

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

RIVISTA MENSILE
ANNO XXXIV
a cura di
GUIDO ALPA E PAOLO ZATTI

*La Rivista contribuisce a sostenere la ricerca
giusprivatistica nell'Università di Padova*

7-8/2018

> edicolaprofessionale.com/NGCC

Il genere: identità, filiazione, genitorialità

di Simona Cacace



Wolters Kluwer

Il genere: identità, filiazione, genitorialità

di Simona Cacace*

SOMMARIO: 1. Il genere e il sesso della persona transessuale. Tutela della salute e libertà del/dal trattamento sanitario. – 2. Facoltà generative e obbligo di sterilizzazione: qual è il vero (sottinteso) problema? – 3. Il genere e il sesso del minore intersessuale: l'interesse del figlio e quello dei genitori. *Tertium semper non datur?*

1. Il genere e il sesso della persona transessuale. Tutela della salute e libertà del/dal trattamento sanitario.

Prima del 1982, è noto, la rettificazione anagrafica¹ dell'attribuzione del sesso viene contemplata e consentita al mero ricorrere di un'erronea assegnazione per ragioni di natura congenita, strettamente riconducibili alla peculiare anatomia individuale. Si tratta, nello specifico, dell'ipotesi di caratteri sessuali primari del neonato dubbi o dalla definizione solo apparente, successivamente oggetto di evoluzione e modificazioni naturali, ancorché coadiuvate da interventi chirurgici volti alla valorizzazione di organi, in forme e con modalità differenti, comunque già esistenti. Non ricorre – in questo caso – discrasia alcuna fra il corpo e la mente (il sesso anatomico, da una parte, e quello psichico, dall'altra), bensì si osserva, semplicemente, una morfologia di più o meno incerta collocazione, a fronte dell'impossibilità di prevedere con un'esattezza ragionevole a quale genere si rivolgerà, nel futuro, l'identità di un soggetto ancora in tenerissima età². Per contro, la *ratio* del legislatore del 1982³ è proprio quella di comporre tale contraddizione, quindi soccorrendo non solo

e non tanto alle ipotesi ascrivibili all'ambito dell'intersexualità, quanto, piuttosto, alle fattispecie riconducibili al fenomeno della transessualità: laddove, appunto, non sia possibile riscontrare peculiarità anatomica alcuna, bensì una riconosciuta appartenenza, in capo al diretto interessato, ad un genere differente rispetto a quello accordatogli da Madre Natura e, di conseguenza, dal diritto stesso⁴.

Al riguardo, d'altro canto, la giurisprudenza si è a lungo interrogata, attestandosi su posizioni affatto differenti, attorno alla natura imprescindibile – o meno – dell'intervento chirurgico (e se solo demolitorio o, necessariamente, anche ricostruttivo) sugli organi genitali, in particolare variamente interpretando il passaggio «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico», «il tribunale lo autorizza con sentenza» (art. 3)⁵. D'altro canto, tale ultima previsione, che parrebbe indicare la mera eventualità della sottoposizione ad operazione, ben potrebbe rinvenire, invece, adeguata giustificazione nella possibilità d'intervento già realizzato all'estero (per questo, quindi, non più necessario) ov-

* Contributo pubblicato in base a *referee*.

¹ Il sesso, invero, è questione che senz'altro attiene allo stato civile della persona. D'altro canto, l'aggettivo «anagrafica», relativamente alla sua attestazione e rettificazione, è ampiamente utilizzato (non senza, dunque, una qualche imprecisione terminologica) da dottrina e giurisprudenza, nonché dal legislatore medesimo: cfr. l'art. 1, comma 27^o, l. 20.5.2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*.

² Cfr. PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in *Iustitia*, 2011, 157.

³ Cfr. l. 14.4.1982, n. 164, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in GU, 19.4.1982, n. 106, commentata da VENTURELLI, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Cedam, 2008, 1849. V. BOMPIANI, *Le norme in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso ed il problema del transessualismo*, in *Med. mor.*, 1982, 238; PATTI-WILL, *La "rettificazione di attribuzione di sesso": prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 729; EID., *Commento alla l. 14 aprile 1982, n. 164, artt. 1-7*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1983, 35 ss.; FIGONE, *Il diritto all'identità sessuale e la libera esplicazione della propria individualità (considerazioni a margine della l. 14 aprile 1982 n. 164)*, in *Dir. fam. e pers.*, 1983, 338; PATTI, *"Attribuzione" di sesso e "mutamento" di nome: lacune della legge e soluzioni giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 1983, I, 589; FIORI, *Rettificazione di attribuzione di sesso (legge 14 aprile 1982)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, 1076; CUTTICA-DE VINCENZIIS-

LEDDA, *Rettificazione della attribuzione del sesso e transessualismo (commento critico alla l. 14 aprile 1982 n. 164)*, *ibidem*, 892; LA FARINA, *Alcune osservazioni riguardo alla legge sul cambiamento di sesso*, *ibidem*, 815; SGRECCIA, *Aspetti morali del transessualismo*, in *Med. mor.*, 1984, 181; CILIBERTI, *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 346; VECCHI, *Transessualismo e divieto di discriminazioni*, in *Famiglia*, 2001, 343; STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge 164/82*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 713; VENTURELLI, *Volontarietà e terapeutività nel mutamento dell'identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 732, e CARDACI, *Il processo di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 683.

⁴ Cfr. anche LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, FrancoAngeli, 2013, e VIZZONI, *Transessualismo e filiazione: quando la condizione transessuale riguarda il genitore o il figlio minore*, in *Famiglia*, 2016, 101.

⁵ Norma in seguito abrogata dall'art. 34 d. legis. 1^o.9.2011, n. 150, *Riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione*, il quale, similmente, comunque dispone (art. 31, comma 4^o) che, «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato». Cfr. altresì ESPINOZA, *Nuove frontiere degli atti di disposizione del corpo*, in *Vita not.*, 1993, 1166.

vero, ancora, di sesso erroneamente attribuito alla nascita (l'intervento *non è necessario* per ragioni congenite, *id est* per quei motivi che, già prima del 1982, consentivano la rettificazione). Ciò in ossequio, peraltro, all'originario intento del legislatore, *in primis* animato proprio dalla volontà di riconoscere gli esiti di un viaggio a Casablanca⁶, oltre che di scriminare una condotta sanitaria altrimenti suscettibile d'integrare un'ipotesi di reato.

Così, il primo orientamento giurisprudenziale – maggioritario e più risalente nel tempo, benché confermato da alcune, recenti decisioni – ritiene l'operazione incidente sui caratteri sessuali primari quale requisito indispensabile della modificazione anagrafica del sesso, non suscettibile di pregiudicare né il diritto all'identità di genere o sessuale né quello all'autodeterminazione, «essendo il trattamento sanitario facoltativo ed essendo ben possibile per l'interessato vivere la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile»⁷. Quest'ultima, in sostanza, finirebbe per attestare l'avvenuto intervento medico e per riconoscere anche giuridicamente una variazione operata, prima di tutto, in ambito anatomico.

Il punto cruciale, invero, attiene proprio alla legittimità costituzionale, ex art. 32 Cost., di simile «obbligo», in relazione alla violazione «dei limiti imposti dal rispetto della persona umana»: l'ufficiale di stato civile riconosce solo quanto già effettuato in sala operatoria, non bastando l'accertamento della mera patologia (la discrasia di cui sopra)⁸. Non sussisterebbe, peraltro, coartazione alcuna al trattamento sanitario, il quale integrerebbe mera condizione per la rettifica dell'identità sessuale così come figurante negli atti dello stato civile, modifica rispetto alla quale l'interessato potrebbe vantare un diritto, dunque, solo al ricorrere di determinati presupposti e soddisfatti alcuni requisiti. Tale visione, d'altro canto, ben si coniuga con una concezione dell'intervento chirurgico in termini di «liberazione» dai sentimenti di disgusto, di sofferenza e di angoscia scaturenti dalla presenza dell'organo genitale del sesso rifiutato. Coerentemente, allora, il legislatore accorda cittadinanza giuridica al trattamento sanitario e alla nuova identità derivantene, in un'ottica secondo la quale il ricorso all'operazione garantisce prima di tutto, appunto, l'adeguato svolgimento dell'identità

sessuale del soggetto interessato (grazie all'allineamento fra corpo e mente), altresì favorendo, in subordine, la chiarezza delle relazioni sociali e la certezza dei rapporti giuridici (chi viene dichiarato uomo o donna deve *davvero* essere uomo o donna)⁹.

Il secondo orientamento (inizialmente minoritario, ma attualmente invalso e prescelto, come si vedrà, dalle supreme giurisdizioni)¹⁰ riconosce e sancisce, per contro, il diritto all'individuale identità di genere, senza che la rettificazione anagrafica debba necessariamente attestare un oggettivo dato anatomico o di trasformazione anatomica. In questo senso, l'intervento chirurgico è meramente eventuale, *di elezione*, funzionale alla salvaguardia e al rispetto della salute psicofisica del soggetto interessato e mai con questa in contraddizione. La scelta di non sottoporvisi, dunque, potrà ben spiegarsi, in ipotesi, con la pericolosità del trattamento per un determinato paziente ovvero per la sua natura, appunto, *non necessaria*, questa volta considerata sulla base dell'assenza di un atteggiamento conflittuale e di rifiuto del transessuale nei confronti dei propri organi genitali¹¹ e, di conseguenza, in ragione dell'equilibrio già raggiunto grazie, per esempio, alla mera modifica dei caratteri sessuali secondari, a séguito di sottoposizione a terapia ormonale.

La tutela della salute individuale, quindi, come unico *leit-motiv* della disciplina in materia: sia che si tratti di consentire chirurgicamente il passaggio da un sesso all'altro, con relativa e successiva attestazione da parte dell'ufficiale di stato civile, sia che, per converso, si renda necessario rinunciare alla modifica morfologica (perché il paziente *non può* o *non vuole*), senza, per ciò solo, pregiudicare quella testuale, formale, giuridico-burocratica. In altri termini, se ci si può ben liberare dal proprio sesso, non si può essere costretti a ciò, specie laddove – come in questo caso – in discussione siano trattamenti altamente invasivi. Il bilanciamento, d'altro canto, è fra due ordini d'interesse affatto comparabili, laddove quello collettivo (e privo di copertura costituzionale) ad una corrispondenza fra il corpo e il sesso anagrafico delle persone (nonché al dualismo di genere, alla certezza del diritto, alla stabilità del sistema, all'ordinato svolgimento dei rapporti giuridici, alle esigenze di tutela dei terzi che vengano in contatto con la persona transessuale ed, infine, all'impossibilità di

⁶ Cfr. CORTE COST., 26.7.1979, n. 98, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1929.

⁷ Così TRIB. PIACENZA, 19.1.2012, inedita.

⁸ Similmente, v. anche TRIB. ROMA, 18.7.2014, in questa *Rivista*, 2015, II, 39, con commento di PATTI, *Mutamento di sesso e "costringimento al bisturi": il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, e TRIB. POTENZA, 20.2.2015, in *Notariato*, 2016, 123, con nota di TREROTOLA, *Profili esecutivi emergenti in tema di transessualismo, tra merito e legittimità*.

⁹ Cfr. CORTE COST., 23.5.1985, n. 161; APP. BOLOGNA, 20.3.2013, in www.articolo29.it/decisioni/corte-di-appello-di-bologna-prima-sezione-civile-sentenza-del-22-febbraio-2013, e TRIB. VERCELLI, 12.12.2014, in

www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/11819.pdf. Cfr. altresì M. FINOCCHIARO, *I transessuali di nuovo davanti alla Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1983, 3247. V., infine, BRAMBILLA (a cura di), *Temi scelti di bioetica. Sessualità, gender ed educazione*, Esi, 2015.

¹⁰ Tra le prime decisioni, cfr. TRIB. ROMA, 18.10.1997, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, 1036, con commento di LA BARBERA, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento medico-chirurgico*.

¹¹ Cfr. TRIB. ROVERETO, 3.5.2013, in questa *Rivista*, 2013, I, 1117, con commento di BILOTTA, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*.

rivendicare un *tertium genus*¹² che coniughi i caratteri sessuali primari e secondari del maschile e del femminile) non può che soccombere a fronte del diritto fondamentale all'identità personale. Quest'ultimo, dunque, non può ritenersi subordinato al rispetto di regole convenzionali né deve necessariamente dipendere da un potenziale attentato alla propria salute, quale vero e proprio lasciapassare per il suo riconoscimento¹³.

In questo senso, la Corte di cassazione¹⁴ impone la scelta del percorso medico-psicologico più coerente con il personale processo di mutamento dell'identità di genere, individuale e non «standardizzabile», che contempla la chirurgia non in termini di «soluzione», bensì solo quale possibile ausilio al perseguimento del benessere del paziente. Di conseguenza, l'interpretazione della previsione di cui all'art. 3 l. 14.4.1982, n. 164 («quando risulta necessario»¹⁵) non può costringere il diretto interessato ad una scelta *tragica* relativamente a quale diritto costituzionalmente consacrato e tutelato far prevalere: la salute, sacrificando la propria identità personale, o l'identità personale stessa, in ipotesi sottoponendosi ad un trattamento pericoloso e/o inopportuno. Con ciò, d'altronde, neppure vuole sostenersi, all'opposto estremo, che a bastare, ai fini della pretesa

rettificazione anagrafica del sesso, sia l'elemento volontaristico ovvero la mera decisione di abbandonare un genere per acquistarne un altro. Trattasi, infatti, di scelta che deve dimostrarsi seria, irreversibile, documentata per il tramite di un percorso non breve e non privo d'interventi modificativi delle caratteristiche somatiche ed ormonali originarie, cui senz'altro sottostà un'avvenuta e circostanziata diagnosi, appunto, di disforia di genere. Coerentemente, dunque, se un'interpretazione costituzionalmente orientata delle «interventive modificazioni dei caratteri sessuali» (art. 1 l. n. 164/1982) funzionali alla statuizione giudiziaria non può imporre – s'è visto – un obbligo di trasformazione in senso normoconformativo delle caratteristiche sessuali primarie, vero è altresì che «il ragionevole punto di equilibrio» si rinviene nella valutazione, affidata al magistrato, delle «insopprimibili peculiarità di ciascun individuo», nonché nell'accertamento della «natura ed entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere», quale indice probatorio della consumata transizione¹⁶.

In tale medesima direzione, d'altronde, l'ultima Corte costituzionale¹⁷ conferma sì la natura meramente

¹² Cfr. TRIB. VELLETRI, 2.11.2005, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1183.

¹³ V. CASS., 20.7.2015, n. 15138, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3151, con commento di CASABURI, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico "radicale". Rivive il mito dell'ermafroditismo?*; in *Corr. giur.*, 2015, 1355, con nota di BARTOLINI, *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione in un'interpretazione "costituzionalmente orientata"*; in questa Rivista, 2015, II, 643, con commento di PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass.*, 20.7.2015, n. 1538; in *ibidem*, I, 1074, con nota di AMRAM, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*; in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 1279, con commento di CAVANA, *Mutamento di sesso o di genere? Gli equivoci di una sentenza*; in *Giur. it.*, 2016, 68, con commento di ATTADEMO, *La rettificazione del sesso non presuppone l'adeguamento dei caratteri sessuali primari*, e in *Notariato*, 2016, 135, con nota di MARMOCCHI, *Identità di genere, identità personale e identificabilità*; CORTE COST., 5.11.2015, n. 221, in *Giur. cost.*, 2015, 2054, con commento di FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*; in *Foro it.*, 2015, I, c. 3763, con annotazioni di ROMBOLI, *In tema di interpretazione conforme a Costituzione e rettificazione di sesso*; in *Giur. cost.*, 2016, 263, con commento di D'ANDREA, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta a tanti e nuovi interrogativi*; in questa Rivista, 2016, I, 589, con nota di CARICATO, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale*; in *Riv. biodiritto*, 2016, 13, con commento di REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*; in *GenIUS*, 2016, 17, con nota di COVACCI, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*, e in *Giustamm.it*, 2016, 4, con nota di MEOLI, *La correzione dell'interpretazione sulla correzione del sesso. Brevi note a Corte cost.*; TRIB. MESSINA, 4.11.2015, in questa Rivista, 2015, I, 547, con commento di VESTO, *Favorire l'emersione dell'identità sessuale per tutelare la dignità umana nella sua unicità*, e in *www.quotidianogiuridico.it*, 3.3.2015, con nota di WINKLER, *Rettificazione anagrafica di sesso e assenza di intervento chirurgico: a Messina si può*. V. anche L. CONTE, *Felicità raggiunta? La Corte di cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica del sesso in assenza di un intervento demolitorio*

e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari, in *GenIUS*, 2015, 11; ROSPI, *Il transessualismo e (il venir meno del) "costringimento al bisturi"*: una prova di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, in *federalismi.it*, 2016, 26; ASTONE, *Il controverso itinerario dell'identità di genere*, in questa Rivista, 2016, II, 305; APRILE-MALGIERI-PALAZZI, *Transessualismo e identità di genere: sviluppi dinamici di una originaria staticità? Considerazioni giuridiche, mediche e filosofiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 57; GRECO, *Mutamento di sesso senza costringimento ai bisturi*, in *Studium iuris*, 2016, 400; TRIMARCHI, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*, in *Fam. e dir.*, 2012, 184, nota a TRIB. ROMA, 14.4.2011; PARRINELLO, *Riflessioni sull'appartenenza di genere come diritto fondamentale all'identità personale*, in *Comp. e dir. civ.*, novembre 2015, e ANGIOLINI, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 263. Cfr. altresì, infine, TRIB. BRESCIA, 15.10.2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 527, con nota di VERONESI, *Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica, laddove il preventivo controllo giudiziario sul trattamento medico-chirurgico è funzionale al necessario vaglio dell'«effettiva sussistenza dello scopo terapeutico, quale fattore che giustifica e scrimina la profonda lesività» insita nell'operazione di conversione del sesso, al fine di «scongiorare situazioni di pericolo per l'interessato, in ragione, per esempio, dell'età o di sue particolari condizioni di salute»*, nonché di verificare la concreta «idoneità dell'intervento a rimuovere la dissociazione psico-sessuale lamentata (...), magari alla luce delle peculiari propensioni psichiche» del paziente.

¹⁴ CASS., 20.7.2015, n. 15138, cit.

¹⁵ Secondo gli stessi giudici di legittimità, peraltro, l'«impossibilità in natura di essere sottoposti ad un intervento demolitorio» (per ragioni congenite o perché all'intervento ci si è già sottoposti) escluderebbe «in radice la necessità di una norma che possa anche solo astrattamente imporre l'esecuzione». Si tratterebbe, in altri termini, d'interpretazione «priva di efficacia prescrittiva»: v. CASS., 20.7.2015, n. 15138, cit.

¹⁶ CASS., 20.7.2015, n. 15138, cit.

¹⁷ CORTE COST., 13.7.2017, n. 180, in *www.eius.it/giurisprudenza/2017/330.asp*. Cfr. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso: le criticità persistenti*, in *www.articolo29.it/2017/la-rettificazione-di-sesso-criticita-persistenti*, anche per l'ampia rassegna giurisprudenziale.

strumentale, ai fini del perseguimento dell'individuale benessere psicofisico, della modifica anatomica (la quale non potrebbe in alcun modo considerarsi alla stregua di un biglietto per l'ingresso – a pagamento, appunto – nell'altra metà del cielo), ma al contempo rifiuta di caducare, in via generale e di principio, la previsione delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali (primari e/o secondari). Pertanto, esclusa la possibilità che la rettificazione delle informazioni riguardanti lo stato civile consegua al «mero capriccio» dell'istante, questa sarà preceduta da «un'adeguata verifica» in sede giudiziale e garantita dalle «competenze dei professionisti sanitari»¹⁸, mentre l'opportunità di prescindere dall'intervento sui caratteri sessuali primari e/o secondari dovrà essere valutata sempre e solo alla luce della salvaguardia della salute individuale. In altri termini, spetta al magistrato l'accertamento che, nella fattispecie concreta di volta in volta individuata, il percorso d'affermazione dell'identità personale e di genere non contempla (perché non può contemplare, all'esito del bilanciamento imposto dalla tutela *ex art. 32 Cost.*), in ipotesi, l'esecuzione del trattamento chirurgico o di quello ormonale, *accontentandosi*, dunque, della mera «manifestazione»¹⁹, da parte del richiedente e all'interno della sua cerchia familiare, affettiva e lavorativa, della peculiare condizione in cui egli versa.

Di conseguenza, il distinguo fra intervento sui caratteri primari e intervento sui caratteri secondari rileverà solo ai fini della ponderazione e del temperamento da operare al fine di evitare una contraddizione fra diritti ugualmente fondamentali. Più semplicemente, il ricorso alla chirurgia sugli organi genitali è il trattamento, fra tutti, certamente suscettibile d'incidere con forza maggiore sull'integrità psicofisica e più frequentemente (rispetto, per esempio, ad una terapia ormonale) pregiudizievole alla salute individuale, latamente intesa. Si tratta, in altri termini, del rapporto rischi/benefici che precede qualsivoglia decisione sanitaria, assistita dalla volontà positiva di un paziente informato e da questi, dunque, sempre ineludibilmente condivisa, laddove l'esito di tale valutazione non può inficiare, in modo irrimediabile, il riconoscimento giuridico di un'appartenenza *diversa* da quella attribuita alla nascita. In conclusione, se l'ordinamento deve intervenire

per autorizzare, laddove richiesto, un atto di disposizione del proprio corpo (il trattamento chirurgico sugli organi genitali: diminuzione permanente dell'integrità fisica), al fine di valutarne la funzionalità al benessere del paziente, lo stesso non può, per converso, ingerirsi nella sfera *privata* al punto di costringere a tale intervento per conseguire la desiderata rettificazione anagrafica, irriducibilmente sovrapponendo genere e sesso. Peraltro, l'impossibilità di simile coartazione resta valida altresì per operazioni (anche molto) meno invasive (incidenti, per esempio, sui soli caratteri sessuali secondari), ma comunque suscettibili di ricomporre corpo e mente, qualora se ne dimostri la nocività (ovvero la non-corrispondenza a benessere) – restando, allora, irrimediabilmente soccombente l'interesse alla coerenza fra *nome* e *apparenza*²⁰.

2. Facoltà generative e obbligo di sterilizzazione: qual è il vero (sottinteso) problema?

In Francia, il legislatore del 2016²¹ non lascia àdito, per contro, a dubbi interpretativi: la rettificazione anagrafica dell'attribuzione del sesso non può essere dal tribunale subordinata, infatti, alla sottoposizione a trattamenti medici, ad un'operazione chirurgica o ad una sterilizzazione (art. 61-6 *code civil*). Sufficiente sarà, invece, la dimostrazione, da parte di «*toute personne majeure ou mineure émancipée*» e ai sensi dell'art. 61-5 *Code civil*, che il sesso indicato nei registri di stato civile non corrisponde a quello «*dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue*» nell'ambito del suo «*entourage familial, amical ou professionnel*», eventualmente avendo già altresì domandato ed ottenuto la modifica del nome *ex art. 60 code civil*.

Orbene, due sono le considerazioni che naturalmente paiono conseguire: la prima, che è possibile ottenere l'adeguamento del prenome al proprio sentimento di appartenenza ancor prima che un cambiamento simile venga operato, *sulla carta*, quanto al sesso dai registri comunali certificato (e anche a prescindere, invero, da tale rettificazione). L'ufficiale di stato civile francese, dunque, valuta, in capo al richiedente, la mera sussistenza di un interesse legittimo e la modifica che può, così, conseguirne bene si iscrive in un percorso graduale (prima il nome, poi il sesso) ed estre-

¹⁸ CORTE COST., 13.7.2017, n. 180, cit.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ In deroga solo apparente al *Nomina sunt consequentia rerum* (Institutiones di Giustiniano, II, 7, 3, e *Vita Nova* di Dante Alighieri, XIII, 4), laddove l'essenza della cosa (da cui deriva il nome) è, in questo caso, non il sesso anatomico, bensì l'appartenenza, medicalmente e giudizialmente accertata, ad un determinato genere. In prospettiva sovranazionale, cfr. la *Resolution 1728 (2010)* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, su *Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*, che consacra il diritto ad ottenere la rettificazione anagrafica del sesso «*without any prior obligation to undergo sterilisation or*

other medical procedures such as sex reassignment surgery and hormonal therapy» (16.11.2), e la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, adottata il 31.3.2010, secondo la quale «i requisiti preliminari, comprese le modifiche fisiche, necessari per il riconoscimento giuridico dell'avvenuto cambiamento di sesso dovrebbero essere regolarmente riesaminati, al fine di eliminare quelli che si rivelino abusivi» (c. 20).

²¹ Loi n. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, in *Journal Officiel*, 19.11.2016, che modifica l'art. 60 *code civil* e inserisce gli artt. 61-5, 61-6, 61-7 e 61-8.

mamente personale di cambiamento e di accettazione, il quale concerne e coinvolge, al medesimo tempo, la sfera individuale più intima e il nuovo inserimento sociale della persona transessuale. L'ordinamento italiano, per contro, non pare contemplare la possibilità stessa di simile scissione: ai sensi dell'art. 35 d.p.r. 3.11.2000, n. 396, infatti, «il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso» e la rettificazione del sesso e del nome avviene solo in contemporanea (e alcun dato testuale dà ragione di ritenere diversamente), laddove la conquista giurisprudenziale degli ultimi anni – s'è visto – risiede nella proclamata assenza, affatto scontata, di un intervento medico necessariamente prodromico.

La seconda considerazione, invero, attiene proprio alla partita sul campo giocata, oltralpe, fra i diversi formanti del diritto, nonché al significato e all'importanza, dunque, dello stesso intervento del legislatore francese, il quale efficacemente si adopera per ricondurre a più miti consigli una giurisprudenza²² esigente la dimostrazione del carattere irreversibile delle avvenute trasformazioni fisiche e altresì perciò incorsa, da ultimo, negli strali della Corte europea dei diritti dell'uomo²³. Tralasciando, peraltro, la natura profondamente e paradossalmente ossimorica del sintagma (di

coniazione giurisprudenziale) «*transformation de l'apparence*»²⁴, imposta altresì con le già menzionate caratteristiche di non reversibilità (in uno schizofrenico altalenare fra sostanza e forma, fra contenuto e superficie), ciò che più importa evidenziare, in questa sede, è come l'ordinamento francese richiedesse, prima del 2016 e più o meno surrettiziamente, non tanto l'ablazione dei vecchi organi genitali, eventualmente seguita dalla ricostruzione dei nuovi, quanto, piuttosto, l'azzeramento della capacità riproduttiva del sesso d'origine, grazie alla «*réalisation d'une opération stérilisante ou d'un traitement qui, par sa nature et son intensité, entraîne une très forte probabilité de stérilité*»²⁵.

Il medesimo retropensiero, d'altronde, benché meglio sottaciuto, pervade molte decisioni dei tribunali italiani degli ultimi anni, laddove l'annullamento della fertilità di partenza diviene la principale preoccupazione, nonché la stessa, inconfessata *ratio decidendi*. Di conseguenza, il già avvenuto conseguimento di una sterilità irreversibile arriva a giustificare l'assenza di coartazione al bisturi, nonché a dimostrare «*la compiutezza dell'approdo finale*» e a fugare il timore, ben esplicitato, della creazione di «*situazioni relazionali*» (in primis, rapporti di filiazione) «*non previste attualmente dal nostro sistema familiare e filiale*»²⁶. Del resto, mentre il

²² Cfr. CASSATION, ch. I civ., 7.6.2012, nn. 11-22.490 e 10-26.947, in *Bull.*, 2012, I, nn. 123 e 124; in *Méd. droit*, 2012, 117, 176, con commento di PHILIPPE, *L'expertise judiciaire n'est pas un préalable obligatoire au changement de sexe à l'état civil pour les personnes transsexuelles*; in *Droit fam.*, 2012, 9, 37, con nota di REIGNÉ, *La Cour de cassation et le changement d'état civil des personnes transsexuelles*; in *Petites Affiches*, 2012, 155, 11, con commento di PHILIPPOT, «*Devenir homme ou femme*»: l'identità sessuale à nouveau devant la Cour de cassation; in *RTD civ.*, 2012, 3, 502, con nota di HAUSER, *Transsexualisme: prouver ou simplement vouloir?*; in *Rev. jur. pers. fam.*, 2012, 7, 14, con commento di CORPART, *Quelle place pour l'expertise judiciaire dans les demandes de changement de sexe pour transsexualisme?*; e in *Gaz. Pal.*, 2012, 172-173, 8, con nota di SARCELET, *L'exigence de preuve de la réalité du syndrome transsexuel: le caractère irréversible de la transformation de l'apparence sexuée*; CASSATION, ch. I civ., 13.2.2013, nn. 11-14.515 e 12-11.949, in *Méd. Droit*, 2013, 121, 105, con commento di VIALLA, *La transidentité: une jurisprudence en "équilibre instable"*; in *RTD civ.*, 2013, 2, 344, con nota di HAUSER, *Transsexualisme et preuve du changement (suite)*; in *Rev. jur. pers. fam.*, 2013, 4, 22, con commento di CORPART, *Absence de conviction du juge quant à la réalité du syndrome transsexuel et à l'irréversibilité du processus*; in *D.*, 2013, 8, 499, con nota di GALLMEISTER, *Transsexualisme: conditions de rectification du sexe à l'état civil*, e in *JCP G*, 2013, 9, 408, con commento di REIGNÉ, *Changement d'état civil des personnes transsexuelles: l'injuste équilibre*. Cfr. altresì CASSATION, ass. plén., 11.12.1992, nn. 91-11900 e 91-12373, in *Bull.*, 1992, AP, n. 13, 27; in *Notariat Défrenois*, 1993, 7, 414, con commento di MASSIP, *Le transsexualisme, suite*, e in VIALLA (a cura di), *Les grandes décisions du droit médical*, L.G.D.J., Paris, 2009, 119. V. LEPRINCE, *Le transsexualisme, évolution contemporaine des idées et du droit*, in *Rev. jur. Ouest*, 2008, 2, 133. Cfr. altresì l'*Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil* della Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, *Assemblée plénière*, 27.6.2013, in www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-lidentite-de-genre-et-sur-le-changement-de-la-mention-de-sexe-letat-civil.

²³ Per violazione dell'art. 8 della Convenzione: cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 6.4.2107, ric. 79885/12, 52471/13, 52596/13 *Affaire A.P., Garçon et Nicot c. France*, in *RTD civ.*, 2017, 2, 350, con com-

mento di HAUSER, *Un sexe que je veux et quand je veux*; in *JCP G*, 2017, 18, 867, con nota di SUDRE, *Identité transgenre et modification de la mention du sexe à l'état civil*; in *D.*, 2017, 18, 994, con commento di MORON PUECH, *L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée*; in *Rev. jur. pers. fam.*, 2017, 6, 21, con nota di RAYNAUD, *Le transgénérisme devant la Cour européenne des droits de l'homme*, e in *Droit fam.*, 2017, 7-8, 12, con commento di SCARLETT MAY, *Le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable?*. Similmente, v. anche CORTE EUR. DIR. UOMO, 10.3.2015, ric. 14793/08, Y.Y. c. *Turquie*, in *Rev. Lamy Droit civ.*, 2015, 129, 46, con commento di BERNARD XÉMAR, *La conversion sexuelle des transsexuels à l'épreuve de la Cour européenne des droits de l'homme*, e in *Rev. droits homme*, 23.3.2015, in <http://journals.openedition.org/revdh/1076>, con commento di MORON PUECH, *Conditions du changement de sexe à l'état civil: le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015*. V. D'AMICO, *Identità di genere: "non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere"*, in *Quad. cost.*, 2015, 419; MORON PUECH, *L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées*, in *Rev. droits homme*, 3.5.2017, in <http://journals.openedition.org/revdh/3049>; POSTERARO, *Identità di genere, transsexualismo ed effettività del diritto alla salute in Italia*, in *Dir. soc.*, 2016, 736; OSELLA-RUBIO MARÍN, *Le precondizioni per il riconoscimento dell'identità sessuale*, in *Quad. cost.*, 2016, 61; AMBROSINO, *La rettificazione di sesso alla luce di una recente decisione della C.e.d.u.* Un percorso tortuoso per raggiungere una meta dignitosa, in *Oss. cost.*, 2015, 17, e MAESTRI, *Cambio di sesso senza intervento sui genitali: dalla Cassazione «Con juicio, pero adelante»*, in *Riv. biodiritto*, 2015, 14.

²⁴ Cfr., per esempio, CASSATION, ch. I civ., 7.6.2012, nn. 11-22.490 e 10-26.947, cit.

²⁵ Così, infine, CORTE EUR. DIR. UOMO, *Affaire A.P., Garçon et Nicot c. France*, cit.

²⁶ Così CASS., 20.7.2015, n. 15138, cit. Quanto al matrimonio della persona transessuale, cfr. CORTE COST., 11.6.2014, n. 170, in – ex pluribus – *Consulta online*, 2014, 6, con commento di RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex*

trattamento chirurgico è suscettibile di declinarsi nei modi più svariati (dalla mera demolizione alla ricostruzione più o meno completa, laddove il pieno soddisfacimento di uno standard di conformità al sesso di approdo pare di ardua ed ambigua definizione ed accertamento), l'obiettivo della raggiunta sterilità parrebbe quello meglio in grado di assicurare il pubblico interesse alla certa definizione dei generi.

In questo senso, l'eliminazione degli organi riproduttivi è il *minimo* che l'ordinamento possa pretendere per rettificare l'identità sessuale agli atti dello stato civile, con l'alibi che questa è imprescindibilmente legata, ad ogni modo, «all'astratta capacità riproduttiva di genere»²⁷ e che a quest'ultima, soprattutto, non si possa non voler rinunciare – ancora una volta, un indice di serietà medicalmente imposto – laddove si decida di transitare da un genere all'altro. Infatti, se la ricostruzione degli organi del sesso di approdo assolve a finalità meramente estetiche e funzionali, non sembrerebbe possibile prescindere, per converso, dall'asportazione degli organi deputati alla generazione. Non v'è più finzione che tenga: in questo senso, il nocciolo della questione non risiede, certo, nella corrispondenza fra

genere e sesso anatomico. In altri termini, il messaggio che l'eventualmente imposto requisito dell'azzeramento della capacità riproduttiva finirebbe per veicolare pare il seguente: ad importare non è tanto che l'aspirante uomo/donna divenga *concretamente* uomo/donna (con tutte le difficoltà, di cui sopra, d'individuazione del punto a partire dal quale si abbandona un sesso per conquistarne un altro), bensì che *madre* e *padre* siano, quantomeno per i registri dello stato civile e per l'ordinamento giuridico, *donna* e *uomo*, non consentendosi alternative²⁸. Certo, capovolgendo tale pensiero, l'esito è la previsione di una sorta di misura sanzionatoria e afflittiva a carico di colui che abbia deciso di tradire Madre Natura: l'impossibilità di generare, dunque, diviene lo scotto da pagare.

D'altro canto, l'eliminazione di una coartazione alla chirurgia o alla sterilizzazione – pur costituzionalmente doverosa e cui le nostre supreme giurisdizioni sono, da ultimo, finalmente pervenute – solleva quesiti e apre scenari di dubbia definizione ed interpretazione, sotto un profilo etico, ancor prima che giuridico. Il possibile scollamento, in capo ad un solo individuo, fra sesso psichico, fenotipico, cromosomico ed anagrafico, co-

coniugi, secondo Corte costituzionale n. 170/2014), e di ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*; in Pol. dir., 2014, 445, con commento di FERRARI, *La Corte costituzionale torna sulla condizione giuridica delle coppie omosessuali: l'imporre di un modello eterosessuale di coniugio?*; in Oss. cost., 2014, 5, con nota di DI BARI, *Commento "a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*; in Riv. crit. dir. priv., 2014, 235, con commento di BARTOLINI, *Divorzio del transessuale e "conversione" del matrimonio eterosessuale: un nuovo inizio?*; in Quad. cost., 2014, 666, con nota di BIONDI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto"*; in Corr. giur., 2014, 1041, con commento di T. AULETTA, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*; in Fam. e dir., 2014, 865, con commento di BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*; in Studium iuris, 2014, 1146, con nota di VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*; in GenIUS, 2014, 8, con note di DI BARI, *La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: un discorso tutto italiano*, di L. CONTE, *"Anche nelle situazioni minoritarie e anomale"*. La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e l'istituto matrimoniale tra vecchie resistenze e nuove aperture, di DOGLIOTTI, *I diritti della coppia omosessuale tra matrimonio e famiglia di fatto*, di PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, e di BRUNELLI, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*; in questa Rivista, 2014, I, 1152, con commento di LORENZETTI-SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*; in Quad. dir. pol. eccl., 2014, 877, con commento di BRUNO, *In tema di matrimonio e famiglia: unioni tra persone dello stesso sesso e identità di genere*; in Iustitia, 2015, 17, con nota di CAMPIGLIO-MOSCONI, *Prosegue il dialogo tra le corti: il matrimonio resta eterosessuale*, e in GenIUS, 2015, 26, con nota di LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*; CORTE EUR. DIR. UOMO, gr. cam., 16.7.2014, ric. 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*, in [*monio-e-figlie/effetti-sul-matrimoniocedu/*; e CASS., 21.4.2015, n. 8097, in – ex multis – Consulta online, 2015, 11, con commento di RUGGERI, *Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile?* \(a prima lettura di Cassazione sez. I civ. n. 8097/2015\); in GenIUS, 2015, 7, con note di ROMBOLI, *La Corte \(di Cassazione\) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può resuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, di PARODI, *Interessi non bilanciabili e decisioni d'incostituzionalità meramente dichiarative. Il seguito nel giudizio "a quo"*, della sentenza n. 170 del 2014 della Corte costituzionale, di PEZZINI, *Oltre il "caso Bernaroli": tecniche decisorie, rapporti tra principi e regole del caso e vicende del paradigma eterosessuale del matrimonio*, e di DOLSO, *Un matrimonio a tempo per il "transessuale tardivo": considerazioni sul "seguito" della sentenza 170 del 2014 della Corte costituzionale*; in Foro it., 2015, c. 2389, con nota di ROMBOLI, *In tema di conseguenze sul matrimonio della sentenza di rettificazione dell'attribuzione del sesso*; in Giur.it., 2015, 1814, con commento di AGOSTINELLI, *Sopravvenuta identità di sesso e sopravvivenza del matrimonio \("sub condizione"\)*; in Corr. giur., 2015, 1051, con nota di PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*; in Riv. AIC, 2015, 29, con commento di FERRARO, *Corte costituzionale, "Bundesverfassungsgericht" e Corte Edu tra identità sessuale e orientamento sessuale*, e in Riv. AIC, 2016, 30, con nota di Guarini, *Tra "divorzio imposto" e "matrimonio a tempo". Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di cassazione, I sezione civile*.](http://www.articolo29.it/bibliografia-identita-di-genero/matri-</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁷ TRIB. ROMA, 18.7.2014, cit., per il quale, dunque, se si può arrivare ad escludere la completa asportazione o trasformazione del pene in vagina, non si può ugualmente prescindere dalla rimozione dei testicoli o, almeno, dall'«interruzione delle vie riproduttive (ovverosia dei c.d. "dotti deferenti" veicolanti gli spermatozoi) attraverso l'intervento di vasectomia». Per l'ampia rassegna giurisprudenziale, cfr. FERRARI (a cura di), *Diritto, Orientamento sessuale e Identità di genere*, I, Primiceri, 2016.

²⁸ Cfr. anche CORTE COST., 23.5.1985, n. 161, cit., che pure già si preoccupava dell'impossibilità, per il transessuale, di generare, e TRIB. MESSINA, 4.11.2015, cit., il quale pare confondere l'obbligo d'intervento chirurgico con la necessità di sottoporre il transessuale a sterilizzazione – peraltro escludendo, infine, entrambi. V. PATTI, *Rettificazione di sesso e trattamenti chirurgici*, in Fam. pers. e succ., 2007, 28, nota a TRIB. PAVIA, 2.2.2006.

niugato con le straordinarie evoluzioni e rivoluzioni delle tecnologie disponibili in ambito procreativo, consente, infatti, di prefigurare un futuro non più solo fantascientifico, riguardo al quale il diritto sarà chiamato ad interrogarsi (ed, infine, a rispondere). Invero, a causa della natura non più imprescindibile, ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, del relativo intervento chirurgico, un individuo che transiti dal genere femminile a quello maschile potrebbe, in ipotesi, conservare utero ed ovaie funzionanti e diventare, dunque, genitore gestante, laddove coniugato, per esempio, con una donna sterile e previo ausilio delle tecniche di procreazione artificiale eterologa (donazione del gamete maschile). Pertanto, se madre è colei che partorisce, in questo caso è ella un individuo cromosomicamente femminile, ma maschile nell'aspetto (il "pancione" con la barba) ed, eventualmente, anche per il diritto: la madre è un uomo²⁹. Così, per converso, un individuo che transiti dal genere maschile a quello femminile potrebbe conservare la fertilità di partenza (mancata asportazione delle gonadi ovvero crioconservazione del seme) e, parimenti, in un futuro neppure troppo lontano³⁰, altresì acquisire una pseudo-fertilità di approdo, grazie alla sottoposizione ad un trapianto d'utero (seguito da gravidanza vitale con ovodonazione): questa madre è donna in diritto e in *habitus*, ma cromosomicamente uomo; è madre (*biologica*) del bambino perché ha partorito, ma ne è – al contempo – anche il padre *genetico*.

D'altro canto, ai meri fini dello stupore e del clamore suscitati da vicende siffatte, poco importa che per i registri dello stato civile il genitore gestante sia uomo o donna, ben più rilevando l'*innaturale* discrasia fra l'aspetto esteriore (l'*apparenza* di un uomo) e le rotondità proprie della gravidanza. Da un punto di vista più strettamente giuridico, per converso, il diritto non garantisce risposte codificate. Infatti, così come, quanto alle ipotesi di maternità surrogata, la disciplina ex art.

269, comma 3°, cod. civ. (madre è colei che partorisce)³¹ è tale perché concepita in un momento storico in cui, semplicemente, neppure poteva immaginarsi scissione di qualsivoglia sorta fra maternità biologica e genetica, allo stesso modo l'ordinamento non ha indicazioni ulteriori da fornire rispetto al binomio uomo/padre e donna/madre: per il motivo – di disarmante banalità e linearità – che alcuna, diversa possibilità era data, al tempo dell'avvenuta normazione. La regola veniva dettata, *in primis*, dalla Natura (e dall'assenza di alternative mediche e tecnologiche); eventuali specificazioni sarebbero apparse quantomeno ultranee³².

Si tratta, certo, di ipotesi eccezionali, ancora relegabili nell'alveo della straordinarietà; del resto, e anche a prescindere dalla genitorialità dell'individuo transessuale, è pure nota³³ la possibilità, da ultimo conquistata in laboratorio, di produrre gameti sintetici (a partire da cellule staminali pluripotenti somatiche o embrionali) ovvero di ricavare cellule uovo da soggetti cromosomicamente maschili e spermatozoi da persone geneticamente di sesso femminile. Così, l'avanzamento della frontiera del biologicamente possibile³⁴ ha dilatato l'universo medesimo dei desideri, nonché i confini dell'area di realizzazione dell'identità individuale; d'altro canto, poiché il rapporto sessuale fra uomo e donna non è più imprescindibile condizione della procreazione (la quale, s'è visto, è suscettibile di avveniristiche manipolazioni), è lo stesso paradigma del maschile e del femminile ad incrinarsi, nella coppia, nella famiglia, nella società. Peraltro, mentre la frontiera del socialmente accettabile fatica ad adeguarsi a quella del biologicamente possibile³⁵, laddove la medicina procede a velocità doppia (se non tripla o quadrupla) rispetto alle trasformazioni culturali della comunità civile, il diametro del giuridicamente disciplinato/consentito/negato staziona in un'*impasse*: il compasso s'è rotto ed il rischio è quello che deriva dall'assenza di regole o dalla persistenza di norme inadeguate o vetuste.

²⁹ Non si tratta, peraltro, di mera speculazione: il primo uomo a partorire è Thomas Beatie, nel 2008, nell'Oregon; l'ultima gravidanza a conquistare gli onori della cronaca, invece, è quella di Trystan Reese, nel 2017, sempre negli Stati Uniti.

³⁰ Ad oggi, il trapianto d'utero è stato praticato ed ha avuto successo solo su donne che hanno subito l'isterectomia (il primo bambino è nato in Svezia nel 2014). Cfr. FAGGIONI, *Trapianto di utero. Aspetti medici, bioetici e giuridici*, in *Med. mor.*, 2015, 17; CALCAGNI, *Nuove frontiere deontologiche in tema di fecondazione artificiale, clonazione, cellule staminali, utero artificiale, trapianto di utero*, in *Zacchia*, 2002, 265, e NISTICÒ, *Gestazione per altri: l'improprio paragone con la donazione di organi*, in *Quad. cost.*, 2016, 373.

³¹ Sia qui consentito rinviare a CACACE, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 913. Da ultimo, cfr. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della «gravidanza per altri»*, in *costituzionalismo.it*, 2017, 69, e POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2016, 14.

³² Cfr. altresì MUSIO, *Il capitale in-umano. La bioetica di fronte al*

«lavoro clinico», in *Med. mor.*, 2016, 293.

³³ V. già TESTA-HARRIS, *Ethics and synthetic gametes*, in *Bioethics*, 2005, 19, 146, nonché AA.VV., *Science, ethics and policy challenges of pluripotent stem cell-derived gametes. The Hinxtou group*, in *Rev. Derecho Genoma Hum.*, 2008, 29, 219; BREZINA-ZHAO, *The ethical, legal, and social issues impacted by modern assisted reproductive technologies*, in *Obstet. Gynecol. Int.*, 2012, 2012:686253; HIKABE-HAMAZAKI-NAGAMATSU-OBATA-HIRAO-HAMADA-SHIMAMOTO-IMAMURA, *Reconstitution in vitro of the entire cycle of the mouse female germ line*, in *Nature*, 2016, 539, 299, e BREDENOORD-HYUN-NAKASHIMA-SAITOU-HAYASHI, *Ethics of stem cell-derived gametes made in a dish: fertility for everyone?*, in *EMBO Mol. Med.*, 2017, 9, 396.

³⁴ Così APRILE-MALGIERI, *Il Corpo come limite dinamico all'autodeterminazione. Il passaggio dal naturale al biologicamente possibile*, in *Questione Giustizia*, 2016, 181. Cfr. altresì MARINELLI-BARRETTA, *Corpi senza volontà. Questioni e spunti dogmatici sul Biodiritto civile*, Aracne, 2016, e MACCARO-MILITERNI, *Famiglia contemporanea tra Biodiritto e Bioetica*, ESI, 2016.

³⁵ Cfr. MURPHY, *Assisted gestation and transgender women*, in *Bioethics*, 2015, 29, 389.

È il dominio della volontà, che s'impone anche nel percorso, sopra tratteggiato, di riconoscimento e disciplina della rettificazione anagrafica del sesso: un atto a tre tempi. Nel primo, infatti, in nome della tutela della salute (e a séguito di una diagnosi di disforia di genere), si consente un trattamento chirurgico altrimenti penalmente avversato. In un secondo momento, e a garanzia del medesimo benessere psico-fisico (anche latamente e soggettivamente inteso), il transessuale è dispensato, invece, dall'ingresso in sala operatoria, pur essendogli consentito un adeguamento degli atti di stato civile al suo sesso *vissuto*, sempre una volta accertata la patologia che lo affligge: sì malattia della mente, questa, che si cura per il tramite del corpo, ma nei limiti definiti, però, dall'intervenuto consenso informato del paziente e da una valutazione medica in termini di rischi/benefici, nonché di opportunità e di diligenza della prestazione. Nel terzo ed ultimo atto, infine, la salute cessa del tutto d'essere il bene di riferimento, a favore della preminente tutela dell'identità individuale, tutela che spiega e guida la normativa francese e, soprattutto, quella belga. Entrambe, infatti, prescindono dalla perizia psichiatrica³⁶; mentre la prima, però, richiede quantomeno la dimostrazione del sesso *vissuto* di cui sopra (art. 61-5 *code civil*³⁷), la seconda³⁸ trova la propria unica giustificazione e razionalità nella mera e libera volontà di rettificazione del sesso, con limiti stringenti solo nel caso d'intenzione di tornare al proprio sesso di origine

(seconda istanza di modifica; tendenziale irreversibilità della scelta).

Alla resa dei conti, è il medesimo cammino intrapreso da scienza e diritto in ambito di fecondazione artificiale eterologa: dal divieto normativo³⁹ al riconoscimento giurisprudenziale⁴⁰ in nome della tutela della salute degli istanti e quale rimedio ad una patologia medicalmente accertata (sterilità o infertilità assolute), ma non ancora consentita, invece, in Italia, per finalità eugenetiche o sulla base del mero elemento volontaristico o di una personale *preferenza* – a soddisfazione, dunque, della richiesta della *single*, della coppia omosessuale, della donna già in menopausa o per avviare, infine, una gestazione per altri⁴¹.

3. Il genere e il sesso del minore intersessuale: l'interesse del figlio e quello dei genitori. *Tertium semper non datur?*

La nascita di un minore intersessuale solleva, invero, interrogativi simili e speculari: infatti, dal (possibile e/o aspirante) genitore (volutamente *in transito*) al figlio (con caratteri sessuali d'incerta collocazione), la difficoltà è sempre quella, da un lato, di una valutazione in termini di libertà dall'intervento chirurgico e, dall'altro, di una necessità di conformazione ad uno *standard* ovvero ad un'esigenza di normalizzazione. Del resto, nell'ipotesi d'intersessualità, a fronte di un dato anatomico oggettivamente *extra ordinem*, è la decisione medica d'intervenire chirurgicamente, elimi-

³⁶ Del resto, è dal 2010 che in Francia il transessualismo (ancora contemplato, invece, dall'*International Classification of Diseases* dell'OMS e dall'*AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Raffaello Cortina, 2014) non è più una malattia mentale. L'altro Paese ad essersi determinato in tal senso è la Danimarca, nel 2017: cfr. www.wired.it/scienza/medicina/2017/01/13/transessualita-malattie-mentali.

³⁷ «(...) la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être que: – la personne se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué; – qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel; – qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué».

³⁸ V. la loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, 25.6.2017, in *Moniteur Belge*, 10.7.2017, 71465. Similmente, cfr., in Irlanda, il Gender Recognition Act (2015): www.teni.ie/page.aspx?contentid=586.

³⁹ L. 10.2.2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, art. 4, comma 3°.

⁴⁰ Grazie a CORTE COST., 10.6.2014, n. 162, in *Riv. biodiritto*, 2014, 22, con commento di AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*; *ibidem*, 29, con nota di RIVERA, *Quando il "desiderio" di avere un figlio diventa un "diritto": il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*; in *Riv. dir. int.*, 2014, 1123, con commento di TONOLO, *Il diritto di genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*; in *Riv. biodiritto*, 2014, 21, con commento di C. CASINI-M. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*; *ibidem*, 23, con nota di D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto*

assoluto della c.d. fecondazione eterologa; in *Med. mor.*, 2014, 367, con commento di M. CASINI, *Il "figlio a tutti i costi" e la "procreazione medicalmente assistita"*. Così la Corte costituzionale dimentica il primato degli interessi e dei diritti dei minori; in *Dir. pen. proc.*, 2014, 831, con nota di VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Vita not.*, 2014, 675, con commento di BALDINI, *Cade il divieto di PMA eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*; in *Fam. e dir.*, 2014, 761, con nota di CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Corr. giur.*, 2014, 1068, con commento di FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1117, con nota di CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 469, con commento di QUERCI, *La fecondazione eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014: attuabilità immediata e problemi aperti*; in *Studium iuris*, 2014, 1243, con nota di VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi "indirizzi operativi" della Conferenza delle Regioni*; in *Dir. fam. e pers.*, 2014, I, 1290, con commento di CICERO-PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; overosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*; in *Giur.it.*, 2014, 2827, con commento di LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, e in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 25, con commento di CASELLA-DI LORENZO-NIOLA, *La disciplina della fecondazione eterologa dopo la pronuncia della Consulta. Cfr. altresì, da ultimo, APA, Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, in *Riv. biodiritto*, 2017, 28.

⁴¹ Cfr. BALDINI (a cura di), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto*, Firenze University Press, 2015.

nando un sesso a favore dell'altro, a rappresentare l'effettivo *punctum dolens*. Non v'è, infatti, volontà del diretto interessato; né assoluta certezza in termini di miglior interesse del (di *quel*) minore (senz'indugio definire in sala operatoria un'identità sessuale/attendere il disvelamento del sesso psichico, nel frattempo accontentandosi del *limbo*); né, infine, unanime persuasione quanto alla reale impossibilità d'immaginare un altro modello, non più e non solo dicotomico, che esuli e trascenda dal naturale e fisiologico paradigma del maschile/femminile.

Si tratta, in *primis*, della difficile conciliazione fra l'esercizio della responsabilità genitoriale e il *best interest of the child* di cui sopra: l'aspirazione ad un figlio quanto prima e quanto più (se non perfetto) normale non può che cedere, infatti, dinanzi al perseguimento del benessere – latamente inteso – del minore intersessuale, se solo non fosse la scienza medica stessa, per prima, a nutrire forti perplessità quanto al corretto o migliore *modus operandi*⁴². D'altro canto, se attendere che il bambino si riveli nel suo genere presenta il beneficio di poter costruire (o, quantomeno, abbozzare) una relazione fiduciaria autentica fra personale sanitario e paziente diretto interessato, in termini di comunicazione, d'informazione e di adozione di decisioni capitali attorno a trattamenti altamente invasivi (demonitivi, ricostruttivi, irreversibili, con un post-operatorio importante sia quanto a sofferenza sia quanto a tempistica), il differimento dell'intervento può ben presentare difficoltà e incontrare resistenze sotto un profilo e per motivazioni di carattere sociale, educativo e persino di «*fecondo e non frustrante inserimento nei corsi scolastici*»⁴³.

Si tratta anche, dunque, del consenso informato del paziente infradiciottenne: la l. 22.12.2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*⁴⁴ – è noto – conserva (fors'an-

che anacronisticamente)⁴⁵ la maggiore età quale traguardo per una piena autodeterminazione in ambito sanitario, pur «nella valorizzazione delle (...) capacità di comprensione e di decisione» del minorenni e pur *tenendo conto* della sua volontà, «in relazione alla sua età e al suo grado di maturità» e al fine di tutelarne, al contempo, salute psicofisica, vita e dignità (art. 3, *Minori e incapaci*). Curioso pare, peraltro, come il legislatore abbia sì previsto l'ipotesi del mancato accordo fra rappresentanti legali e personale sanitario, con la rimessione della decisione conclusiva al giudice tutelare (art. 3, comma 5^a), ma solo letteralmente richiamando il rifiuto delle cure proposte e dal medico ritenute, invece, «appropriate e necessarie». Trascurata, per converso, appare l'opposta fattispecie: quella in cui gli esercenti la responsabilità genitoriale chiedano e pretendano un trattamento (la chirurgia sull'apparato genitale del figlio, per esempio, rimanendo in tema – e magari sulla scorta di considerazioni esulanti dalla stretta tutela della salute del diretto interessato) che la scienza, dal canto suo, al contrario sconsiglia. L'idea sottostante, certo, è che non si possa, comunque, *costringere* il medico ad agire *contra diligentiam*, mentre la funzione del rappresentante legale è delimitata dalla ricerca e dal perseguimento, ancora una volta, del miglior interesse del soggetto debole e in alcun modo può declinarsi, di conseguenza, nei termini di una mera libertà personale⁴⁶. È il giudice, dunque, che da ultimo è sempre chiamato a sciogliere i nodi di un conflitto altrimenti irresolubile, ai sensi – prima di tutto – del combinato disposto dell'art. 30 Cost. e degli artt. 316 e 333 cod. civ.

Peraltro, laddove il perimetro e i contenuti di tale *best interest* neppure appaiano chiaramente definibili, tanto più sarà determinante, allora, l'attesa di una capacità di espressione della volontà⁴⁷. In questo senso, la giurisprudenza costituzionale colombiana ha nel

⁴² Cfr. TRIPODI, *L'intersessualità in famiglia. La chirurgia genitale (in età pediatrica) è l'unica via possibile?*, in *Verifiche*, 2013, 93; VIGGIANI, *La condizione intersessuale. Spunti per un dibattito tra filosofia e diritto*, in *Not. Pol.*, 2017, 42; CERRINA FERONI, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 303; ZIEGLER-KUFFER, *Orientation sexuelle et identité de genre des mineurs en droit international*, in HERNÁNDEZ TRUYOL-VIRZO, *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, Esi, 2016, 77 ss.; e LORENZETTI-MOSCATI (a cura di), *LGBTI Persons and Access to Justice*, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2015, 146 ss.; LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *Riv. biodiritto*, 2015, 109, e *Id.*, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo*, in GIUFFRÈ-NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del convegno di Catania, 7-8.6.2013, Esi, 2014, 485.

⁴³ Così TRIB. MIN. POTENZA, 29.7.1993, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, II, 1199, che provvede a nominare, a fronte dell'inerzia dei genitori, un curatore speciale ex art. 333 cod.civ., il quale «provochi le occorrenti pratiche chirurgiche e terapeutiche e che del minore curi anche l'equilibrio psicologico (...), attivandosi, insomma, in ogni modo, anche sul piano giudiziario ed amministrativo, affinché il minore abbia a crescere in maniera serena, regolare e consona al suo effettivo sesso». V., inoltre, TRIB. BARI,

25.6.2012, in *De Jure*, che risarcisce il danno non patrimoniale (in termini di sofferenza e di patema animo) cagionato ai genitori di un neonato erroneamente attribuito al sesso maschile, «tenuto conto della centralità dell'identità sessuale nello sviluppo della persona, tanto nella sua dimensione individuale quanto in quella sociale (una situazione di protratta ambiguità sessuale, ove «patita», ritarda, se non addirittura ostacola, l'acquisizione, da parte del soggetto, della propria identità psico-fisica), dell'intensità del vincolo genitore-figlio e dell'impatto che taluni eventi possono avere in una piccola realtà di provincia, in cui è, quanto meno, più difficile mantenere la riservatezza».

⁴⁴ In G.U. 16.1.2018, n. 12.

⁴⁵ Sia qui consentito rinviare a CACACE, *Autodeterminazione in Salute*, Giappichelli, 2017, 225 ss., e a EAD., *Autodeterminazione dei minori e trattamenti sanitari. Il caso del rifiuto alle cure per motivi religiosi*, in AMRAM-D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, 2011, 359. Cfr. anche CACACE, *Salute e Autodeterminazione: da Charlie Gard a DJ Fabo, passando per i No-Vax*. Scienza, diritto, diritti e libertà, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 55 ss.

⁴⁶ Cfr. FAMULARO, *I minori e i diritti della personalità*, in *Giust. civ.*, 2005, IV, 1110.

⁴⁷ Riguardo al minore transessuale, invece, cfr. TRIB. ROMA,

tempo delineato⁴⁸ alcune linee guida decisionali, secondo le quali, innanzitutto, se il consenso dei genitori può talvolta essere – da solo – sufficiente, questo deve presentarsi come qualificato e persistente, mentre non rileva un volere espresso, per esempio, a ridosso della nascita del figlio, in uno stato d'ansia e di confusione: la qualità, l'autenticità e la serenità (o meno) dell'informazione, dunque, condizionano irrimediabilmente la validità delle determinazioni conseguentemente assunte. In secondo luogo, il compimento dei cinque anni viene ritenuto soglia oltre cui qualsivoglia trattamento sanitario non salva-vita deve sempre essere rinviato, perché privo dei caratteri dell'urgenza, in attesa di una sufficiente maturità del minore e a prescindere dalle preferenze, dai desideri e dalle convinzioni dei di lui genitori. In ultima battuta, poi, anche qualora il bambino sia di età inferiore, ma in grado di essere ascoltato, il suo pensiero rileva e, laddove in contrasto con quello dei rappresentanti legali, ogni decisione interventista merita d'essere posticipata all'età adulta. In questo senso, dunque, tre sono gli elementi oggetto, per i giudici latinoamericani, di necessaria considerazione e valutazione: a) l'urgenza e l'importanza del trattamento, ai fini del perseguimento del miglior interesse del bambino; b) i rischi e le conseguenze delle cure/dell'operazione sulla capacità e possibilità di autodeterminarsi del minore, attuale e futura (in termini, dunque, d'invasività ed irreversibilità); c) l'età, infine, del diretto interessato.

È – evidentemente – una questione ancor più culturale che sanitaria, la quale chiaramente traspare dalle stesse parole scelte, in Italia, dal Comitato Nazionale di Bioetica per intervenire sul tema: l'obiettivo è «armonizzare elementi di disarmonia»⁴⁹ e – pur nel rispetto di una trasparente comunicazione a beneficio di tutti gli attori coinvolti, nonché nell'ambito di un'estrema ponderazione degli interventi irreversibili (oggettivamente motivabili sotto un profilo medico) – di «rimuovere ciò che impedisce la realizzazione» del «progetto di essere uomo o donna». L'opportunità di rinviare operazioni chirurgiche demolitive e/o ricostruttive è relegata, nondimeno, alla sfera dell'eccezionalità (ai casi «più difficili», in cui alcun dato obiettivo emerge ai fini dell'assegnazione sessuale) e, d'altro

canto, anche nel corso della «vigile attesa» che necessariamente ne deriva, l'educazione deve comunque orientarsi in senso maschile o femminile, coinvolgendo per gradi il minore e osservandone le spontanee inclinazioni.

Il tema, certo, è dei più delicati, laddove qualsivoglia decisione – sanitaria e/o giudiziale – richiede e necessariamente implica un profondo coinvolgimento dei genitori e del nucleo familiare di riferimento, in termini educativi, d'identità imposta o riconosciuta, di ruolo sociale accordato, di modello prescritto: collaborazione non sempre del tutto esente, peraltro, dal condizionamento di quel *bambino immaginario* generato dalla testa, prima ancora che dal corpo dei suoi ascendenti. Si tratta, in altri termini, dello sforzo educativo affinché il genere corrisponda alle modifiche apportate al fisico ovvero a ciò che è stato deciso quel fisico debba rappresentare. D'altro canto, la stessa strategia medica – sovente volta alla femminizzazione del paziente perché operativamente più agevole, nel tentativo di rientrare nel noto schema dicotomico – non solo tende a pretermettere la volontà del minore (in una sorta di congiura del silenzio suscettibile di protrarsi a lungo nel tempo, fino alla sua età adulta), ma altresì rischia di svalutare la capacità decisionale dei medesimi rappresentanti legali, omettendo la trasparente prospettazione delle differenti possibilità e delle relative conseguenze sul fisico e sulla psiche, sul piacere sessuale e la futura fertilità.

La soluzione e l'approdo, dunque, non risiedono necessariamente nel sesso indicato dai cromosomi (senza altresì contare che, a fronte di determinate patologie, il corredo genetico stesso può non fornire, in tal senso, un'univoca risposta F/M: è il caso, per esempio, della sindrome di Klinefelter). Peraltro, la mancata coincidenza fra l'identità eventualmente assegnata dalla chirurgia e quella, di genere, successivamente affermata è un rischio talmente drammatico da giustificare il completo ribaltamento della prospettiva prescelta dal Comitato Nazionale di Bioetica italiano e negletta, invece, dalla *Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics*⁵⁰. In Svizzera, infatti, la regola diviene la rinuncia ad una precoce ed irreversibile soluzione medica, salvo eccezioni (rispetto alle quali ci si inter-

11.3.2011, e TRIB. CATANIA, 17.3.2004, entrambe in *DeJure*, nonché SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in questa *Rivista*, 2012, I, 259.

⁴⁸ Cfr. CORTE COST. COLOMBIA, 23.10.1995, n. 477, in www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm; CORTE COST. COLOMBIA, 12.5.1999, n. 337, pubblicata in CURRAH-JUANG-PRICE MINTER, *Transgender rights*, University of Minnesota Press, 2006, 122 ss., con un commento di HOLMES, *Deciding fate or developing autonomy? Intersex children and the Colombian Constitutional court*, 102 ss., e in www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm, e CORTE COST. COLOMBIA, 18.9.2008, n. 912, in www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-912-08.htm. V. anche la legge Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, 1° 4.2015, n. 256, con cui la

Repubblica di Malta vieta, fra l'altro, qualsiasi intervento medico non strettamente salva-vita sui minori intersessuali, in attesa del compimento di un'età idonea alla prestazione di un autonomo loro consenso informato: cfr. <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=26805&l=1>.

⁴⁹ Cfr. il parere del Comitato Nazionale di Bioetica *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, 25.2.2010, in <http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/anno-2010>, 18.

⁵⁰ *Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics* (2012), *On the management of differences of sex development. Ethical issues relating to 'intersexuality'*, in www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/en/NEK_Intersexualitaet_En.pdf.

roga quanto a reale opportunità, condizioni e requisiti), perché i *disorders of sex development* (DSD) solo raramente impongono – considerando sia il benessere del bambino attuale sia gli interessi dell'adulto futuro – immediate decisioni sul paziente piccolo o molto piccolo, secondo un criterio di *necessità* sanitaria (l'urgenza di prevenire un pregiudizio grave) e non per motivazioni di natura meramente estetica.

V'è, poi, un problema di *stato civile*, rilevante dal punto di vista giuridico, *in primis*, ma altresì in termini socio-culturali e di riconoscimento identitario. Ecco, se gli svizzeri concludono nel senso di non poter rinunciare alla tradizionale classificazione binaria – anche solo perché, di norma, sono le stesse persone intersessuali a cercare e a trovare, infine, il loro posto in termini di maschile ovvero di femminile –, semplicemente auspicando una più agevole procedura di rettificazione del sesso (la quale consideri «*individual's self-identified gender, supported by objective grounds, with physical sexual characteristics only being considered secondarily*»⁵¹), i tedeschi⁵² si determinano in tutt'altra maniera. Così, il *Bundesverfassungsgericht* impone al legislatore – tempo massimo un anno: entro fine 2018 – l'adozione di una disciplina che introduca un sesso *other* (*tertium datur*, dunque), laddove la possibilità, già garantita dal sistema teutonico⁵³, di *non scegliere* (*missing data*) equivarrebbe alla negazione di un'identità di genere per l'individuo intersessuale (*genderless*), se non una mera dimenticanza o una ricerca di chiarezza, ancora in corso, quanto alla propria appartenenza (ma sempre nei tradizionali termini: F/M). Per converso, il paradigma dicotomico va spezzato senza che il *tertium* sia, semplicemente, uno spazio bianco: l'affermazione e certificazione di un'identità *insolita* non

equivarrebbe a stigmatizzare e/o discriminare, bensì a riconoscere, all'interno dell'ordinamento giuridico di riferimento, un genere e un'identità *oltre* sì, ma – comunque – positivamente definita. Sul punto, peraltro, il Comitato Nazionale di Bioetica italiano⁵⁴ si esprime in termini di «inaccettabilità», laddove un *tertium genus* anagrafico a) «provocherebbe pesanti alterazioni» nell'«equilibrio sistemico» ordinamentale; b) costituirebbe una «stigmatizzazione legale della persona, dalle conseguenze psicologiche e sociali imprevedibili, ma indubbiamente altamente rischiose»; c) accorderebbe cittadinanza ad ipotesi patologiche connotate da incertezza nell'assegnazione sessuale e che in alcun modo manifestano una specifica identità di genere: *e sull'incertezza non ha senso costruire un'identità terza*.

Orbene, siano qui consentite due considerazioni conclusive. La prima attiene alla differenza, affatto trascurabile, che intercorre fra il neonato d'incerta assegnazione sessuale e l'adulto che rivendichi, invece, un'appartenenza e un'identità di genere diversa ed ulteriore rispetto a quella maschile o femminile. Infatti, se per l'infante parrebbe ragionevole prospettare un'attesa (l'attesa che il bambino *si riveli*) anche in termini di *stato civile* (e non solo chirurgici), omettendo d'indicare *tout court* il sesso ovvero prevedendo – come da indicazioni, per esempio, del Comitato Nazionale di Bioetica italiano e svizzero – una più agevole procedura di rettificazione (laddove successivamente necessaria), ben diversa questione si pone per il soggetto già consapevole, *risolto*, il quale richieda l'adeguamento del sesso anagrafico ad un'identità al di fuori e al di là dei consueti canoni⁵⁵. La soluzione, allora, potrà con-

⁵¹ Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics (2012), *On the management of differences of sex development. Ethical issues relating to 'intersexuality'*, cit., 15.

⁵² Cfr. German Ethics Council (Deutscher Ethikrat), *Intersexualität*, Pinguin Druck, 2012, e la sentenza del BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 10.10.2017, in www.bundesverfassungsgericht.de. V. anche EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *The fundamental rights situation of intersex people*, FRA/FOCUS, n. 4/2015, Vienna, in <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>.

⁵³ Dal Personenstandgesetz, 1° 11.2013: cfr. www.articolo29.it/2017/intersexualismo-e-terzo-sesso-la-rivoluzione-copernicana-della-corte-costituzionale-tedesca-2/, con il commento di BRUNETTA D'USSEAU, *La Corte Costituzionale tedesca dichiara l'illegittimità costituzionale della legge sullo stato civile*.

⁵⁴ Cfr. il parere *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, cit., 21-22, il quale propende per l'annotazione, da parte dell'ufficiale di *stato civile* al momento dell'iscrizione anagrafica del neonato come maschio o femmina, non dell'incerta attribuzione sessuale del neonato, ma della patologia di cui egli soffre (secondo rigorosa e completa certificazione medica). Tale annotazione potrebbe risultare funzionale ad una successiva rettificazione dell'indicazione anagrafica (a causa dell'erronea attribuzione effettuata alla nascita) secondo procedure semplificate e più agevoli rispetto a quelle ordinariamente imposte. In Italia, peraltro, l'art. 29 d.p.r. 3.11.2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127, prevede che il

sesso venga indicato nell'atto di nascita, senza la possibilità di una «terza» scelta.

⁵⁵ V. NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie [2014] HCA 11 (2.4.2014), in cui la High Court of Australia ha accordato al cinquantenne Norrie May Welby una registrazione in termini di sesso «non specific» (per il testo integrale della sentenza, v. www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2014/11.html). Cfr. anche TRIB. TOURS, 20.8.2015 (per il testo integrale della sentenza, v. www.retelenford.it/images/D%C3%A9cision-du-TGI-Tours-20-ao%C3%BBt-2015.pdf), che sostituisce – sull'atto di nascita del richiedente, adulto intersessuale – l'espressione «sesso maschile» con quella di «sesso neutro», ritenuta preferibile rispetto alla dizione «intersessuale», maggiormente stigmatizzante, e altresì non volendosi riconoscere un nuovo genere né introdurre una categorizzazione diversa da quella binaria. Per converso, sempre in Francia, v. l'art. 55 della *circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation*, secondo il quale «lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication «de sexe indéterminé» dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. Ce sexe sera indiqué dans l'acte, l'indication sera, le cas échéant, rectifiée judiciairement par la suite en cas d'erreur. Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis,

sistere nella mancata indicazione del sesso (lo *spazio bianco* di cui sopra), ovvero nel riconoscimento di un *tertium genus* variamente denominabile (tralasciando, però, l'opzione del marchio «intersessuale», non solo discriminante e patologizzante, ma anche non sempre del tutto corretta, come tra poco si avrà modo di rilevare), ovvero, infine, nella decisione di eliminare qualsivoglia indicazione del sesso dai registri di stato civile (anche F/M). Quest'ultima, invero, è l'alternativa prospettata dalla Corte costituzionale tedesca⁵⁶ al suo legislatore: o la creazione di un positivo *tertium genus* o l'abolizione di tutti i *genera* (*bianco* per tutti: la classica "eliminazione del problema alla radice"), abolizione che opererebbe in spregio, però, di una profonda e dominante comprensione sociale, culturale e giuridica in termini di dimorfismo sessuale e di dualità di genere (il *naturale* riconoscimento in F/M, che si vuole attestato anche dallo stesso ordinamento).

È facile immaginare, d'altro canto, come l'esito, in Germania, sarà quello di una quadrupla *chance*: la non-indicazione (negativa), l'indicazione *terza* (positiva), il maschile e il femminile. Ed ecco che, dunque, s'introduce la seconda delle considerazioni preannunciate. Per il transessuale, s'è visto, si è partiti da una patologia della mente che richiedeva un riconoscimento in sala operatoria e all'Ufficio dello stato civile, per arrivare ad un sesso (anche solo) psichico che postula una rettifica documentale libera dal bisturi, ad attestare un'identità di genere slegata dal dato biologico originario. Per l'intersessuale, parimenti, si tratta pur sempre della mancata corrispondenza ad uno standard prestabilito e così cristallizzato, ma la patologia è del corpo

e l'interrogativo attiene, prima di tutto, alla necessità e alle modalità di un adeguamento e di una normalizzazione per le vie chirurgiche. D'altro canto, l'eventualità del riconoscimento anagrafico di un *tertium genus* – ad attestare un'identità di genere che non ha trovato soluzione nel dato biologico e nella più usuale dicotomia – conduce ad una riflessione ulteriore e, pare, obbligata. A fronte della previsione di un'identità *altra*, infatti, non sarà il solo intersessuale (il quale abbia maturato la propria non appartenenza a F/M) a poterne beneficiare, bensì qualsivoglia individuo il quale, benché non affetto da alcuna malattia congenita (DSD), possa dimostrare, documentare o anche solo dichiarare la propria ascrizione psichica ad un genere diverso ed estraneo al sistema binario. Come per il transessuale, dunque, dal corpo si ritorna alla mente e la salute – anche molto latamente intesa – cede il passo all'identità, quale centro da cui si dipartono i raggi di qualsivoglia tutela.

È un diritto, questo del XXI secolo, che rischia di non avere più gli strumenti adeguati, perché fallaci son divenuti – quasi improvvisamente – i suoi stessi presupposti (che ad esistere, per esempio, siano solo l'uomo e la donna); il sesso e il genere di certi genitori e il sesso e il genere di certi figli: non solo gli artifici procreativi (dal figlio in provetta al genitore in provetta), ma anche le nuove identità e le nuove consapevolezze scardinano modelli creduti inossidabili – paterno e materno, maschile e femminile – e chiamano tutela, reclamano un'inedita cittadinanza, fra esercizi d'autodeterminazione e assunzione di antiche, genitoriali, sempre uguali responsabilità.

avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision

judiciaire. Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents de choisir pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon».

⁵⁶ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 10.10.2017, cit.