

Civile Sent. Sez. 1 Num. 15138 Anno 2015

Presidente: FORTE FABRIZIO

Relatore: ACIERNO MARIA

Data pubblicazione: 20/07/2015

SENTENZA

sul ricorso 25318-2013 proposto da:

M.M.

(c.f.

(omissis)

elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MONTE ZEBIO
9, presso l'avvocato GIORGIO DE ARCANGELIS, che lo
rappresenta e difende unitamente agli avvocati
ALESSANDRO GRACIS, GIOVANNI GENOVA, FRANCESCO
BILOTTA, giusta procura a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

contro

PUBBLICO MINISTERO PRESSO IL TRIBUNALE DI PIACENZA,

~~X~~ Imposto della legge



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

2015

965

PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA
CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA, SINDACO DEL COMUNE DI
BOBBIO;

- intimati -

avverso la sentenza n. 29/2013 della CORTE
D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 20/03/2013;

udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del 21/05/2015 dal Consigliere
Dott. MARIA ACIERNO;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato A. GRACIS che
ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. FRANCESCA CERONI che ha concluso per
l'accoglimento del ricorso.



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

M.M. aveva richiesto al Tribunale di Piacenza nel 1999 l'autorizzazione al trattamento medico chirurgico per la modificazione definitiva dei propri caratteri sessuali primari al fine di ottenere la rettificazione dei caratteri anagrafici. Il Tribunale aveva accolto la domanda.

Dopo circa dieci anni è stata richiesta dal **M.** la rettificazione dei propri atti anagrafici senza sottoporsi al trattamento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari al genere femminile.

A sostegno della nuova domanda era stato rilevato :

- che il ricorrente temeva le complicità di natura sanitaria;
- che nel frattempo aveva raggiunto un'armonia con il proprio corpo che lo aveva portato a sentirsi donna a prescindere dal trattamento anzidetto.

Il Tribunale riteneva condizione sufficiente ma necessaria il trattamento chirurgico e respingeva la domanda.

Il **M.** proponeva reclamo avverso tale pronuncia sulla base dei seguenti rilievi :

il reclamante riteneva che il trattamento chirurgico non poteva ritenersi necessario per ogni caso di rettificazione

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

del sesso ma soltanto se finalizzato ad assicurare alla persona il benessere psico fisico;

la ratio della norma doveva identificarsi nella tutela della persona sotto il profilo della sua identità sessuale o di genere al fine di consentirle di superare una situazione patologica di contrasto tra il suo sentire psichico e le condizioni anatomiche del corpo. La norma peraltro era stata introdotta al fine di scriminare in ambito penale un intervento chirurgico che diversamente avrebbe integrato un reato e sarebbe stato fonte di responsabilità per il sanitario.

Il trattamento nel suo caso non solo non era necessario ma si rivelava anche dannoso per il timore radicato di conseguenze pregiudizievoli per la sua incolumità fisica, tenuto conto che negli anni, in conseguenza di numerosi trattamenti estetici ed ormonali, aveva raggiunto la piena armonia con il proprio corpo; non vi era più conflitto tra il proprio sentire psichico e la condizione anatomica e non veniva, di conseguenza, più avvertita l'esigenza di assoggettarsi ad un intervento chirurgico per realizzare la propria identità sessuale.

Aggiungeva il reclamante che la legge n. 164 del 1982 non prescriveva che i caratteri sessuali della persona potessero identificarsi in quelli primari e secondari

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

limitandosi a richiederne il mutamento senza specificarne la tipologia, così da ritenere sufficiente l'adeguamento dei soli caratteri sessuali secondari.

In subordine venivano formulati dubbi sulla costituzionalità dell'art. 3 della l. n. 164 del 1982 sotto il profilo della violazione dell'art. 2 (diritto all'identità di genere inteso come interesse della persona a vedere rispettato nei rapporti esterni ciò che il soggetto è e fa); violazione del diritto all'autodeterminazione (art. 2 Cost.) nella misura in cui il trattamento chirurgico fosse da ritenersi coattivo; violazione dell'art. 32 Cost. dal momento che la obbligatorietà del trattamento chirurgico può esporre la persona a conseguenze lesive della sua integrità psico-fisica; violazione degli art. 1 e 3 della carta di Nizza nonché dell'art. 8 e 14 CEDU quali parametri di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost.

Nel giudizio d'appello veniva disposta CTU sulle condizioni psicosessuali del reclamante, affidate a due diversi consulenti, al fine di accertare se potessero ritenersi integrati i caratteri sessuali del genere femminile.

La Corte d'Appello ha respinto il reclamo sostenendo :

in biologia si distinguono i caratteri sessuali primari dai secondari, identificandosi i primi, con gli organi genitali

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

e riproduttivi, ossia con l'aspetto strettamente anatomico della persona umana, ed i secondi con altre caratteristiche fisiche e psichiche, quali la conformazione del corpo nei suoi diversi tratti, il timbro della voce, gli atteggiamenti e comportamenti esteriori e percepibili da terzi.

Il reclamante ha completato il percorso di modifica dei suoi caratteri sessuali secondari, conseguito attraverso diversi e ripetuti trattamenti estetici anche chirurgici (rinoplastica, mastoplastica additiva e incisive terapie ormonali).

I consulenti concordemente hanno ritenuto che il reclamante abbia ottenuto una consolidata modifica dei caratteri sessuali secondari e abbia raggiunto sul piano psichico il convincimento ormai radicato di appartenenza al genere femminile senza avvertire il contrasto con la sua realtà anatomica e la necessità di sottoporsi all'intervento chirurgico di amputazione dei genitali maschili e di costruzione dell'organo genitale femminile. La consulenza medica ha accertato che la somministrazione di ormoni femminilizzanti ha determinato un quasi azzeramento dell'attività testicolare come si evince dalle ridotte concentrazioni sieriche di testosterone e ha concluso che le caratteristiche femminili siano da ritenersi integrate con l'identità psicofisica del M. "da ritenersi per

lo più irreversibili se non attraverso complessi interventi farmacologici e chirurgici".

Deve, tuttavia, rilevarsi che l'interpretazione letterale dell'art. 1 della l. n. 164 del 1982 laddove individua il presupposto della rettificazione dell'atto di nascita nella modificazione dei caratteri sessuali tout court della persona induce a ritenere che il legislatore abbia ritenuto necessaria la modificazione sia dei caratteri sessuali primari che secondari.

L'elaborato medico concludendo per il "quasi azzeramento" e per la modificazione "per lo più" irreversibile esclude che le funzioni sessuali siano del tutto scomparse e ritiene che quelle femminili risultino immodificabili. In particolare, secondo la Corte territoriale, non è esclusa la possibilità di un'ulteriore modifica futura. L'inclusione anche dei caratteri sessuali primari è giustificata dall'interpretazione storico sistematica.

Nonostante il carattere fortemente innovativo nella l. n. 164 del 1982 è rimasta ferma la indispensabilità del mutamento di tutti i caratteri sessuali proprio alla luce di una nozione complessa di identità di genere che non può trascurare il fattore anatomico biologico nel tentativo di ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche così come indicato dalla Corte Costituzionale. Per queste ragioni

l'art. 3 prevede espressamente il trattamento medico chirurgico quale mezzo di adeguamento dei caratteri sessuali.

Pur dovendosi riconoscere che la norma in questione contempla l'operazione chirurgica quale intervento non indefettibile, facendo uso dell'avverbio "quando" deve ritenersi che tale prescrizione vada calata nello specifico contesto storico nel quale è stata emanata la legge, così ponendosi in rilievo la sua esclusiva funzione di sanare la situazione di chi ad un intervento demolitorio-ricostruttivo si era già sottoposto o non ne aveva bisogno per ragioni congenite.

Tale interpretazione non è in contrasto con l'intento del legislatore di tutelare la salute della persona sia perché l'intervento viene vissuto come una sorta di liberazione ponendo fine all'angoscia dettata dal contrasto tra condizione anatomica e condizione psichica, svolgendo pertanto una funzione terapeutica, sia perché il trattamento pur cruento è preceduto da autorizzazione giudiziale posta proprio a tutela della fattibilità di essa.

Anche i dubbi di costituzionalità posti in via da gradata⁷ sono da disattendere, secondo la Corte d'Appello.

Da escludere la violazione dell'art. 32 Cost. dal momento che la norma non impone alcun trattamento chirurgico, rendendolo meramente facoltativo, essendo finalizzata ad assicurare la possibilità dell'intervento a tutela del soggetto che lo richieda per evitare conseguenze sanzionatorie a carico suo e dei sanitari. Peraltro, ove il soggetto non voglia sottoporsi al predetto trattamento chirurgico, la norma non gli preclude di vivere la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile.

Da escludere anche la violazione dell'art. 2 Cost. Il reclamante sembra richiedere di appartenere non al genere femminile ma ad un terzo genere, caratterizzato dalla presenza di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi che non può, allo stato, trovare spazio nel nostro ordinamento neppure se si voglia dilatare al massimo la nozione di persona umana e di diritto all'identità sessuale, racchiuso nell'art. 2 Cost.

Avverso la pronuncia della Corte d'Appello ha proposto ricorso per cassazione il M. affidandosi a sette motivi di ricorso, illustrati da memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 164 del 1982 per avere la Corte d'Appello ritenuto necessario al

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

fine di chiedere la rettificazione degli atti dello stato civile la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari.

Il ricorrente evidenzia che sia l'interpretazione seguita dalla Corte d'Appello e da una parte della giurisprudenza di merito sia l'interpretazione che ritiene meramente eventuale l'operazione di modificazione dei caratteri sessuali primari sono plausibili.

Non è pertanto del tutto vero che l'interpretazione testuale delle norme applicabili conduca alla conclusione scelta dalla Corte d'Appello.

Il fenomeno del transessualismo ha subito delle mutazioni da quando è entrata in vigore la l. n. 164 del 1982. Vi sono persone transessuali che sono biologicamente di sesso maschile e viceversa. La scoperta dell'identità di genere costituisce un percorso che, grazie al minor stigma sociale, prende spesso avvio già in età preadolescenziale e si compone di terapie ormonali, di chirurgia estetica, sostegno psicoterapeutico. Lo stesso disturbo dell'identità di genere non è più menzionato nel DSM V (il manuale statistico diagnostico delle malattie mentali) ma si fa soltanto riferimento alla "disforia di genere". Allo stato attuale si possono individuare tre componenti dell'identità di genere : il corpo, l'autopercezione e il ruolo sociale.

L'apparenza fisica non può essere slegata dall'autopercezione e dalla relazione che si sviluppa con la società e con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità in un'interazione costante tra cervello, corpo, esperienza. La più aggiornata concettualizzazione del transessualismo si richiama ad un paradigma complesso in base al quale l'interazione di fattori biologici, psicologici e sociali influenza la costruzione dell'identità di genere. La chirurgia in tale prospettiva non è la soluzione ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona. Se si perde di vista questa prospettiva socioculturale da cui emerge la domanda di giustizia non si può procedere ad una corretta interpretazione delle norme. In conclusione un'interpretazione letterale che non tenga conto dell'evoluzione scientifica e della conoscenza del fenomeno del transessualismo, preso in considerazione dal legislatore 30 anni orsono, finisce per tradire la ratio della legge, ben espressa dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 1985 che richiamandosi all'art. 2 Cost. riteneva espressione dei doveri di solidarietà sociale rispettare le persone transessuali nel loro desiderio di vivere armoniosamente il loro essere in relazione con gli altri anche attraverso la modificazione degli atti anagrafici.

Nel secondo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 164 del 1982 per avere la Corte d'Appello ritenuto necessaria ai fini della rettificazione degli atti dello stato civile sia i caratteri sessuali primari che quelli secondari.

La Corte d'Appello, pur riconoscendo che il legislatore non ha precisato se a dover essere modificati debbano essere i caratteri sessuali primari o secondari, ritiene che sia evidente il riferimento implicito a quelli primari in quanto ci sarebbero fatti notori a differenziare i generi. L'interpretazione restrittiva assunta dalla Corte d'Appello non viene condivisa per due ragioni :

restringe ingiustificatamente le ipotesi di godimento dei diritti fondamentali della persona, quali l'identità personale, l'autodeterminazione, l'integrità psicofisica e il benessere psicosociale;

è smentita da quanto normalmente avviene per le persone che transitano dal sesso femminile a quello maschile o per le persone per le quali è impossibile per le più disparate ragioni ricorrere all'intervento chirurgico.

La scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari non può che essere una scelta espressiva dei diritti inviolabili della persona, sacrificabili soltanto se vi siano interessi superiori di

carattere collettivo da tutelare espressamente indicati dal legislatore. Il silenzio della legge sulla specificazione relativa ai caratteri sessuali da modificare costituisce un indicatore rilevante in ordine all'insussistenza d'interessi collettivi superiori.

Peraltro, l'interpretazione in questione può rendere non realizzabile la rettificazione degli atti dello stato civile per chi vuole transitare dal genere femminile a quello maschile dal momento che l'intervento di costruzione dell'organo genitale maschile non sempre è possibile per la frequenza di crisi di rigetto, oltre a determinare frequentemente problemi uro-genitali. Proprio in ragione di tali difficoltà la giurisprudenza di merito non ritiene necessaria la falloplastica ma soltanto l'asportazione dell'utero e la riduzione del seno.

Ci possono, in conclusione, essere casi in cui l'adeguamento chirurgico non è possibile per ragioni di salute, trattandosi d'interventi invasivi e non ancora fondati su una tecnica chirurgica sicura. E' pertanto sempre necessario procedere al bilanciamento del diritto all'identità personale e del diritto alla salute con una prevalenza del secondo sul primo, purché in presenza di una diagnosi di disforia di genere e di una modificazione certa dei caratteri sessuali secondari attraverso interventi di chirurgia estetica e terapie ormonali.

Nel terzo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 164 del 1982 con riferimento all'interpretazione accolta dalla Corte d'Appello della locuzione "quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico chirurgico".

L'interpretazione rigorosamente ed esclusivamente originalista fornita dalla Corte d'Appello, pur coerente con la fase storica dell'entrata in vigore della norma, attualmente non può più essere condivisa, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche.

Accanto all'interpretazione della norma che ritiene necessario sempre l'adeguamento dei caratteri sessuali primari, vi è autorevole dottrina e giurisprudenza di merito che ne sottolinea il carattere eventuale, in quanto fondato sulla consapevolezza della mutata complessità del fenomeno del transessualismo così come riconosciuto dalle scienze psicosociali.

Nel quarto motivo di ricorso viene dedotto il vizio di omessa motivazione su un fatto decisivo per il giudizio nella parte in cui la Corte territoriale ha disatteso le conclusioni delle consulenze d'ufficio, le quali hanno entrambe escluso la necessità dell'intervento chirurgico

attesa la condizione di equilibrio psicologico e sociale raggiunto dal ricorrente.

Pur riconoscendo al giudice di merito la facoltà di discostarsi dalle conclusioni delle CTU deve evidenziarsi che nella specie non sono stati tenuti in nessun conto gli elementi di fatto emersi in modo univoco dalle indagini peritali, così come è stato ignorato come dal punto di vista scientifico attuale deve essere valutato il fenomeno del transessualismo. Ciò può cogliersi in particolare nel passaggio argomentativo della sentenza impugnata nel quale si afferma che l'intervento chirurgico è pur sempre considerato come una sorta di liberazione, senza tenere in alcun conto il contrario avviso, scientificamente giustificato, sostenuto nelle consulenze d'ufficio, una delle quali di carattere psicologico psichiatrico nella quale è stato sottolineato come il benessere raggiunto dalla persona nel caso di specie non potrebbe essere incrementato da un'operazione chirurgica non desiderata.

Nel quinto motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 164 del 1982 per avere la Corte d'Appello affermata la necessità dell'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali in caso di non sterilità del richiedente.

La Corte d'Appello ha ritenuto che le conclusioni della CTU endocrinologica di "quasi azzeramento delle funzioni sessuali maschili" non siano rassicuranti in ordine al profilo della sterilità. Da ciò la necessità dell'intervento chirurgico. L'interpretazione in questione è censurabile in quanto, da un lato, non giustificata dal testo della legge, dall'altro in contrasto con il pacifico principio costituzionale d'impossibilità d'imporre un qualsiasi trattamento sanitario che violi la dignità umana.

In conclusione essere sterile non può essere una condizione ineliminabile per la rettificazione degli atti anagrafici e ciò perché : la legge non lo prevede espressamente; il giudice non può aggiungere tale condizione attesa la riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.; in ogni caso sarebbe violata la dignità della persona umana.

Si censura in particolare la parte di sentenza nella quale la Corte afferma che dopo il riconoscimento dell'appartenenza al genere femminile, attesa la non completa irreversibilità del processo, si potrebbe nuovamente mutare sesso.

Nel sesto motivo di ricorso viene dedotto il vizio di motivazione per non avere la Corte d'Appello tenuto conto del fatto che la fissazione dell'identità di genere sul piano psicologico è definitiva.

Il giudice in tal modo travalica i suoi poteri ritenendo inopportuno ciò che il legislatore non ha neanche preso in considerazione.

Tale affermazione inoltre è del tutto contrastante in modo acritico con le conclusioni di entrambe le CTU le quali sono concordi nell'affermare che l'identità di genere è stata definitivamente fissata ed è stabile. L'astratta possibilità che si possano porre in atto terapie e trattamenti di ripristino di un'apparenza maschile contrasta con la determinazione di una persona che da 25 anni si comporta come una persona di sesso femminile.

Infine vengono indicati in via gradata i profili d'incostituzionalità dell'interpretazione fatta propria dalla corte d'Appello, ove si ritenesse l'unica prospettabile.

- a) Contrasto dell'art. 3 l. n. 164 del 1982 abrogato ma considerato applicabile *ratione temporis* e dell'art. 31 d.lgs n. 150 del 2011 con l'art. 2 Cost. su cui è fondato il diritto all'identità personale e l'art. 3 Cost. su cui è fondato il diritto inviolabile alla dignità sociale.

L'identità di genere è un profilo relevantissimo, anzi costitutivo dell'identità personale. Lo Stato non può incidere in senso restrittivo sull'esplicazione di tale profilo a meno che non vi siano interessi superiori da

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

tutelare. Tali non possono essere né la certezza delle relazioni giuridiche né la diversità sessuale delle relazioni familiari non più considerati né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea né nella Convenzione Europea dei diritti umani un presupposto naturalistico del negozio matrimoniale.

L'espressione identità di genere è da poco entrata nel nostro ordinamento attraverso la Direttiva 2011/95/UE che ha previsto nel trentesimo considerando "l'identità di genere" tra gli aspetti connessi al sesso del richiedente che possono essere motivi di persecuzione. Ha, pertanto, assunto il rilievo di una caratteristica peculiare dell'individuo attinente all'espressione dell'identità personale. Non può pertanto condividersi l'assunto della Corte territoriale secondo il quale il ricorrente può vivere tranquillamente la propria transessualità anche senza la rettifica dei dati anagrafici. Deve, al contrario ritenersi fortemente lesivo del diritto costituzionale all'identità personale dover evidenziare il contrasto tra dati anagrafici e la rappresentazione esterna (oltre che la percezione interiore) di un genere diverso.

L'interpretazione prescelta nella sentenza impugnata conduce pertanto ad un bivio insolubile. Per godere pienamente del diritto all'identità personale è necessario sottoporsi ad un intervento chirurgico potenzialmente

pericoloso; per tutelare la propria salute è necessario sacrificare il diritto all'identità personale. L'intervento di adeguamento diventa pertanto un trattamento sanitario obbligatorio laddove il diritto all'autodeterminazione è inviolabile e non può essere compreso neanche da uno dei tre poteri dello Stato, nel senso che alcuno potrà sostituirsi al ricorrente per stabilire se sia o meno opportuno modificare i propri caratteri sessuali primari al fine di vedere rispettata anche dai terzi la propria identità personale.

- b) Contrasto dell'art. 3 l. n. 164 del 1982 e del citato art. 31 d.lgs n. 150 del 2011 con l'art. 32 Cost. l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e 3 della Convenzione Europea dei diritti umani in quanto interpretato nel senso che l'operazione chirurgica sia sempre necessaria per ottenere la rettificazione dei dati anagrafici. Tale interpretazione viola il diritto fondamentale alla salute sia perché espone la persona ad un intervento pericoloso ed incerto nell'esito sia perché determina un'alterazione dell'equilibrio psicologico della persona sia infine perché il concetto di salute non coincide con quello d'integrale benessere della persona. L'Organizzazione mondiale della sanità accede ad un concetto di salute allargato che si fonda sul benessere

fisico, psichico e sociale. L'imposizione dell'intervento chirurgico ogni qual volta venga diagnosticata una disforia di genere significa non tenere conto della pluralità degli che compongono la salute e dell'incidenza negativa che sul benessere e l'equilibrio psico fisico raggiunto rispetto alla propria identità tale obbligo determini. Inoltre l'intervento chirurgico non è altro che un trattamento sanitario inumano e degradante ove non sia necessario. L'autorizzazione giudiziale non ne elimina il contrasto con il diritto alla salute come ha ritenuto la Corte d'Appello attribuendo alla predetta autorizzazione una funzione che non ha. La necessità dell'intervento per la rettifica dei dati anagrafici espone la persona all'alternativa di salvaguardare o la sua salute psichica (obbligandola ad un trattamento ed ad una modifica corporea che non vuole) o quella fisica (non esponendosi ai rischi dell'intervento) con lesione ingiustificata della parte sacrificata.

- c) Contrasto del citato art. 3 l. n. 164 del 1982 e 31 d.lgs n. 150 del 2011 in relazione agli art. 32, secondo comma, Cost. e 1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. L'imposizione mediante una sentenza di un trattamento sanitario obbligatorio è lesivo della predetta dignità e del principio che permea i diritti costituzionali fondamentali del primato della persona.

I primi sei motivi di ricorso in quanto logicamente connessi possono essere trattati congiuntamente.

E' necessario in via preliminare esaminare analiticamente le norme di diritto positivo interno applicabili nella specie, dovendo partire qualsiasi esame ermeneutico dal loro significato testuale e lessicale. Tale indispensabile indagine ne potrà evidenziare la linearità o l'equivocità, l'ambiguità o la chiarezza e determinare, di conseguenza, l'esigenza di procedere alla loro interpretazione alla luce dei principi costituzionali e di provenienza CEDU (così come declinati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo) che regolano il catalogo aperto dei diritti inviolabili della persona, dal momento che tale preminente rilievo ha il diritto ad autodeterminarsi in ordine all'identità di genere, (art. 2,3, 32 Cost; art. 8 Cedu) ancorché da non intendersi, secondo il costante insegnamento della Corte EDU, in tema d'interpretazione del diritto alla vita privata e familiare, come assoluto ed insuscettibile di condizioni e limiti al suo esercizio.

La riconduzione del diritto al cambiamento di sesso nell'area sopra delineata dei diritti inviolabili della persona è stata sancita dalla sentenza n. 161 del 1985 della Corte Costituzionale secondo la quale "la legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di

libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale".

E' necessario secondo tali incisive indicazioni che l'interpretazione della l. n. 164 del 1982 tenga conto dell'iscrizione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere in "una civiltà giuridica in continua evoluzione" in quanto soggetta alle modificazioni dell'approccio scientifico, culturale ed etico alle questioni inerenti, nella specie, alle domande di mutamento di sesso e al fenomeno del transessualismo e più in generale alle scelte relative al genere e alla sfera dell'identità personale.

L'art. 1 della l. n. 164 del 1982 stabilisce che la rettificazione di sesso si fonda su un accertamento giudiziale passato in giudicato che attribuisca ad una persona di sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita "a seguito d'intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

L'art. 3, abrogato nella sua originaria formulazione per effetto dell'art. 34 comma 39 del d.lgs n. 150 del 2011, è attualmente trasfuso, senza variazioni testuali, nel quarto comma dell'art. 31 del d.lgs n. 150 del 2011 e stabilisce che "quando risulta necessario" un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento

medico-chirurgico il tribunale lo autorizza. Il procedimento non è più bifasico nel senso che non richiede, dopo l'entrata in vigore del d.lgs n. 150 del 2011, due pronunce, una, volta all'autorizzazione sopra indicata, e l'altra, finalizzata dalla modificazione dell'attribuzione di sesso.

Fin dall'entrata in vigore della l. n. 164 del 1982, la dottrina, sottolineando unanimemente il carattere fortemente innovativo della nuova disciplina normativa, anche rispetto al coevo panorama europeo si è interrogata sull'effettivo contenuto delle due norme sopra descritte, dal momento che sul piano testuale esse non contenevano l'obbligo indefettibile di procedere alla mutazione dei caratteri sessuali anatomici primari mediante trattamento chirurgico come, invece, poteva riscontrarsi nelle normative di altri paesi europei.

Sarà, di conseguenza, preliminarmente necessario verificare se si possano prospettare soluzioni interpretative diverse ed alternative, in ordine alla necessità della modifica preventiva per via chirurgica dei caratteri sessuali primari o se, invece, nonostante il richiamo a clausole "in bianco" quali "quando risulti necessario" e onnicomprensive quali "caratteri sessuali", le norme abbiano un contenuto precettivo univoco, ed infine, in tale seconda ipotesi, se tale contenuto sia compatibile con i parametri

costituzionali e convenzionali che sorreggono il riconoscimento del diritto all'identità di genere.

L'esame degli apparati normativi di paesi europei, caratterizzati da una cultura giuridica e da una sensibilità costituzionale analoga alla nostra può costituire un utile punto di partenza per l'indagine da svolgere. In Germania, secondo l'originaria prescrizione normativa, per procedere alla effettiva rettificazione di sesso (cd. grande soluzione, "grosse Lösung") e non solo al cambiamento del nome (cd. piccola soluzione, "kleine Lösung" per la quale la legge riteneva sufficiente il trattamento ormonale) erano necessarie l'incapacità di procreare e un intervento chirurgico in grado di avvicinare il più possibile le caratteristiche sessuali della persona a quelle dell'altro sesso. La Corte Costituzionale tedesca, nel 2008 ha ritenuto "impretendibili" (l'espressione tedesca, tradotta in forma sostanzialmente letterale è *unzumutbar*) tali condizioni per il mutamento di sesso. Analogamente l'Austria con una pronuncia del Tribunale amministrativo federale coeva ha stabilito che l'intervento chirurgico, così invasivo, quale quello richiesto per l'eliminazione delle caratteristiche sessuali primarie "non può considerarsi necessario per un chiaro avvicinamento all'apparenza esteriore dell'altro sesso". La Corte Edu, infine nella recente pronuncia del 10 marzo 2015 (Caso XY

contro Turchia) ha stabilito che non può porsi come condizione al cambiamento di sesso la preventiva incapacità di procreare da realizzarsi ove necessario mediante intervento chirurgico di sterilizzazione ostandovi il diritto alla vita privata e familiare e alla salute. La Corte Edu perviene alla decisione dopo un'ampia panoramica delle normative dei paesi aderenti e rilevando come anche grazie ai rapporti delle Nazioni Unite (17 marzo 2011) e dello stesso Consiglio d'Europa (nel 2009 e nel 2011) si sia data sempre maggiore rilevanza al profilo del diritto alla salute nel riconoscimento del diritto al mutamento di sesso e nell'operazione di bilanciamento d'interessi da svolgere.

Come già rilevato, nella legge n. 164 del 1982 non sono previste precondizioni espresse relative allo stato (libero) del richiedente o all'incapacità procreativa. Il mutamento richiesto riguarda i "caratteri sessuali" senza specificazioni, nonostante la conoscenza al momento della sua entrata in vigore, dell'esistenza delle due tipologie dei caratteri sessuali, i primari ed i secondari. Nel successivo art. 3, attualmente confluito nel quarto comma dell'art. 31 del d.lgs n. 150 del 2011, è stabilito che l'adeguamento di tali caratteri mediante trattamento medico chirurgico deve essere autorizzato "quando risulta necessario". L'esame congiunto delle due norme consente,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

quanto meno sul piano testuale, di escludere che, come invece riscontrato nel sistema normativo originario tedesco ed austriaco, si possano identificare limitazioni normative preventive al riconoscimento del diritto. Tale rilevante differenza ha giustificato nel sistema tedesco ed austriaco, la necessità del diretto intervento soppresivo delle predette condizioni da parte delle Corti al fine di ristabilire la compatibilità del regime di diritto positivo con i parametri costituzionali. Nel sistema creato con la l. n. 162 del 1984 tale correzione "chirurgica" non è imposta dal testo delle norme in esame, essendo sufficiente procedere ad un'interpretazione di esse che si fondi sull'esatta collocazione del diritto all'identità di genere all'interno dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuiscono allo sviluppo equilibrato della personalità degli individui, mediante un adeguato bilanciamento con l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche ma senza ricorrere a trattamenti ingiustificati e discriminatori, pur rimanendo ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica.

In primo luogo, pertanto, deve escludersi, anche in sede d'interpretazione logica, che l'esame integrato degli artt. 1 e 3 della l. n. 162 del 1984 conduca univocamente a ritenere necessaria la preventiva demolizione (totale o parziale) dei caratteri sessuali anatomici primari. La diversa conclusione della Corte d'Appello non risulta condivisibile per due ragioni. In primo luogo non può ritenersi che l'art. 1, non specificando se i caratteri sessuali da mutare siano primari o secondari, si sia riferito soltanto ai primi perché anche i secondari richiedono interventi modificativi anche incisivi come è emerso anche 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). Peraltro tale lettura è logicamente coerente con la successiva previsione dell'intervento chirurgico demolitivo dei caratteri sessuali anatomici primari "solo quando risulti necessario".

In secondo luogo l'interpretazione definita "storico-sistemica" dalla Corte d'Appello non è condivisibile risultando fondata su una lettura esclusivamente storico-originalista, di carattere del tutto statico, del complesso

normativo costituito dagli artt. 1 e 3 della legge n. 164 del 1982, in palese contrasto con la precisa indicazione contenuta nella sentenza n. 161 del 1985 della Corte Costituzionale secondo la quale i diritti in gioco costituiscono parte integrante di una civiltà giuridica in continua evoluzione.

In particolare non è sostenibile ritenere che l'esclusione dell'obbligo indefettibile della demolizione chirurgica, desumibile dalla locuzione "quando risulti necessario" possa essere spiegato, come ha ritenuto la Corte d'Appello con l'esigenza di evitare l'intervento a chi lo avesse già subito prima dell'entrata in vigore della legge o non ne avesse necessità per ragioni congenite. L'impossibilità in natura di essere sottoposti ad un intervento demolitorio chirurgico esclude in radice la necessità di una norma che possa anche solo astrattamente imporne l'esecuzione. L'interpretazione proposta, in conclusione, non è sostenibile perché priva di efficacia prescrittiva la previsione "quando risulti necessario".

Maggiore solidità deve riconoscersi al giudizio interpretativo fondato sul bilanciamento degli interessi in gioco, peraltro condiviso da una parte della giurisprudenza di merito.

Secondo tale opzione il diritto al mutamento di sesso può essere riconosciuto soltanto se non determini ambiguità nella individuazione soggettiva dei generi, e nella certezza delle relazioni giuridiche, non potendo l'ordinamento riconoscere un tertium genus costituito dalla combinazione di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi. Al fine di tutelare l'interesse pubblico alla esatta differenziazione tra i generi in modo da non creare situazioni relazionali (unioni coniugali o rapporti di filiazione) non previste attualmente dal nostro sistema di diritto familiare e filiale è necessario per il mutamento di sesso un irreversibile cambiamento dei caratteri sessuali anatomici che escluda qualsiasi ambiguità.

Il diritto a non sacrificare la propria sfera d'integrità psico-fisica e a non sottoporsi ad un trattamento chirurgico di carattere oggettivamente invasivo e non privo di rischi all'esito di un percorso di riconoscimento del proprio genere caratterizzato da un processo di mutamento significativo se non irreversibile dei propri caratteri sessuali secondari, certificato da risultanze medico-psicologiche, deve comunque ritenersi recessivo secondo il bilanciamento d'interessi in conflitto prospettato dalla Corte territoriale.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Tale valutazione non risulta fondato su una corretta individuazione dei diritti costituzionali inviolabili che compongono la determinazione personale verso il mutamento di genere ed in particolare non risulta colto dalla Corte territoriale l'intreccio tra autodeterminazione e ricorso a trattamenti medico-psicologici che accompagna il percorso di avvicinamento del "soma alla psiche" così efficacemente identificato dalla Corte Costituzionale nella sentenza più volte richiamata.

La percezione di una "disforia di genere" (secondo la denominazione attuale del D.S.M. V, il manuale statistico diagnostico delle malattie mentali) determina l'esigenza di un percorso soggettivo di riconoscimento di questo primario profilo dell'identità personale né breve né privo d'interventi modificativi delle caratteristiche somatiche ed ormonali originarie. Il profilo diacronico e dinamico ne costituisce una caratteristica ineludibile e la conclusione del processo di ricongiungimento tra "soma e psiche" non può, attualmente, essere stabilito in via predeterminata e generale soltanto mediante il verificarsi della condizione dell'intervento chirurgico.

Negli anni '80, quando è entrata in vigore la legge n. 164 del 1982 il mutamento dei caratteri anatomici era ritenuto un requisito necessario per poter portare a termine il processo di mutamento del sesso. La stessa sentenza della

Corte Costituzionale n. 161 del 1985 ne riconosce l'importanza ma come mezzo rivolto a porre fine ad una situazione di "disperazione od angoscia" e, conseguentemente, entro tali confini soggettivi, come uno strumento liberatorio. Nella pronuncia viene costantemente in rilievo il profilo individuale della condizione drammatica e discriminatoria nella quale versava il transessuale prima dell'entrata in vigore della legge e l'esigenza di ripristinare la pluralità dei diritti costituzionali violati. (artt. 2,3, 32 Cost.)

Negli ultimi venti anni si è avuto un progressivo sviluppo della scienza medica e degli approdi della psicologia e della psichiatria parallelo alla crescita di una cultura, largamente condivisa a livello europeo, come evidenziato anche nell'ampia motivazione della sentenza della Corte Edu sopra richiamata, della cultura dei diritti delle persone, particolarmente sensibile alle libertà individuali e relazionali che compongono la vita privata e familiare. Tale movimento ha influenzato l'emersione ed il riconoscimento dei diritti delle persone transessuali, alle quali è stato possibile, diversamente che in passato, poter scegliere il percorso medico - psicologico più coerente con il personale processo di mutamento dell'identità di genere. Il momento conclusivo di tale percorso è individuale e certamente non standardizzabile attenendo alla sfera più

esclusiva della personalità. Deve, tuttavia, evidenziarsi, che il punto d'arrivo ovvero il desiderio di realizzare la coincidenza tra soma e psiche è, anche in mancanza dell'intervento di demolizione chirurgica, il risultato di un'elaborazione sofferta e personale della propria identità di genere realizzata con il sostegno di trattamenti medici e psicologici corrispondenti ai diversi profili di personalità e di condizione individuale. Il momento conclusivo non può che essere profondamente influenzato dalle caratteristiche individuali. Non può in conclusione che essere il frutto di un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso, realizzato mediante i trattamenti medici e psicologici necessari, ancorchè da sottoporsi a rigoroso controllo giudiziale.

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. L'individuazione del corretto punto di equilibrio tra le due sfere di diritti in conflitto oltre che su un criterio

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

di preminenza e di sovraordinazione, può essere ancorata al principio di proporzionalità. Tale parametro, elaborato dalla giurisprudenza della CEDU al fine di stabilire il limite dell'ingerenza dello Stato all'esplicazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU, cfr. per una recente applicazione del principio, la sentenza del 25 settembre 2012 Godelli contro Italia in tema di diritto all'accesso alle informazioni sulle proprie origini al figlio adottivo non riconosciuto) si fonda sulla comparazione tra il complesso dei diritti della persona e l'interesse pubblico da preservare mediante la compressione o la limitazione di essi. In particolare si richiede la valutazione della necessità del sacrificio di tali diritti al fine di realizzare l'obiettivo della certezza della distinzione tra i generi e delle relazioni giuridico-sociali.

Il canone della proporzionalità può, di conseguenza, costituire un utile indicatore ermeneutico nella scelta dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata degli artt. 1 e 3 della l. n. 164 del 1982.

Le illustrate caratteristiche del percorso individuale rivolto a comporre un carattere distintivo costitutivo dell'identità personale inducono a ritenere anche alla stregua delle coincidenti indicazioni della scienza medica e psicologica che il mutamento di sesso sia una scelta

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

personale tendenzialmente immutabile, sia sotto il profilo della percezione soggettiva, sia sotto il profilo delle oggettive mutazioni dei caratteri sessuali secondari estetico - somatici ed ormonali. La varietà del percorso soggettivo non è indice di facilità e superficialità del passaggio dall'uno all'altro genere sessuale, evidenziando soltanto la notevole complessità della scelta individuale, la sua maturazione tutt'altro che istantanea e la sua non riconducibilità a protocolli e trattamenti modificativi generali ed adeguati a qualsiasi situazione individuale.

Deve precisarsi, tuttavia che 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.

Tali caratteristiche, unite alla dimensione tuttora numericamente limitata del transessualismo, inducono a ritenere del tutto coerente con i principi costituzionali e convenzionali un'interpretazione degli artt. 1 e 3 della l. 164 del 1982 che, valorizzando la formula normativa "quando risulti necessario" non imponga l'intervento chirurgico

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari.

L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche. L'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale.

Nel caso di specie la duplice ed uniforme risposta affermativa delle consulenze tecniche d'ufficio, fondata su di un'incontestata ricostruzione del percorso terapeutico del richiedente non lascia dubbi sulla radicalità della scelta di genere effettuata dalla parte ricorrente. Al riguardo la Corte territoriale non ha censurato né la valenza scientifica delle indagini eseguite né le conclusioni, ritenendo soltanto che la mancanza del trattamento chirurgico fosse di per sé sola ragione

ostativa a ritenere irreversibile il mutamento ed accoglibile la domanda.

Ne consegue l'accoglimento dei primi sei motivi di ricorso e l'assorbimento delle censure relative ai quesiti di costituzionalità.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, alla cassazione della sentenza impugnata segue la decisione nel merito di accoglimento della domanda proposta da M.M. di rettificazione del sesso da maschile e femminile con le consequenziali annotazioni anagrafiche. La assoluta novità della questione e le opinioni non univoche della dottrina e della giurisprudenza di merito inducono a compensare interamente le spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

La Corte,

accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e decidendo nel merito accoglie la domanda di rettificazione di sesso da maschile a femminile proposta da M.M.

ordinando agli ufficiali dello stato civile competenti la modifiche anagrafiche conseguenti.

Compensa le spese di lite dell'intero giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio del 21 maggio 2015