matrimonio anche se questo non può voler dire che i due soggetti titolari del rapporto non possano scegliere di mantenere in esser il rapporto ma sotto diversa forma.

La Corte ha rilevato lo squilibrio di valore fra l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio e la contrarietà del matrimonio omosessuale ai principi della Costituzione, e dall'altro l'interesse della coppia a non essere costretta a risolvere il proprio legame almeno sotto il profilo personale-esistenziale, in quanto entrambi d'accordo sul mantenimento del vincolo.



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064

Il primo valore è considerato prevalente al secondo dalla Corte per quanto dichiarare l'incostituzionalità della norma nel punto in cui non prevede che la sentenza di rettificazione di sesso di uno dei coniugi consenta, ove entrambi lo richiedano, il diritto di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza giuridicamente registrata che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia.

Ne consegue che il divorzio imposto è illegittimo e che il matrimonio è solo eterosessuale. La Corte rinvia al legislatore l'intervento normativo necessario per risolvere la questione.

6) Conclusioni E' condivisibile la conclusione formulata dal Tribunale di Avezzano che ritiene

necessario un intervento legislativo nel nostro ordinamento in materia.

Lasciare ai giudici di merito la decisione, seppur certamente meticolosa e rigorosa, rischia di portare sentenze contrarie che, da un lato, potrebbero ledere l'interesse pubblico e dall'altro potrebbero provocare grandi sofferenze nella vita di alcune persone.

Interessante notare come i paesi europei soggetti alla *common law* abbiano più facilmente risolto la questione a differenza dei paesi di *civil law* come l'Italia che tutt'ora si trova ad avere questioni aperte e non risolte legislativamente.



Avv. Paola Franchini
Studio legale Franchini
Contrà della Fascina, 1
36100 Vicenza
Tel. e Fax 0444 543064