

Transsessualismo e filiazione: quando la condizione transessuale riguarda il genitore o il figlio minore* **

SOMMARIO: 1. Una breve introduzione. – 2. Transsessualismo e filiazione: la posizione del genitore. Diritto alla genitorialità del transessuale e *best interest of the child*. – 3. *Segue*. Rettificazione del sesso e nuova genitorialità. – 4. Transsessualismo e filiazione: la posizione del figlio minore. – 5. Qualche riflessione conclusiva.

The complex phenomenon of transsexualism – characterized by the dissociation between biological and psychological sex – can be analysed from the point of view of its relation to filiation. First, the transsexual parent’s position, despite its peculiarity, cannot have influence, in terms of limitation, on the exercise of parenting, nor within a previously constituted parent-child relationship – thanks to the principle of the best interest of the child – neither upstream – on the creation of a new parent-child relationship – in application of the prohibition of discrimination on the basis of how gender is attributed, stated by the European Courts. Then, assuming the perspective of the child, another particular situation is that of the minor who applies for the access to the sex correction procedure. While l. n. 164/1982 makes no provision for this case, the Court of Rome, on 11.03.2011, instead defined the re-assignment of sex as a medical treatment aimed at achieving mental and physical integrity, and stated, for the minor child, the principle of the representation of parents. In this way, a wider self-determination of the minor, also in choices related to sexuality, is granted.

1. Una breve introduzione.

La scienza ci insegna che per transsessualismo (o transessualità) si intende la “condizione di persona il cui sesso non è anatomicamente certo o che, pur essendo di sesso ana-

* Il contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima.

** Contributo discusso in occasione del Convegno “La famiglia tra principi europei e Costituzione. Il punto sulle riforme”, tenutosi presso l’Università Cà Foscari di Venezia, nelle giornate del 4 e 5 dicembre 2015.

tomicamente certo, si considera appartenente all'altro sesso, del quale aspira ad assumere le caratteristiche anatomiche e comportamentali”¹.

Già da questa definizione si intuiscono i profondi interrogativi – dai plurimi risvolti biologici, antropologici, morali e giuridici – che il fenomeno del transessualismo solleva.

Ci si trova infatti di fronte a situazioni caratterizzate da una dissociazione fra sesso biologico e sesso psicologico², in cui l'identità sessuale fisica di una persona non corrisponde alla condizione psicologica dell'identità di genere della stessa, con conseguente percezione, da parte del soggetto, del desiderio di ricostituire tale corrispondenza³.

Se lo sviluppo scientifico, parallelamente all'affermazione dei movimenti per i diritti delle persone omosessuali e transessuali, ha condotto ad una crescente acquisizione di consapevolezza circa la portata e le implicazioni del fenomeno, sul versante giuridico non sono mancati interrogativi su una serie di questioni rilevanti.

In effetti, il transessualismo sollecita in primo luogo riflessioni relative al controverso tema del rapporto tra la persona e il proprio corpo: in tale prospettiva, come è stato ormai da tempo osservato, esso comprova plasticamente la dissoluzione del dogma dell'indisponibilità del corpo, persino in un settore tradizionalmente estraneo al potere di libera disposizione del soggetto quale quello della sessualità, a conferma del fatto che l'autonomia privata può trovare propri spazi di esplicazione anche in riferimento ai diritti della personalità⁴.

Su un versante parallelo, il fenomeno del transessualismo si può analizzare dal punto di vista delle ripercussioni che esso determina sul modello familiare. D'altronde, proprio la famiglia, in quanto specchio dei mutamenti sociali, si è dimostrata il vero terreno sul quale il diritto ha fronteggiato le sfide più ardue, nel tentativo di individuare il corretto inquadramento teorico per situazioni nuove⁵.

In un contesto molteplice e pluralista – nel quale l'apporto del diritto di origine sovranazionale è stato determinante – lo stesso “modello familiare”, come è noto, è andato incontro a molteplici frammentazioni⁶, e si è al contempo assistito al superamento dei dogmi più tradizionali che esso racchiudeva⁷.

¹ V. voce *Transessualismo*, in *Enc. Treccani online*.

² Sul fenomeno dissociativo in particolare, cfr. S. PATTI, *Identità sessuale e identità di genere: atti del convegno nazionale dell'UGCI*, Palermo, 9-11 dicembre 2010, Milano, 2012.

³ Per un'analisi approfondita del fenomeno, anche in chiave comparata, cfr. F. BILOTTA, voce *Transessualismo*, in *Dig. IV, App. Agg.*, Torino, 2014, 732 ss.

⁴ Sul punto, v. le riflessioni ancora attuali di G. PALMERI, M. C. VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo: riflessioni generali e risalenti sul genere e sulla necessità dell'operazione per cambiare sesso*, in *Dir. fam.*, 1999, 1331 ss.

⁵ Cfr. l'ampia riflessione di V. SCALISI, “*Famiglia*” e “*famiglie*” in *Europa: riflessione generale sui modelli familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7ss.

⁶ Per una ricognizione in termini critici dei fenomeni disgregativi del modello di famiglia, anche nel contesto europeo, con particolare riguardo alle applicazioni che la giurisprudenza di Strasburgo compie dell'art. 8 Cedu, cfr. l'analisi di F. D. BUSNELLI, M. C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 767 ss.

⁷ In proposito, v. le riflessioni generali di E. NAVARRETTA, E. PALMERINI, *Famiglia e diritto*, in *Enc. Treccani, XXI Secolo*, 2009, 318 ss. e di P. ZATTI, *I nuovi orizzonti del diritto di famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia* diretto

2. Transessualismo e filiazione: la posizione del genitore. Diritto alla genitorialità del transessuale e *best interest of the child*.

Se il noto caso Bernaroli⁸ ha segnato l'emersione – in tutta la sua rilevanza, anche mediatica – del fenomeno del transessualismo all'interno dell'unione matrimoniale, non si può dire che siano mancate importanti riflessioni e pronunce che hanno attribuito rilievo alla transessualità in altri ambiti della famiglia, in primo luogo quello della filiazione.

Al riguardo, si può assumere innanzitutto il punto di vista del genitore, per considerare se la sua condizione di transessualismo possa avere influenze in senso limitativo sull'esercizio della genitorialità, all'interno di un rapporto di filiazione precedentemente costituito, ovvero a monte, sulla costituzione di un rapporto di filiazione⁹.

Quanto al primo profilo, nonostante non manchino decisioni più risalenti che hanno adottato l'approccio limitativo – ritenendo il genitore che avesse optato per la rettificazione del sesso idoneo a svolgere adeguatamente il proprio ruolo¹⁰ – opinioni recenti rivendicano¹¹ l'ininfluenza della pur peculiare condizione della persona transessuale sulla genitorialità declinata in concreto, quale esercizio della potestà genitoriale in un rapporto di filiazione già in essere – indipendentemente da che il rapporto giuridico di filiazione sia sorto prima o dopo il mutamento di sesso del genitore.

da P. Zatti, Milano, 2011, Vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Tomo I, 3 ss.

⁸ Si è trattato di un caso di rettifica di sesso regolarmente operata da parte di un coniuge, a seguito della quale i coniugi, volendo mantenere in essere il loro rapporto, si opposero all'annotazione dell'ufficiale di stato civile che ordinava la cessazione degli effetti civili del loro matrimonio. Il problema principale era rappresentato dalla sostanziale coesistenza di due sistemi: quello della l. n. 164/1982 – in base al quale lo scioglimento del matrimonio è l'effetto dell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio della sentenza di rettificazione del sesso (c.d. "divorzio automatico") – e quello della l. n. 898/1970 sul divorzio, in base al quale lo scioglimento del vincolo può essere chiesto dalle parti in caso di rettificazione del sesso di un coniuge. Ripercorre efficacemente la relativa vicenda giudiziaria fino alla decisione della Corte d'Appello di Bologna, A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, MILANO, 2013, 105 ss.

Sulle sorti del matrimonio del transessuale, cfr. le riflessioni generali, anche ricche di risvolti comparatistici, di S. PATTI, *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 163 ss.

Il caso Bernaroli è stato oggetto della nota decisione C. Cost., 11.06.2014, n. 170, in *Giur. Cost.*, 2014, pag. 2706B ss., con commento di F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*. Per riflessioni più generali che prendono spunto dalla sentenza in esame, v. F. BARTOLINI, *Divorzio del transessuale e "conversione" del matrimonio eterosessuale: un nuovo inizio?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 235 ss. La sentenza della Cassazione, conclusiva dell'iter giudiziario, è invece Cass., 21.04.2015, n. 8097, in *Corr. giur.*, 2015, 1048 ss., con nota di S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*.

Ancora sulla vicenda Bernaroli, prima dell'intervento della Corte Costituzionale, v. M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Dir. fam.*, 2012, 1076B ss. e A. SCHUSTER, *Quid est matrimonium? riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 33 ss., che ha ad oggetto Cass. 6.06.2013, n. 14329, una delle ordinanze di rimessione della questione di costituzionalità.

⁹ V. A. LORENZETTI, *op. cit.*, 128 ss.

¹⁰ V. *ex multis*, Trib. min. Torino, 20.07.1982, in *Dir. fam.*, 1982, 979 ss.

¹¹ Cfr. l'interessante analisi di J. LONG, *Essere genitori transessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 236 ss. e ancora LORENZETTI, *op. cit.*, 131 che richiama quegli studi che hanno dimostrato l'infondatezza dell'idea per cui i figli ricaverebbero necessariamente un trauma dal transessualismo del proprio genitore.

Il principio cardine che viene in gioco è senz'altro quello del “*best interest of the child*”¹², formulato per la prima volta, in ambito internazionale, nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959¹³: grazie all'enunciazione di esso espressa in termini generali e alla conseguente suscettibilità di applicazione ad una pluralità di fattispecie, l'impiego di tale principio è divenuto sempre più frequente nelle legislazioni così come nelle pronunce, nazionali e sovranazionali.

Da un lato, la finalità di garanzia dell'interesse superiore del minore trova ripetuta applicazione nella giurisprudenza di Strasburgo, soprattutto in correlazione con l'art. 8 della Cedu, ed in particolare a tutela di relazioni familiari che presentino profili di lontananza rispetto al paradigma della famiglia “legittima”¹⁴.

Dall'altro lato, anche nelle pronunce nazionali l'interesse del minore viene spesso in gioco in una pluralità di ambiti.

In tempi più remoti, la Corte costituzionale aveva già scrutinato la legittimità costituzionale delle disposizioni normative, valutando se queste fossero idonee o meno a realizzare tale interesse del minore¹⁵ – in tal modo riconoscendo a pieno il carattere di clausola generale del *best interest* – ma soprattutto, negli anni più recenti, la giurisprudenza nazionale¹⁶, proprio tramite il riferimento al prevalente interesse del minore, ha conseguito soluzioni innovative, che dimostrano la stessa tendenza, già emersa in sede europea, a rivestire di tutela giuridica situazioni familiari di fatto.

La valorizzazione dell'interesse preminente del minore appare, d'altronde, del tutto in linea con le evoluzioni normative che ha vissuto la figura giuridica del minore stesso, passato ad essere, anche nell'ordinamento italiano, soggetto con un ruolo di primo piano¹⁷, dopo essere stato a lungo considerato soggetto incapace, in un'ottica esclusivamente patrimonialistica della famiglia¹⁸.

In tale prospettiva, peraltro, un appiglio normativo determinante si rinviene nella legge n. 54/2006, che, pur senza considerare espressamente l'ipotesi del sopravvenuto transes-

¹² Cfr. C. FOCARELLI, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di “best interests of the child”*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 981 ss.

¹³ Il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>.

¹⁴ V., *ex multis*, Zaunegger c. Germania (n. 22028/04), 3.12.2009.

¹⁵ Cfr. Corte Cost., 27.11.1991, n. 429, in *Giust. civ.*, 1992, 303 ss.

¹⁶ Soprattutto, le pronunce in questione hanno sancito il diritto di coppie omosessuali di conseguire l'affidamento di figli minori. Così Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. dir.*, 2012, 570 ss. con nota di F. RUSCELLO, *La convivenza omosessuale di un genitore non può costituire ex se un ostacolo all'affidamento dei figli al medesimo genitore*. Casi analoghi sono stati risolti conformemente dalla giurisprudenza di merito: cfr. Trib. min. Bologna, ord. 10.11.2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 387 ss., con nota di D. FERRARI, *I legami omogenitoriali formati all'estero all'esame del giudice delle leggi: come tutelare l'interesse del minore?* e Trib. Palermo, decr. 13.04.2015, in *Guida al dir.*, 2015, con nota di A. PORRACCILO. Più in generale, sull'affidamento di figli minori in favore di coppie omosessuali, cfr. L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, 893 ss.

¹⁷ Sul piano normativo v. la recente riforma del diritto di famiglia operata con la l. del 10.12.2012 n. 219, recante “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”, a cui è seguito il d.lgs. attuativo n. 154 del 28.12.2013. Su quest'ultimo in particolare, v. M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014.

¹⁸ Cfr. E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell’“interesse del minore”)*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1141 ss.

sualismo di un genitore, elegge significativamente a principio-guida delle disposizioni dettate in materia di affidamento dei figli proprio la tutela dell'interesse del minore¹⁹.

3. Segue. Rettificazione del sesso e nuova genitorialità.

Quanto al secondo profilo, relativo alla costituzione di un nuovo rapporto giuridico di filiazione da parte della persona che si sia sottoposta ad un percorso di rettificazione del sesso²⁰, occorre preliminarmente osservare che ciò potrà avvenire solo tramite procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo²¹ o adozione.

Questo conduce inevitabilmente a ricondurre la filiazione della persona che ha mutato sesso nel contesto dei legami di genitorialità aventi carattere più relazionale e affettivo che strettamente biologico, emergenti con sempre maggiore decisione e forza dirompente già nella giurisprudenza della Corte edu²², che ha significativamente considerato come coppia genitoriale anche la coppia committente di quella che è risultata essere non una maternità surrogata, ma piuttosto una “gestazione eterologa”²³, svincolata da ogni legame biologico fra il nato ed i committenti stessi. Di conseguenza, se la sola mancanza del vincolo genetico non vale a qualificare diversamente la relazione instauratasi – che mantiene il carattere familiare – una coppia ed un nato, non avente con la stessa legami biologici, né tantomeno adottivi, sono giuridicamente una famiglia.

Da ultimo, la recentissima legge n. 173 del 19 ottobre 2015²⁴, modificativa della l. n. 184 del 1983 in materia di adozione, eleva ora a interesse meritevole di tutela anche quello degli affidatari del minore a mantenere un rapporto affettivo stabile con lo stesso²⁵, al di fuori della sussistenza di qualsiasi legame biologico.

¹⁹ In proposito, v. l'ampia analisi di P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82: riflessione attualizzata sulla l. 1982*, in *Dir. fam.*, 2009, 713 ss.

²⁰ Sul punto, v. LONG, *op. cit.*, 244 ss.

²¹ Opzione resa possibile nell'ordinamento italiano grazie alla recente sentenza n. 162 del 9.04.2014, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004, laddove stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. In proposito, cfr. il commento di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. giur.*, 2014, 1062 ss.

²² Corte edu, Paradiso e Campanelli contro Italia, 27 gennaio 2015, ricorso 25358/12, su cui sia consentito rinviare a L. VIZZONI, *Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *jus civile*, 2015, 639 ss.

²³ È la terminologia utilizzata da Cass., 11.11.2014, n. 24001, in *Foro it.* 2014, 3408 ss. con nota di G. CASABURI, e in www.dirittoegustizia.it, con nota di A. DI LALLO, *Madre è colei che partorisce. Dichiarato lo stato di adottabilità del minore nato dall'accordo di maternità surrogata*.

²⁴ Su cui v. le valutazioni positive di M. DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, 1107 ss.

²⁵ La nuova legge aggiunge all'art. 1 della legge sull'adozione il comma 5 bis, il quale prevede che, qualora la famiglia affidataria chieda di poter adottare il minore, il Tribunale per i minorenni nel decidere sull'adozione, dovrà considerare i legami affettivi ed il rapporto consolidato tra il minore e la famiglia affidataria.

In ogni caso, laddove si discuta circa la costituzione di una nuova genitorialità del transessuale, il principio che viene in considerazione, in aggiunta a quello del *best interest of the child*, è il divieto di discriminazioni sulla base delle modalità di attribuzione del sesso, chiaramente enucleato dalle Corti Europee.

La Corte di Giustizia dell'Ue ha sancito per la prima volta tale divieto nella celebre pronuncia del 30.04.1996 *P. c. S. e Cornwall County Council (C-13/94)*, relativa al licenziamento di un lavoratore britannico in ragione alla scelta di questi di iniziare un percorso di riassegnazione del sesso²⁶.

Per quanto attiene alla Corte di Strasburgo, essa – a partire dalle sentenze gemelle *Goodwin c. Regno Unito e I c. Regno Unito*, 11.07.2002²⁷ – ha riconosciuto alle persone transessuali il diritto di contrarre matrimonio con persone del sesso opposto a quello loro riassegnato, sulla base della considerazione per cui alla luce dell'attuale condizione socio-culturale non si può più sostenere che i termini “uomo” e “donna” “implichino che il sesso debba essere determinato secondo criteri puramente biologici”²⁸.

D'altronde, lo stesso divieto di operare discriminazioni incentrate sulle modalità di attribuzione del sesso risulta già sotteso alla legge n. 164 del 1982, che per la prima volta introdusse e regolamentò la procedura di rettificazione del sesso.

In sostanza, come osservato²⁹, dall'entrata in vigore della l. n. 164/1982 nell'ordinamento italiano esistono due modalità, diverse ma equivalenti, di attribuzione del sesso: la formazione dell'atto di nascita e il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso. Sono vietate le discriminazioni tra chi sia nato con un determinato sesso, e chi quel sesso lo abbia acquisito successivamente, secondo le procedure previste dalla legge 164 stessa.

Peraltro, la stessa Corte Costituzionale³⁰, già chiamata in tempi meno recenti a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge 164, rilevava come la condizione transessuale del genitore non fosse certo presupposto idoneo a farne caducare i relativi doveri³¹.

In proposito, non è escluso che possa produrre effetti potenzialmente dirompenti la recentissima sentenza della Corte costituzionale³², che ha sostanzialmente confermato la recente svolta della Cassazione³³, la quale – negando che sia necessario effettuare, ai fini

²⁶ Il testo integrale della decisione è reperibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=IT&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=401307>

²⁷ Il testo delle decisioni è disponibile all'indirizzo <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596>

²⁸ Cfr. par. 100 della decisione.

²⁹ Cfr. P. M. VECCHI, *Transessualismo e divieto di discriminazioni*, in *Famiglia*, 2001, 343 ss. e ancora LONG, *op. cit.*, 237-238.

³⁰ Si tratta di C. Cost. 24.05.1985 n. 161, in *Dir. fam.*, 1985, 420 ss., che dichiarò inammissibili per irrilevanza le questioni di legittimità costituzionale degli art. 1 e 5 della l. 14 aprile 1982 n. 164 con riferimento agli art. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.

³¹ Cfr. punto 13 del Considerato in diritto della sentenza, dove si legge chiaramente “anche il transessuale, ove mai avesse avuto figli da un matrimonio in precedenza contratto o dovesse averne – ma non da lui generati – dal “nuovo” matrimonio, sarebbe tenuto all'adempimento degli obblighi (di mantenimento, educazione ed istruzione) posti dalla legge a carico dei coniugi”.

³² C. Cost., 5.11.2015, n. 221, che – pur dichiarando infondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, l. 164/82 in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, 1° c. Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu) – ha confermato il carattere non necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica di sesso.

³³ Si tratta di Cass., 21.07.2015, n. 15138, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1068 ss., con nota di D. AMRAM, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*, su cui v. anche il commento di S. PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione*

della rettifica anagrafica, la modifica chirurgica dei caratteri sessuali, ritenuta solo una fra le soluzioni percorribili – ha fatto venir meno la “sterilizzazione imposta” del transessuale³⁴.

Se questo è, si possono ipotizzare ulteriori scissioni fra genitorialità biologica e genitorialità sociale, con i conseguenti interrogativi che si pongono, se non sul piano morale, quanto meno dal punto di vista della garanzia della certezza dei rapporti giuridici³⁵.

4. Transessualismo e filiazione: la posizione del figlio minore.

Nell’ambito delle riflessioni qui svolte, vale la pena di fare cenno ad un’altra peculiare situazione che coniuga, su un diverso versante, transessualismo e filiazione, ossia quella in cui sia un soggetto minore di età a rivendicare il diritto alla propria identità sessuale, chiedendo l’accesso alla procedura di rettifica del sesso³⁶.

In proposito, occorre premettere che la l. n. 164/1982 nulla prevede per il caso che il soggetto richiedente sia un minore.

Un orientamento giurisprudenziale pregresso³⁷ negava tale possibilità, ritenendo che laddove l’ordinamento ha inteso riconoscere spazi di capacità di agire anche al minore, lo abbia sancito espressamente, come nel caso dell’interruzione di gravidanza.

Al contrario, poiché niente viene precisato in ordine alla richiesta proveniente dal minore, nell’ipotesi di cambio del sesso, ciò implica che non residui alcun margine per l’esercizio di tale diritto da parte del minore stesso³⁸. Tale impostazione nega la sussistenza della capacità di agire, e al contempo, anche la possibilità che siano i genitori a presentare la domanda di rettificazione del sesso in vece del figlio minore, stante il carattere strettamente personale di tale azione.

della persona transessuale a proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 20643 ss. Tale pronuncia ha aderito alla soluzione già prospettata da talune, isolate, pronunce di merito, fra cui Trib. Roma, 18.7.2014, con nota critica dello stesso S. PATTI, *Mutamento di sesso e “costringimento al bisturi”: il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 39 ss.

³⁴ In proposito, la Cassazione afferma chiaramente che “essere sterile non può essere una condizione ineliminabile per la rettificazione degli atti anagrafici”. La Corte richiama inoltre una recente decisione con cui la Corte edu ha negato – per contrarietà con il diritto alla vita privata e familiare e alla salute – che la preventiva incapacità di procreare da realizzarsi eventualmente anche mediante intervento chirurgico di sterilizzazione costituisca presupposto necessario per il cambiamento di sesso. Si tratta di 10.03.2015, Caso XY contro Turchia, r. n. 14793/08, sui cui v. A. DEL GUERCIO, *Il riconoscimento giuridico dell’identità di genere delle persone transgender, tra sterilizzazione imposta e diritto all’autodeterminazione. Il caso Y.Y. c. Turchia e le cautele della Corte europea*, in *Dir um. dir internaz.*, 2015, 470 ss. In generale, sulla “sterilizzazione” del transessuale cfr. LORENZETTI, *op. cit.*, 67 ss.

³⁵ Si ricorda, in proposito, come tale scissione si sia già verificata, nell’ordinamento statunitense, in almeno un caso noto alle cronache, quello di Thomas Beatie: *transgender* divenuto uomo all’anagrafe pur senza aver effettuato un intervento chirurgico di rimozione dell’apparato riproduttivo femminile, il quale, a fronte dell’infertilità della moglie, ha fisicamente portato a termine più gravidanze negli ultimi anni. Sulle vicende relative v. l’articolo giornalistico pubblicato in data 26 marzo 2008 in <http://www.corriere.it>.

³⁶ Cfr. G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. Canestrari (a cura di), *Trattato di biodiritto*, I, Milano, 2011, 729 ss.

³⁷ V. *ex multis*, Trib. Catania, 17.03.2004, in *Dir. fam.*, 2004, 455 ss.

³⁸ Con riguardo a tale profilo PALMERI, *op. cit.*, 756-757 evidenzia, su un piano più generale, l’inadeguatezza del nostro sistema codicistico, imperniato sulla dicotomia capacità di agire-maggiore età/incapacità di agire-minore età; inadeguatezza che si avverte soprattutto con riguardo all’esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

Una più recente decisione di merito³⁹ ha invece sancito, in proposito, il principio della rappresentanza dei genitori.

La pronuncia in esame appare significativa perché, nel silenzio della l. 164, prende atto delle acquisizioni della più recente scienza medica, secondo la quale il disturbo dell'identità di genere, caratterizzato dalla asimmetria fra sesso biologico e percezione psicologica, si manifesta già in età prepuberale, ed è fondamentale intervenire sin dal manifestarsi dei primi sintomi del disturbo per favorire uno sviluppo consono ed effettivo dell'identità di genere.

Pertanto, la decisione ha preliminarmente ritenuto di qualificare l'intervento di riattribuzione del sesso quale trattamento sanitario finalizzato al raggiungimento dell'integrità psicofisica.

In effetti, il diritto all'effettiva identità sessuale, del quale al minore viene riconosciuta la piena titolarità, viene considerato declinazione del diritto alla salute, costituzionalmente tutelato, peraltro accolto in un'accezione ampia, comprensiva oltre che dell'integrità fisica, anche del benessere psichico e relazionale della persona.

Dunque, laddove l'intervento riguardi un minore, saranno i genitori di questi a poter prestare il consenso al relativo trattamento – afferma la pronuncia, non senza qualche contraddizione – pur trattandosi di atto personalissimo di per sé non esercitabile tramite rappresentante.

In tal senso, la richiesta di autorizzazione presentata dai genitori per conto del minore ha natura di atto complesso, e costituisce espressione di due volontà concorrenti, quella del minore e quella del genitore, la seconda delle quali risulta, in un certo senso, “servente” rispetto alla prima.

A maggior ragione diviene quindi decisiva, in tali casi, l'esigenza di escludere la sussistenza di un conflitto di interesse con i genitori, rappresentanti legali, nonché di disporre un'audizione personale del minore, onde accertare la sua effettiva volontà.

La sentenza pone infatti in particolare evidenza il diritto del minore ad essere parte della procedura decisionale, richiamando in tal senso la Convenzione sui diritti del fanciullo⁴⁰.

Due le norme della convenzione che vengono in considerazione: l'art. 12, che prevede il diritto del minore, rilevante sul piano procedurale, di esprimere liberamente la propria opinione e di essere ascoltato; e l'art. 24 che garantisce al minore il diritto – sostanziale – di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione.

Certo, il quadro si farebbe assai più problematico nel caso in cui non si riuscisse a ricostituire quell'unica, seppur complessa, volontà, che la pronuncia in questione richiede

³⁹ Trib. Roma, 11.03.2011, in *Fam. dir.*, 2012, 500 ss., con nota di M. G. RUO, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 253 ss. con commento di A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*

⁴⁰ La Convenzione è stata siglata a New York il 20.11.1989, e ratificata dall'Italia con la l. 27.5.1991, n. 176.

ai fini dell'autorizzazione al minore all'accesso alle procedure di rettifica del sesso, ossia laddove si manifestasse un contrasto fra il volere del minore e quello dei genitori. Per la soluzione di tale ipotesi, pur non senza evidenziare qualche dubbio, è stato proposto il ricorso al giudice tutelare⁴¹.

L'orientamento giurisprudenziale da ultimo esaminato si pone peraltro in linea con una recente proposta di modifica della legge 164/82⁴², la quale, nonostante l'interruzione del suo *iter* parlamentare, appare ancora significativa nei suoi contenuti, laddove, nel riformulare il testo della legge 164, all'art. 12 – intitolato proprio alla “Modificazione dell'attribuzione di sesso del minore”- prevedeva una specifica procedura di autorizzazione al cambio di sesso della persona minore d'età.

Tale autorizzazione avrebbe dovuto essere rilasciata dal giudice tutelare del luogo di residenza del minore, e la relativa istanza presentata dall'esercente la potestà genitoriale. Per il caso di dissenso rispetto alla volontà del minore, si prevedeva l'intervento di un curatore speciale.

In tale disegno di legge, viene inoltre ulteriormente valorizzata l'autodeterminazione del minore – peraltro al centro della recente riforma della filiazione – prevedendo che la volontà del minore che abbia compiuto i quattordici anni di età venga raccolta direttamente dal giudice tutelare, mentre quella del minore infraquattordicenne può essere raccolta da uno psicologo nominato dal giudice tutelare.

5. Qualche riflessione conclusiva.

Il fenomeno del transessualismo, per le sue molteplici implicazioni, si presta quindi ad essere analizzato da una pluralità di punti di vista. Su un piano generale, esso si conferma essere un vero e proprio terreno di prova su cui l'ordinamento si misura costantemente, una sorta di “frontiera giuridica”, rispetto alla quale il diritto, anche di matrice giurisprudenziale, perpetra il pur non agile tentativo di implementare la propria attitudine a fornire risposte attuali ad istanze sociali sempre più diversificate ed in continuo mutamento.

In particolare, la specifica l'angolatura qui considerata – quella della sua relazione con la filiazione – testimonia ampiamente come il transessualismo irrompa “prepotentemente” nel contesto familiare, rivendicando propri spazi di autonoma considerazione e soprattutto di tutela per la persona che abbia rettificato il suo sesso, ormai anche senza intervento chirurgico. Al diritto si richiede così l'impegno di forzare gli schemi più tradizionali e di considerare il transessuale quale persona integrata a pieno nel, pur destrutturato, modello

⁴¹ Cfr. LORENZETTI, *op. cit.*, 77 che evidenzia comunque perplessità circa l'intervento di un terzo nelle decisioni inerenti la sessualità, sfera più intima della persona.

⁴² Si tratta del disegno di legge 9.04.2013, n. 405 di iniziativa del senatore Lo Giudice.

familiare: ora come genitore – sia esso già effettivo o potenziale – ora come figlio minore che intenda modificare i propri caratteri sessuali.

Peraltro, su quest'ultimo specifico versante, il riconoscimento di una sempre maggiore autodeterminazione al minore anche nelle scelte relative alla propria sessualità, sembra condurre verso l'affermazione di autonomo diritto all'identità di genere, riconosciuto sin dall'età più giovanile.

Certo, è debito prendere le distanze da soluzioni estreme, come quella che si è affacciata nell'ordinamento norvegese, dove una recentissima proposta di legge mira a consentire, già a partire dai 7 anni di età, la modifica del sesso, quanto meno dal punto di vista anagrafico⁴³.

Nondimeno, l'autonoma considerazione del minore quale transessuale e la conseguente protezione dei suoi diritti appare senz'altro in linea con un percorso evolutivo nella direzione di una sempre maggior tutela dell'identità sessuale, considerata declinazione dell'identità personale⁴⁴, con un conseguente, ulteriore decisivo avanzamento dell'area dei diritti della personalità.

⁴³ La proposta di legge norvegese – che mira, come dichiarato dallo stesso ministro della salute Bent Høie, ad “estendere i diritti dei transgender anche ai bambini” – è stata annunciata in data 25.06.2015. Dalle prime notizie reperibili in materia, è possibile ricostruire che tale proposta prevede che i minori di età compresa fra i 7 e i 16 anni possano dichiarare il sesso a cui si sentono di appartenere a prescindere dal dato biologico, senza che sia richiesta a tal fine alcuna valutazione medica o psicologica. Si tratterà comunque di una decisione reversibile in qualunque momento. L'assenso dei genitori è un presupposto necessario solo fino ai 16 anni di età, dopodiché la scelta spetterà solo all'individuo interessato. Per effettuare un cambio di sesso con intervento chirurgico (non indispensabile nell'ordinamento norvegese) resterà invece necessario aver raggiunto la maggiore età.

⁴⁴ Sul punto, v., fra le altre, la recente Cass. 22.01.2015, n. 1126, su cui G. CITARELLA, *Identità sessuale, riservatezza e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 829 ss. Tale pronuncia, che riguardava un caso di specie diverso, in cui era coinvolta una persona omosessuale, definisce il diritto all'identità sessuale “inviolabile”. Significativa, con particolare riguardo al riconoscimento dell'identità di genere, la stessa Cass. 21.07.2015, n. 15138, su cui v. *supra*, nota 32.