



**Transessualismo e discriminazioni basate sul *cambiamento* di genere.
Affinché nella guerra tra soma e psiche non ne escano sconfitti
i diritti (non solo) sociali*.**

di

Annamaria Ciccariello

(Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico e costituzionale Università degli Studi di Napoli Federico II)

Γέννοο ο ος ε .
(Riconosci cosa sei nel cuore del tuo essere,
poi cerca di diventarlo)

Pindaro, Iscrizioni di Delfi.

1. Premessa. – 2. Il fenomeno transessuale come fenomeno di rilevanza culturale? – 3. Dalla domanda di tutela dell'identità di genere come diritto fondamentale, alla tutela antidiscriminatoria. - 4. Dignità umana e riconoscimento che tertium datur: oltre la normativa antidiscriminatoria.

1.Premessa.

Quando il filo del dialogo è da riavvolgere intorno a fenomeni socio-culturali come il transessualismo¹, la probabilità di stabilire connessioni tra il diritto e la scienza che non conducano

* Il presente scritto rappresenta una rielaborazione e un approfondimento dell'intervento programmato svolto nell'ambito del convegno *I diritti fondamentali nella società multiculturale: verso un nuovo modo di intendere la Costituzione?* (Cassino, 26 e 27 novembre 2009).

¹ La diffusione del termine «transessuale» si deve all'opera del medico tedesco H. BENJAMIN, *The transsexual phenomenon*, Julian Press, New York 1966, trad. it. *Il fenomeno transessuale. Rapporto scientifico sul transessualismo e sui cambiamenti di sesso. Psiche e coscienza*, Astrolabio Ubaldini, 1968. Secondo la scienza medica, il transessualismo (ma non l'omosessualità) è una patologia psichiatrica denominata «disturbo dell'identità di genere» dal *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* redatto dall'*American Psychiatric Association*, ovvero «disforia di genere» dall'*International Statistical Classification of Diseases, Injuries and Causes of Death* (ICD), curato dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS). Mentre il concetto di «identità di genere», che meglio si presta ad essere considerato giuridicamente, è apparso negli anni '70 del secolo scorso nell'opera di J. MONEY, A. EHRHARDT, *Man and Woman, Boy and Girl: the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, MD Johns Hopkins University Press, Baltimore 1972 in cui: «Gender identity is dimorphic, multivariate, and sequential in development. Its determinants are not exclusively biological/social nor prenatal/postnatal, but both. Its components are erotic and nonerotic. Its data are derived from experimental and clinical comparative psychoendocrinology, brain science, and cross-cultural ethnography». Tuttavia, deve essere messo in luce come alcune associazioni abbiano dato vita ad una rete internazionale per la depatologizzazione delle identità Trans (*International Network for Trans' Identities' Depathologization*), denunciando pubblicamente la psichiatrizzazione delle identità e le conseguenze derivanti dal «disturbo d'identità di genere» (DIG) con l'argomento che, secondo il «Manifesto ideologico» dell'associazione, la «considerazione di identità e corpi non a norma (quelli al di fuori della suddivisione dominante) come corpi e identità patologici e la psichiatrizzazione dà di fatto alle istituzioni medico-psichiatriche il controllo delle nostre identità di genere. La pratica corrente di queste istituzioni, motivate da interessi di stato, religiosi, economici e politici, riflette e riproduce il binomio maschio/femmina, spacciando questa posizione per quella «vera» e naturale» dal Manifesto della campagna «Stop Trans Pathologization-2012 - movimento Rete Internazionale per la Depatologizzazione delle Identità Trans», reperibile sul sito www.stp2012.wordpress.com.

a soluzioni paradossali è molto bassa, a causa delle implicazioni morali ed etiche² che in questo caso si rivelano decisive.

In particolare, nell'ambito del discorso giuridico, è necessario fornire delle risposte agli interrogativi sollevati da un tale fenomeno, proponendo soluzioni (filtrate dalle scelte legislative e/o scremate dalla giurisprudenza) adeguate, allo scopo di preservare - «anche nelle situazioni minoritarie e anomale» e dunque anche all'interno del conflitto tra «ciò che si è» e il profondo convincimento di appartenere al sesso biologicamente opposto - «la libertà e la dignità della persona umana»³.

D'altronde, il concetto di «multiculturalismo» normalmente involge la tematica dello straniero, dell'immigrato, del non-cittadino; del *quid* alieno, irrompente all'interno di uno Stato o di un

² L'orientamento diffuso dai teologi della morale, che nega liceità al cambiamento di sesso, è ben rappresentato dagli articoli di C. CAFFARRA, *Il transessualismo: aspetti etici*, in *Medicina e Morale*, XXX, 1985, 4, pp.717-723 e M. COZZOLI, *Il problema etico del transessualismo*, in *Medicina e Morale*, XXXIV, 1986, 4, pp. 806-813. Per l'Autore tale «bipolarità è un dato che precede le nostre possibilità: il sesso nasce prima di noi. La libertà lo riconosce e l'assume come compito – a volte sofferto e persino drammatico – ma in qualche modo sempre possibile di fedeltà al proprio essere uomo o donna». Si vedano, inoltre i più recenti lavori di S. CIPRESSA, *Il fenomeno transessuale tra medicina e morale*, Istituto Siciliano di Bioetica, Acireale (Ct) 2001, E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica, Aspetti medico sociali*, Vol. II, Vita & Pensiero, Milano 2002, pp.123-138.

³ Sono le parole con cui si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza n.161 del 6 maggio 1985, per rigettare la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, Sez. I Civile, con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione, in relazione agli artt. 1 e 5 della legge n. 164/82 «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», ritenendo, al contrario di quanto sostenuto dai giudici di ultima istanza, che «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.», giudicando l'opera del legislatore intesa a «consentire l'affermazione della personalità [dei transessuali] e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagna nella loro esistenza», cit. punto 4 del *considerato in diritto*.

Vi è, inoltre, da evidenziare come la Consulta abbia ricondotto al nucleo dei diritti inviolabili dell'uomo, il diritto all'identità sessuale e abbia ribadito il carattere aperto della categoria dei diritti inviolabili, alla quale fa riferimento l'art. 2 della Costituzione. Sul tema cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, Roma 1975, p.50; M. EROLI, *Legge n. 164 del 1982 e transessualismo dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giur. It.* 1986, pp.469-474; M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale nota a Corte cost. 6 Maggio 1985, n. 161*, in *Giur. it.*, 1987, pp.235 ss.

Deve essere ricordato come con la sentenza n.98 del 1979, la Consulta si fosse espressa, in assenza di una legislazione in materia, in senso diametralmente opposto all'orientamento richiamato, escludendo che il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita e all'attribuzione di un genere diverso, non fosse lecito nelle ipotesi di mutazioni artificiali degli attributi sessuali che «facciano perdere ad un individuo le caratteristiche peculiari maschili ed acquistare quelle femminili esterne qualora le modificazioni trovino corrispondenza in una originaria, indiscutibile, personalità psichica di natura femminile»: non ravvisando in sostanza, nel nostro ordinamento, un diritto inviolabile all'identità sessuale. La sentenza è stata commentata, tra gli altri da S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. Cost.* 1979, pp.1179 -1197; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Le trasformazioni chirurgiche del sesso nella sentenza n.98 della Corte Costituzionale*, in *Rass. Dir. Civile*, 1980, p.507. Di un decennio precedente, le osservazioni di P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, *Dir. Giur.* 1970, p.834 ss., nonché dello stesso Autore cfr. *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, in *Annali fac. giur. Univ. Camerino*, 1972, pp. 433 ss.

In termini di prevalenza del soma da adattare alla psiche, si era espresso il *Bundesverfassungsgericht*, con la decisione dell'11 ottobre 1978, in *Foro it.*, IV, c. 272, con nota di G. VOLPE. La giurisprudenza del Tribunale tedesco è stata recentemente richiamata dal Tribunale di Bologna, I Sez. Civ. nel procedimento camerale n.5153/03 (sentenza n.59/05) il quale ha riconosciuto il diritto alla rettificazione anche in assenza dell'intervento chirurgico ricostruttivo, pur esigendo ancora l'intervento demolitorio al fine di verificare «una modificazione radicale e irreversibile degli organi interni che precludano irreversibilmente la capacità di procreazione». Analogamente, *ex plurimis*, cfr. Tribunale di Monza, sentenza dell'8/11/05.

E' evidente come, in questi procedimenti, svolga un ruolo decisivo la consulenza tecnica d'ufficio. Sul punto, cfr. M. TANTALO, *La consulenza tecnica d'ufficio in tema di transessualismo*, in *Riv. It. Med. Legale*, 1988, pp.837 ss.

gruppo sociale omogeneo, portatore di una propria carica valoriale, chiave di lettura del mondo e delle cose.

Tuttavia, se si riflette sulla forza espansiva del termine che, quanto meno nominalisticamente, rimanda a una situazione concreta - il cui contesto territoriale e politico venga, *de facto*, condiviso da «pluralità di culture»⁴ - i confini semantici del termine si presterebbero, con un duplice ordine di cautele, a essere diversamente modellati: in *primis*, arginare il rischio di dilatare l'idea di «multiculturalismo» attraverso una divagazione definitoria del termine «cultura» e mantenere le implicazioni di natura giuridica derivanti da questa operazione di *riduzione*, adesive all'accezione selezionata; in *secundis* tenere ferma la considerazione che, dal punto di vista giuridico, il tema del «multiculturalismo» deve concepirsi come *propositivo* e volto a ricercare le misure più idonee a impedire l'omologazione degli orientamenti di pensiero e dei comportamenti ma, soprattutto, a contrastare le discriminazioni.

E in effetti, «cultura» è un concetto denso di significato - comprensivo di una serie indefinibile degli aspetti del vivere umano - che mutuato dalle scienze sociali, antropologiche⁵ e filosofiche, ha sostanzialmente messo in gioco e «in forse» l'assetto assiologico della democrazia così come tradizionalmente intesa.

2. Il fenomeno transessuale come fenomeno di rilevanza culturale?

Si profila così una questione preliminare, inerente alla possibilità di descrivere il transessualismo come un fenomeno che - sia da un punto di vista esterno, sia da un punto di vista interno - si possa presentare, nei suoi tratti distintivi, come culturale o di *rilevanza culturale*⁶.

⁴ F. VIOLA, *Il ruolo pubblico della religione nella società multiculturale*, in *Multiculturalismo e identità*, a cura di C. VIGNA e S. ZAMAGNI, Vita & Pensiero, Milano 2002, cit. p.108, il quale distingue il multiculturalismo dal pluralismo in generale e sostiene l'idea di una «società politica multiculturale come comunità politica la cui identità è il risultato dinamico dell'incontro e della comunicazione tra determinate identità culturali se queste non sono intese come mondi chiusi e imm modificabili, ma come disponibili a generare nuove pratiche di vita comune attraverso il co-apprendimento evolutivo all'interno di principi e regole istituzionali preesistenti».

⁵ U. HANNERZ, *La diversità culturale*, Il Mulino, Bologna 2001.

⁶ Per una recente riflessione sulle radici culturali del transessualismo, si rinvia a E. RUSPINI, M. INGHILLERI, *Transessualità e scienze sociali. Identità di genere nella postmodernità*, Liguori, Napoli 2008, spec. pp.19-129 e al «classico» della letteratura sul tema di R. GREEN, *Il transessualismo: aspetti mitologici, storici ed etnologici*, in H. BENJAMIN, *Il fenomeno transessuale*, op. cit., appendice C, laddove nelle conclusioni si sottolinea come «il fenomeno dell'assunzione del ruolo di membro del sesso opposto non sia né nuovo, né proprio esclusivamente della nostra cultura: prova della sua esistenza si rintraccia sin nei più antichi miti documentati. Diverse culture offrono dati che dimostrano come il fenomeno permanga largamente in questa o quella forma, e sia stato integrato nelle culture secondo una variabile graduazione di accettazione sociale».

Anche in medicina è già stato notato come il sesso, pur essendo cromosomicamente determinato, non sempre possa essere considerato come avulso dal contesto culturale, ma vada studiato secondo una «concezione dinamica attenta soprattutto al significato evolutivo delle vicende sessuali», cfr. ANTIGNANI, *Sulla natura della diagnosi di sesso (a proposito di alcune sentenze)*, in *Dir. Giur.*, 1970, p. 518 e ZARONE, *La diagnosi di sesso. Aspetti medico legali*, in *Rass. Medico-forense*, 1976, p.51 e ss., entrambi citati da G. SCIANCALEPORE e G. STANZIONE in *Transessualismo e tutela della persona*, nota n.19 p.60. L'orientamento contrario, sul quale sembrava essersi attestata la prima giurisprudenza della Cassazione, ostativa alla rettificazione anagrafica del sesso, lo si rinviene in M.V. PALMIERI, *Diagnosi e mutamento di sesso*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII,1970, II, pp. 233 ss. per il quale «Ora non può sussistere dubbio sulla necessità che la personalità sessuale di un individuo rappresenti una costante e non una variabile. Si pensi alle implicazioni che l'attribuzione di sesso ha, non solo nei riguardi del matrimonio, ma altresì dell'attitudine al sacerdozio ed al servizio militare». Per il profilo medico legale si rimanda a C. LORÉ, P. MARTINI, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, Giuffrè, Milano 1984.

Per una riflessione sugli aspetti medico legali del fenomeno, cfr. T. L. SCHWARZENBERG, *Considerazioni medico-legali sulla transessualità e sindromi correlate*, in *Dir. Fam.*, 1975, pp.1456 ss.; M. BACCI, F. BARONE, G. BENUCCI, L.

Il punto di osservazione esterno, si poggia su una premessa tecnica: mentre il sesso cromosomico è quello biologicamente determinato e si manifesta attraverso un apparato di organi interni e attributi anatomici⁷, a cui corrisponde indissolubilmente una delle più importanti funzioni vitali dell'essere umano, cioè la procreazione; il «genere» è soprattutto una costruzione culturale, fatta di immagini prototipiche e convenzionali del maschile e del femminile⁸, in forza delle quali si

LALLI, *Transessualismo: aspetti medico-legali in 7 casi di richiesta di adeguamento dei caratteri sessuali*, in *Rass. It. di Criminologia*, 1995, pp.9-30 e la dottrina ivi richiamata.

Per completezza, e pur esulando dall'oggetto specifico di indagine, si vedano gli interessanti approfondimenti criminologici svolti da F. CUTTICA, F. LEDDA, *Aspetti antropologici, normativi e criminologici del transessualismo*, pp.167-177, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Vol.VIII, *Criminologia e psichiatria forense delle condotte sessuali normali, abnormi e criminali*, Giuffrè, Milano 1988; L. ABBATE, F. BRUNO, S. COSTANZO, *Aspetti generali, psicologici e psichiatrico-forensi del transessualismo*, *Ibidem*, pp. 179-217.

⁷ Il criterio meramente cromosomico dell'«immutabilità del sesso» e la conseguente irrilevanza del cambiamento dello stesso a seguito dell'intervento chirurgico, ha costituito, sino al luglio 2004, la base fattuale e giuridica della legislazione e della prassi giurisprudenziale del Regno Unito (cfr. *Matrimonial Causes Act* del 1973, *Family Law Act* del 1986; cfr. *High Court*, pronuncia del 2 febbraio 1971, caso *Corbett c. Corbett*, *House of Lords*, caso *Bellinger c. Bellinger*, del 10 aprile 2003) entrambe cit. in L. TRUCCO, *Transessuali e Regno Unito: anche la Corte di giustizia censura i britannici*, *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, III, 2004, pp.825 ss.; inoltre, della stessa Autrice, cfr. *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, I, 2003, pp.371-382, a cui si rinvia anche per un'analisi delle decisioni della della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 11 luglio 2002, *C. Goodwin c. Regno Unito*) e della Corte di giustizia delle Comunità europee sentenza 7 gennaio 2004, causa C-117/01 *K.B. c. The National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*).

Il riconoscimento legislativo del cambiamento di genere, è stato compiutamente operato dall'ordinamento britannico, solo con il *Gender Recognition Act* del 1 luglio 2004, emanato dal Parlamento a seguito delle richiamate pronunce dei giudici sovranazionali, ove si ricomprende, nell'ambito delle *Applications for gender recognition certificate: 1 Applications. (1) A person of either gender who is aged at least 18 may make an application for a gender recognition certificate on the basis of— (a) living in the other gender, or (b) having changed gender under the law of a country or territory outside the United Kingdom.*

(2) In this Act “the acquired gender”, in relation to a person by whom an application under subsection (1) is or has been made, means— (a) in the case of an application under paragraph (a) of that subsection, the gender in which the person is living, or (b) in the case of an application under paragraph (b) of that subsection, the gender to which the person has changed under the law of the country or territory concerned.

⁸ Come si legge nel pregevole lavoro *L'identità transessuale tra storia e clinica. Quale intervento per quale domanda* di R. VITELLI, M. BOTTONE, N. SISCI, P. VALERIO, in *Gay e lesbiche in psicoterapia*, a cura di M. GRAGLIA e P. RIGLIANO, Cortina 2007 nel significativo paragrafo di chiusura *Alcune considerazioni finali: Il transessualismo come icona del post-moderno*, «Dall'inizio del XX secolo fino ai giorni nostri, il tema della sessualità e del genere sessuale è risultato e risulta centrale nella cultura occidentale. I movimenti di rottura nati durante il Novecento, da quello femminista a quello omosessuale, hanno prodotto svolte radicali nel modo di pensare i ruoli sessuali: il superamento delle concezioni dualistiche e dicotomiche per cui due soggetti sessuati producevano discorsi opposti e irriducibili ha prodotto così sul piano sociale una proliferazione di modalità di declinazione della soggettività, un pluralismo delle scelte e delle pratiche sessuali, rendendo quindi obsolete quelle posizioni teoriche implicitamente normative che vedevano nell'«inversione» una sorta di «fallimento» del «normale» sviluppo psicosessuale».

Riproponendo un passaggio degli psicoanalisti Barale e Ferruta, in cui si legge che «*Cross-dressers e transessuali sono visti così come maschere iperboliche di una soggettività instabile e disseminata, all'interno della quale non è più riconoscibile alcun “nucleo” e di conseguenza alcuna distinzione tra vero e falso sé; ma solo sé aperti, che prendono forma, si organizzano, disorganizzano nelle relazioni in atto: identità provvisorie*», sembrerebbero, così, confermate dallo stato attuale della realtà le tesi sostenute da quella parte della letteratura che «ha percepito il transgenderismo ed il transessualismo come veri e propri movimenti di rottura del tradizionale modo di interpretare le differenze sessuali, in altre parole come delle vere e proprie «icone» della declinazione post-moderna dell'identità soggettiva.», F. BARALE, A. FERRUTA *But is Paris really burning? Uncertainty Anxieties and the Normal Chaos of Love*, in *International Journal of Psychoanalysis*, 78 (2), pp. 373-378, trad. it. cit. C. SCHINAIA, *Dall'eccesso della stravaganza all'eccesso di normalità. Trasformazioni del transessuale*, in *Psiche*, X, 1, pp. 119-134, le citazioni sono riportate da AA.Vv., *L'identità transessuale*, op.cit.

opera il riconoscimento sociale⁹ e giuridico¹⁰ di un soggetto, per inserirlo in una casella ontologicamente data ed epifenomenica di una realtà biologica precostituita.

D'altra parte, l'esistenza di un *idem sentire*, sfocia nel tentativo di canalizzazione della propria alterità verso un centro «forte», capace di decodificare simboli, letture, eventi, mode e modi di essere identificativi della popolazione *transgender*, al fine di costruire una rete interattiva e solidale che permetta all'osservatore esterno di riconoscere il gruppo come *cultura*¹¹ e, successivamente, come formazione sociale.

In altre parole, il fenomeno transessuale mettendo in crisi le categorie binarie maschio/femmina¹² conosciute dall'ordinamento, comporta a cagione della sua complessità, una inadeguatezza sociale di gestione della diversità che, in ultima analisi, si traduce nel problema giuridico del trattamento delle «minoranze interne», delle «subculture», particolare delle società pluraliste-democratiche, e si verifica quando una cultura maggioritaria - politicamente dominante - impone alle minoranze la propria forma di vita, arrivando, in tal modo, a negare l'effettiva eguaglianza giuridica per i cittadini di *cultura diversa*¹³.

Se si aderisce, con le dovute cautele, all'ipotesi della rilevanza culturale del fenomeno transessuale, occorrerà esaminare le modalità di protezione che il diritto appresta per tutelare queste

⁹ «Il tentativo di scardinamento della logica binaria dei generi sembra portare con sé lo sviluppo di “una forza uguale e contraria”. Se i concetti di mascolinità e femminilità sono descrivibili come costruzioni sociali in cui sono insite bipartizioni riflettenti prefigurazioni di ambiti di potere, l'accettazione sociale di condizioni ambigue riguardo al genere farebbe vacillare la pratica millenaria del *Medesimo* e dell'*Altro*, su cui si fonda ogni sistema di dominio e di potere. Pertanto è necessario e funzionale al sistema porre dei limiti ai tentativi di “sovversione discorsiva”, limiti alle possibilità di configurazioni di genere altrimenti immaginabili, “limiti posti nei termini di un discorso culturale egemonico basato sulle strutture binarie che si presentano come linguaggio della razionalità universale”» le espressioni tra virgolette sono di J. BUTLER, *Scambi di Genere – Identità, sesso e desiderio*. (1990), trad. it. Sansoni Editore, Milano 2004., cit. in AA.VV., *L'identità transessuale*, op.cit.

¹⁰ Per certi versi, come scriveva Foucault nella sua introduzione alle memorie di Herculine Barbin, «Le teorie biologiche della sessualità, le concezioni giuridiche dell'individuo, le forme di controllo amministrativo delle nazioni moderne, a poco a poco hanno condotto a rifiutare l'idea di due sessi presenti in un solo corpo. Di conseguenza è stata limitata la libertà di scelta degli individui il cui sesso è incerto. D'ora in avanti ognuno doveva avere un solo e unico sesso». M. FOUCAULT, *Herculine Barbin detta Alexina B. Una strana confessione. Memorie di un ermafrodito presentate da Michel Foucault*, trad. it. Einaudi, Torino 1979, cit. in AA. VV., *L'identità transessuale*, op.cit.

¹¹ Ed è evidente che l'indagine su cosa debba, attualmente, intendersi con il termine «cultura» non possa essere svolta in questa sede, tuttavia sul tema cfr. *Cultura* (voce), in Enc. Giuridica Treccani, ove, con ampliamento della semantica, la stessa viene intesa come «la scelta consapevole, la adozione pratica di un sistema di vita, di un costume, di un comportamento o, anche, l'attribuzione di un determinato valore a determinate concezioni della realtà, l'acquisizione di una sensibilità e coscienza collettiva di fronte a problemi umani e sociali che non possono essere ignorati, trascurati».

¹² In senso contrario è stato ritenuto che «paradossalmente, la persona transessuale, al di là della maschera apparente di travalicazione dei confini della dicotomia Maschile\Femminile, in realtà preserva quei confini e legittima tale dicotomia, negando, sia pure non in maniera manifesta la possibilità di ambiguità personali generatrici di diversità: la modifica dei caratteri sessuali, delle modalità di presentazione dei caratteri anatomici, come anche la rivendicazione dell'aderenza ad un supposto “genere sessuale contrario a quello dettato dall'apparenza anatomica” sembrano andare in tale direzione. Verrebbe, dunque, da pensare ad una intolleranza riflessa dal corpo sociale, che in questo senso costruisce il problema del transessualismo e crea la sua soluzione chirurgica. In questa cornice risulta difficile e faticoso per lo psicologo trovarsi ad affrontare problemi che si inseriscono in una serie di pratiche discorsive alienanti prodotte dal sapere medico stesso, e tentare quindi di articolare, a partire dalle basi gettate fin dal primo colloquio con l'utente, un discorso altro, al fine di non subordinare la capacità di autodeterminazione del soggetto alle attese del corpo sociale.», AA. VV., *L'identità transessuale*, op.cit.

¹³ Si tratta della visione del multiculturalismo, coerente con la teoria del discorso razionale e dell'agire comunicativo, di Jurgen Habermas descritta nel *L'inclusione dell'altro, Studi di teoria politica*, (1996), ed.it. a cura di L. Ceppa, Universale Economica Feltrinelli, Milano 2008, cit. pp.155-157, e nell'opera *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, (1996) ed. Universale Econ. Feltrinelli 2008, di cui Charles Taylor è coautore; cfr. anche P. DONATI, *Oltre il multiculturalismo*, Laterza, Bari 2008; A. GAMBINO, *Gli altri e noi: la sfida del multiculturalismo. Tendenze*, Il Mulino, Bologna 1996.

posizioni individuali e collettive dinanzi al dramma dell'emarginazione - *id est* delle discriminazioni basate sull'identità di genere - adottando una prospettiva al contempo *ibrida e statica*, che metta a fuoco un'analisi saldamente ancorata al quadro positivo vigente¹⁴, nonché all'opera interpretativa della giurisprudenza (costituzionale, comunitaria e internazionale) degli ultimi anni e che, tuttavia, conservi sullo sfondo la presenza dell'elemento culturale e sociologico, al fine di dimostrare come, quanto meno sul piano politico, l'associazionismo solidale delle comunità lesbiche, gay, bisessuali e transessuali¹⁵ (LGBT), abbia prodotto alcuni risultati concreti: esiste una comunità LGBT; mai come in questo momento storico, ha dato una testimonianza forte della sua presenza sul piano delle istituzioni internazionali ed europee, rivendicando a voce alta la propria dignità e, conseguentemente, l'esistenza del diritto ad essere se stessi e a non essere discriminati in forza della situazione di transizione da un genere all'altro che si trovano a dover affrontare.

3. Dalla domanda di tutela dell'identità di genere come diritto fondamentale, alla tutela antidiscriminatoria.

In recente processo, insieme politico e giuridico, avviato dalla affermazione dei cd. *Yogyakarta Principles* (2007)¹⁶ e successivamente diramato in due documenti: il primo, in sede di Assemblea Generale dell'ONU, ha ribadito che forme di protezione internazionale dei diritti umani includono l'orientamento sessuale e l'identità di genere; mentre, il secondo (proveniente dalla Agenzia

¹⁴ Le legislazioni europee meno recenti sono la *Transsexuellengesetz*, (TSG) dell'ordinamento tedesco 10 settembre 1980, e la legge italiana del 14 aprile 1982, n. 164 recante «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso». Seguono la normativa olandese del 1985, contenuta nell'art.29 del Codice Civile, lettere da a) sino a d), la legislazione austriaca n.9 del 1993 *Gesetze, Verordnungen, Erlässe, Transsexuelle Personenstandsrechtliche Stellung*, la legge finlandese del 28 giugno 2002, n.563 denominata *The Gender confirmation of transsexual individuals Act*, il britannico *Gender Recognition Act* dell'aprile 2004, e la recentissima *ley* iberica del marzo 2007, n.3 riguardante la *Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*.

Per una panoramica della dottrina più recente sulla legge italiana in materia di rettificazione di attribuzione di sesso si veda P. STANZIONE, *Transsexualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, Relazione alle *XIX Jornadas Jurídicas sobre Identificación sexual y juridificación de la vida afectiva*, Lérida, 6-7 marzo 2008, ora in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, fasc. 2, pagg. 713-730, pt. 2, spec. § I *Dal mito al diritto: la legge n. 164/82. La riconduzione a sistema del provvedimento normativo tra principi generali e norme di diritto positivo*. Tra i primi commentatori che salutarono la l. 14/4/82, n. 164, come una prima e perciò importante affermazione di protezione dell'identità personale cfr. M. DOGLIOTTI, *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi un primo esame della nuova normativa*, in *Giust. Civ.*, 2, 1982, fasc. 10, pp.467-471, il quale fu, però, critico per l'approssimazione del linguaggio e le diverse ambiguità riscontrate nel contenuto.

Interesse per la legge in oggetto è sorto con vigore anche nella letteratura medica e di psicologia. Cfr. G. DE VINCENTIS, F. CUTTICA, F. LEDDA, *Rettificazione della attribuzione di sesso e transsexualismo (commento critico alla L. 14 aprile 1982, n. 164)*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1983, pp. 892-916; A. FIORI, *Rettificazione di attribuzione di sesso (legge 14 aprile 1982)*, ivi pp.1076-84; P. CALCATERRA, *Norme in materia di rettificazione di sesso. Riv. Sessuol.* 21(2)1997, pp.116-25;

¹⁵ Acronimo adottato a livello internazionale per designare l'insieme sociale di tutti i soggetti indicati, con il rilievo, non secondario del riconoscimento del gruppo come dotato di una identità in quanto tale. Cfr. il rapporto 2008 dell' *European Union Agency for Fundamental Rights Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, ove si definiscono i soggetti transessuali «since they too form a distinctive 'social group' whose members share a common characteristic and have a distinct identity due to the perception in the society of origin».

¹⁶ Si veda in proposito l'articolo di M. O'FLAHERTY J. FISHER, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles*, in *Human Rights Law Review*, 8:2 2008, Oxford University Press; nonché l'annotazione giurisprudenziale dei Principi di Yogyakarta operata dalla University of Nottingham Human Rights Law Centre, sotto la direzione scientifica di M. O'Flaherty, sul sito www.yogyakartaprinciples.org.

dell'Unione Europea per i Diritti fondamentali) è il Rapporto 2008 sull'omofobia e discriminazione basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere negli Stati membri dell'Unione Europea¹⁷, che consta di un'analisi giuridica e un'analisi sociale.

Per quanto concerne i diritti umani, il nucleo essenziale, espressivo della rilevanza costituzionale dell'argomento, è racchiuso negli articoli 2 e 3 della nostra Carta Fondamentale, ma anche nell'importanza che i diritti fondamentali dell'uomo rivestono negli stati democratici, come testimoniano sia la *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* del 1945, sia la *Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ratificata dall'Italia nel 1955 e, infine, la *Carta dei diritti fondamentali* dell'Unione europea del 2000.

Nel dicembre 2008, la proposta dell'Unione Europea, presentata dalla presidenza francese contro il reato di omosessualità¹⁸, le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, si è tradotta, in occasione della sessantatreesima Assemblea Generale delle Nazioni

¹⁷ L'analisi giuridica del Rapporto si sofferma sui diritti di coloro che si apprestano a cambiare, o che abbiano già cambiato il proprio sesso nel capitolo VII e prosegue con i paragrafi : 7.1. The requirement of non-discrimination; 7.2. The legal status of transsexuals: gender reassignment and legal recognition of the post-operative gender; 7.2.1. The availability of gender reassignment operations; 7.2.2. The legal consequences of gender reassignment: recognition of the acquired gender and right to change one's forename in accordance with the acquired gender; Official recognition of a new gender; Change of forename.

¹⁸ Una pronuncia innovativa della Cassazione I Sezione penale, n. 2907 del 18 gennaio 2008 ha dato concreta attuazione al principio di *non-refoulement* contenuto nell'art.33 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, relativa allo *status* di rifugiato, impedendo l'allontanamento dello straniero che a ragione del proprio orientamento sessuale possa, nel Paese di origine, essere penalmente perseguitato e assoggettato a pene contrarie al rispetto dei diritti fondamentali della persona. Il caso concreto ha riguardato la vicenda di un cittadino marocchino incriminato da una norma del codice penale del Marocco per il reato di omosessualità come pratica personale. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha mantenuto ferma, a partire dalla celebre decisione *Dudgeon e Norris c. Irlanda* del 1988, l'interpretazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel senso di ricondurre al concetto di «diritto al rispetto della vita privata», il diritto alla libertà della vita sessuale qualora la relazione sia tra adulti consenzienti, condannando altresì la repressione penale dell'omosessualità e le discriminazioni in materia di accesso ai diritti parentali, di impiego, di prestazioni sociali. Cfr rispettivamente *ex plurimis, E.B v. Francia*, 2008, *Salgueiro De Silva Mouta v. Portogallo*, 1999; sul divieto di discriminazione nelle forze armate, *Perkins v. Italia*, 2002, *L.Preaux e Beckett e Smith e Grady v. Regno Unito*, 1999; in materia di locazioni al partner superstite dello stesso sesso cfr. *Karner v. Austria*, 2003.

Sull'abolizione del reato di sodomia, punito in alcuni paesi con la morte o con il carcere a vita, proposta contenuta nella ricordata dichiarazione sui *Diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere* promossa dalla presidenza francese dell'Unione Europea, pur sostenuta da 66 Paesi non ha raggiunto il rango di risoluzione. Tra gli Stati oppositori, interessante la posizione della Santa Sede la quale: « apprezza gli sforzi fatti nella *Dichiarazione sui diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere* [...] per condannare ogni forma di violenza nei confronti di persone omosessuali, come pure per spingere gli Stati a prendere tutte le misure necessarie per metter fine a tutte le pene criminali contro di esse. Allo stesso tempo, la Santa Sede osserva che la formulazione di questa Dichiarazione va ben aldilà dell'intento sopra indicato e da essa condiviso. In particolare, le categorie "orientamento sessuale" e "identità di genere", usate nel testo, non trovano riconoscimento o chiara e condivisa definizione nella legislazione internazionale. Se esse dovessero essere prese in considerazione nella proclamazione e nella traduzione in pratica di diritti fondamentali, sarebbero causa di una seria incertezza giuridica, come pure verrebbero a minare la capacità degli Stati alla partecipazione a e alla messa in atto di nuove o già esistenti convenzioni e standard sui diritti umani. Nonostante la Dichiarazione giustamente condanni tutte le forme di violenza contro le persone omosessuali e affermi il dovere di proteggerle da esse, il documento, considerato nella sua interezza, va aldilà di questo obiettivo e dà invece origine a incertezza delle leggi e mette in questione le norme esistenti sui diritti umani. La Santa Sede continua a sostenere che ogni segno di ingiusta discriminazione nei confronti delle persone omosessuali deve essere evitato, e spinge gli Stati a metter fine alle pene criminali contro di esse.» in www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2008/documents/rc_segst_20081218_statementsexualorientation_it.

Quanto all'analisi delle origini storiche e dell'evoluzione giurisprudenziale del reato di sodomia che, insieme alla depenalizzazione della fattispecie, recano *in nuce* una potenza espansiva verso la più ampia emancipazione, si rinvia al rapporto dell'Human Rights Watch *This Alien Legacy. The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism*, Usa, 2008, reperibile anche sul sito web www.hrw.org.



Unite, nella *Dichiarazione su diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere*, cui hanno aderito sessantasei Stati membri Onu.

Tale dichiarazione, richiamando la risoluzione dell'Assemblea Generale degli Stati Americani del 2008¹⁹, ha ribadito l'inclusione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere tra le forme di protezione internazionale dei diritti umani fondamentali.

Nella medesima occasione, sessantasei paesi hanno dichiarato di essere «profondamente preoccupati per le violazioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali fondate sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere» ed hanno, sottolineando altresì che «la violenza, le molestie, la discriminazione, l'esclusione, stigmatizzazione e il pregiudizio sono dirette contro le persone in tutti i paesi del mondo a causa dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere»²⁰.

Tuttavia, le rivendicazioni in chiave di tutela, da parte dei soggetti «in transito» da un genere ad un altro, sono state storicamente diverse²¹.

In un primo momento, l'attenzione si è incentrata sulla richiesta di vedere legalmente riconosciuto il sesso diverso da quello di origine e, conseguentemente, sull'ammissibilità del procedimento di rettificazione e dello *status*²²; per investire poi, il diritto di sposarsi²³, di essere genitori²⁴, di «ritornare sui propri passi»²⁵, il diritto di ottenere gratuitamente, dallo Stato, le cure

¹⁹ Risoluzione adottata dalla IV sessione Plenaria del 3 giugno 2008, AG/RES 2435 (XXXVIII-O/08) *Human Rights, Sexual Orientation, And Gender Identity*.

²⁰ Di tali parole si è fatto portavoce lo Stato dell'Argentina: il testo della nota GA/10801 è rinvenibile sul sito dell'ONU seguendo il link *Department of Public Information - News and Media Division - New York*.

²¹ Cfr. la Carta dei diritti umani e identità di genere (*human rights and gender identity*) del luglio 2009 adottata dal Commissario T. Hammerberger del Consiglio d'Europa - Commissione per i diritti umani.

²² Molte questioni sono connesse al procedimento di riattribuzione, innanzitutto, quella dell'operazione chirurgica di isterectomia o dell'asportazione del pene e dei testicoli, sterilizzazione che le legislazioni vogliono totale e irreversibile. Vi è poi, come presupposto del cambiamento di genere, il trascorrere di un determinato arco di tempo, dai due ai tre anni a seconda della legislazione, in cui il comportamento sociale deve corrispondere al sesso rivendicato.

²³ Diritto riconosciuto, ad un transessuale a seguito del mutamento di genere, dalla Corte di Strasburgo con la sentenza *C. Goodwin c. Regno Unito*, 2002 e dalla Corte di Giustizia in riferimento al mancato riconoscimento della pensione di reversibilità sul presupposto dell'assenza del matrimonio tra il *de cuius* e un transessuale, cfr. *K.B v. National health Service Pensions Agency*, c-117/01; Già nel 1975 la Corte costituzionale italiana, riferendosi, naturalmente alle coppie eterosessuali, aveva consacrato a rango di diritto inviolabile la libertà di contrarre matrimonio.

²⁴ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, caso di *X,Y, e Z v. Regno Unito*, 1997, dove si è stabilito che l'art. 8 della CEDU non obbliga lo Stato a riconoscere formalmente come padre giuridico una persona che non è il padre genetico del bambino.

Il *Tribunal Constitucional* spagnolo nel 2008, STC 176/2008 si è pronunciato sul ricorso presentato contro la sentenza emessa in primo grado che aveva stabilito una restrizione del regime di visite del ricorrente transessuale al figlio minore. Pur riconoscendo che tale sentenza si fondò in modo prevalente sull'interesse alla tutela del minore, il tribunale, citando le disposizioni della CEDU, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, dei Trattati Comunitari, nonché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha ribadito il principio secondo cui un provvedimento giudiziario può definirsi discriminatorio laddove esso sia volto a limitare o sospendere la comunicazione fra genitore e figli minori se basato principalmente o unicamente sull'orientamento sessuale del genitore (nel caso in esame si ha riguardo alla transessualità del padre).

Per una riflessione specifica sulle problematiche che la transessualità può comportare nel campo dell'esercizio della potestà genitoriale, la procreazione assistita e l'adozione, anche in considerazione del fatto che l'ordinamento italiano è caratterizzato dai principi del superiore interesse del minore e del divieto di discriminazioni in base alle modalità di attribuzione del sesso, si rinvia al contributo di J. LONG, *Essere genitori transessuali*, Relazione al Convegno *Adozione, affidamento, essere genitori in transizione*, Torino, 23 febbraio 2008 in [La Nuova giurisprudenza civile commentata](#), 2008, fasc. 7-8, pagg. 236-247, pt. 2.

A conclusioni aberranti ha, invece, condotto il famoso caso del «Mammo dell'Oregon», del mancato perfezionamento del processo di transizione FtM (Femmina verso Maschio) da parte di Thomas Beatie, nata donna il quale (o la quale?), avendo operato una trasformazione FtM solo morfologica, consistente nell'asportazione dei seni e

ormonali necessarie e l'intervento chirurgico di riassegnazione, sino alla sicurezza sociale, previdenziale e il diritto al lavoro²⁶.

In effetti è proprio in ragione della scarsa effettività della tutela apprestata al diritto al lavoro e dell'elevato costo delle operazioni da affrontare per eliminare la dissonanza tra il sesso morfologico e quello psichico, che un'elevata percentuale di questi soggetti, non supportati dalle famiglie di origine, si spinge verso attività illecite come la prostituzione, spesso unico margine di sopravvivenza.

D'altra parte, poiché il diritto di non essere discriminato a causa del proprio sesso²⁷ costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana e le forme di protezione dei diritti umani includono, altresì, il diritto all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Se il comun denominatore di tali documenti risiede nella eguaglianza in dignità²⁸ e diritti di fronte al potere legislativo, giudiziario, politico ma anche di fronte alla società, deve ribadirsi che, evidentemente, non si tratta soltanto di una violazione del principio comunitario di non discriminazione ma della stessa funzione di garanzia e di sviluppo dei valori della persona, che

terapia endocrinologica mascolinizzante e, avendo conservato l'apparato riproduttivo femminile, ha dato alla luce un bambino con la tecnica della fecondazione assistita in presenza di un'incapacità a procreare della sua compagna.

Sulle implicazioni costituzionali si rinvia all'attento lavoro di F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità e limiti*, in V. BALDINI, *Diritti dell'uomo e problematiche fondamentali*, (a cura di) Giappichelli, Torino, 2003.

²⁵ La legge tedesca appresta dei rimedi all'irreversibilità del processo, introducendo la possibilità di richiedere solo il cambio del nome e non del genere, in consonanza dei ripensamenti, non arbitrari, che possano discendere da esigenze psichiche del soggetto da valutare con il precipuo scopo di tutelare la persona umana e la sua dignità.

²⁶ Così si è espressa l'Alta Commissione Onu per i Diritti umani alla Conferenza Internazionale sui diritti umani delle persone LGBT «Neither the existence of national laws, nor the prevalence of custom can ever justify the abuse, attacks, torture and indeed killings that gay, lesbian, bisexual, and transgender persons are subjected to because of who they are or are perceived to be. Because of the stigma attached to issues surrounding sexual orientation and gender identity, violence against LGBT persons is frequently unreported, undocumented and goes ultimately unpunished. Rarely does it provoke public debate and outrage. This shameful silence is the ultimate rejection of the fundamental principle of universality of rights». Montreal, 26 luglio 2006. La relazione è disponibile sul sito www.unhchr.ch.

²⁷ Cfr. Direttiva 2006/54/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 Luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, su cui v. *infra* § 4. Per ciò che adesso rileva, l'atto in oggetto, all'articolo 2, si occupa di definire: «a) discriminazione diretta: situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga; b) discriminazione indiretta: situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; c) molestie: situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato connesso al sesso di una persona avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo». Ancora interessante notare che la direttiva 2006/54/Ce abroga la direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (Direttiva modificata dalla direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio), sulla quale la Corte di Giustizia delle Comunità europee aveva edificato l'estensione analogica e la direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile.

²⁸ Sulle declinazioni del principio di dignità umana si rinvia al bel saggio di P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. e Soc.* 1/08. Cfr. inoltre per un approccio diverso U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Bari 2009; M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna 2002; P.F. SAVONA, «In limine iuris», *la genesi extraordinaria della giuridicità e il sentimento del diritto*, Esi, Napoli 2005 spec. cap. VI *Coscienza giuridica "personalitaria"*.



restano irrealizzati in mancanza di leggi che non condannino esplicitamente l'omofobia²⁹ e i cd. *hate crimes*.³⁰

In ragione di quanto sopra esposto, si può affermare che esistono persone, le quali non vedono riconosciuti diritti che nessuno dovrebbe mai mettere in discussione: come il diritto alla vita (se pensiamo che solo in Italia dall'inizio del 2009 si sono verificati diversi omicidi di persone transessuali, su una comunità di circa 2000 soggetti³¹, mentre troppi restano i suicidi determinati dall'angoscia di vivere situazioni di emarginazione e vessazione), il diritto alla salute (nessuno può essere sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori se non per legge, mentre un intervento di chirurgia demolitoria e poi ricostruttiva, implica cure ormonali devastanti per l'apparato biliare ed epatico, ecc.); il diritto al lavoro (che viene messo in discussione in caso di rifiuto di assunzione di persone transessuali, a causa di pregiudizi «duri a morire», ovvero di *mobbing*, a causa della loro condizione).³²

4. Dignità umana e riconoscimento che tertium datur: oltre la normativa antidiscriminatoria.

Dalle considerazioni svolte, si fa agevolmente strada il pensiero che per rendere effettivo il diritto delle persone *transgender* alla tutela della propria autodeterminazione sessuale non è sufficiente, se non solo da un angolo visuale statico e formale, riconoscerne legalmente lo *status* in un momento successivo a quello dell'avvenuta trasformazione anatomica.

In altri termini, si tratta di soggetti *in fieri*, che aspirano a un'identità più «coerente e meno ambigua»³³, nella drammatica consapevolezza di dover affrontare un percorso fisico e mentale di lungo periodo, sicché, qualsivoglia intervento delle istituzioni, successivo alla rassegnazione chirurgica del sesso, rischierebbe di essere tardivo e *inutiliter* dato; si tratta di ripensare alla normativa vigente per apprestare una tutela effettiva e realizzare delle garanzie soprattutto nelle fasi di transizione da un genere all'altro.

Emblematicamente nel delicato settore delle politiche occupazionali, l'ordinamento comunitario ha emanato la direttiva 2006/54/CE riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego ove si enuncia, per la prima volta, anche in favore delle persone che abbiano subito un cambiamento di

²⁹ In Italia si è rivelato infruttuoso il tentativo di istituire una legge sull'omofobia e la trans fobia. Il progetto di legge n.54/08 presentato dall'on.le Concia, non ha superato il vaglio della pregiudiziale di costituzionalità e non ha concluso l'iter legislativo.

³⁰ Si veda lo *Scotland Offence Act* dell'08/07/2009 che condanna i crimini omofobici o transfobici con una pena simile a quella prevista per i crimini determinati da ragioni razziali.

³¹ In tutto il mondo, secondo uno studio internazionale della rivista on-line "*Liminalis – A Journal for Sex/Gender Emancipation*" in collaborazione con l'associazione *Transgender Europe* ogni 3 giorni avviene un omicidio di una persona trans: 121 omicidi nel corso del 2008 e nel 2009 almeno altri 87 casi. Il rapporto delle vittime relativo ai mesi gennaio-luglio 2009 sviluppato nell'ambito del *The Trans Murder Monitoring Project* è reperibile sul sito <http://www.tgeu.org/node/53>.

³² In senso analogo cfr. p.7 del Rapporto FRA 2008: «Furthermore, the report finds that the issue of transgendered persons, who are also victims of discrimination and homophobia, is adequately addressed in only 12 EU Member States that treat discrimination on grounds of transgender as a form of sex discrimination. This is generally a matter of practice of the anti-discrimination bodies or the courts rather than an explicit stipulation of legislation. In two Member States this type of discrimination is treated as sexual orientation discrimination. While in 13 Member States discrimination of transgender people is neither treated as sex discrimination nor as sexual orientation discrimination, resulting in a situation of legal uncertainty».

³³ L'espressione, richiamata dalla Corte di Lussemburgo nella causa C-13/94, sentenza 30 aprile 1996, *P. contro S. e Cornwall County Council*, è della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cfr. sentenza *Rees*, del 17 ottobre 1986, punto 38.

nesso, la parità fra uomini e donne come un principio fondamentale del diritto comunitario, ai sensi dell'articolo 2 e dell'articolo 3, paragrafo 2, del Trattato, nonché ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia.³⁴

Il rilievo che il successivo punto n.3 dei *considerata*³⁵ abbia richiamato il filone giurisprudenziale della Corte di giustizia avviato dalla decisione *P. contro S. e Cornwall County Council* (C-13/94) e con il quale è stato esteso l'ambito operativo del principio in oggetto, non può che essere significativo.

Infatti, la pronuncia dei giudici comunitari se, da un lato, ha dichiarato che la sfera applicativa della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza al sesso maschile o femminile³⁶; dall'altro, e più significativamente, ha statuito che « se una persona, [viene] licenziata in quanto ha l'intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione.»³⁷

Per la Corte, dunque, «il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre in non cale, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà al quale essa ha diritto e che la Corte deve tutelare»³⁸.

Ciò nondimeno, un rapido sguardo alla fonte positiva consente di notare una soluzione di discontinuità tra il contenuto precettivo di questa e le statuizioni contenute nell'*arrêt* citato.

Ma la dissonanza è immediatamente visibile: ovviare all'assenza di un pieno riconoscimento giuridico del mutamento dell'identità sessuale è cosa ben diversa dal richiedere l'intervento chirurgico di rassegnazione come presupposto della tutela antidiscriminatoria, assimilandolo, in buona misura, ad una sorta di *dies a quo*.

Il punto n.3 della direttiva (nella parte in cui fa riferimento alle «discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso») non lascia spazio a dubbi interpretativi e segna il momento a decorrere dal quale sarebbe possibile invocare - a favore della persona transessuale - la normativa antidiscriminatoria: a partire, cioè, dall'avvenuto mutamento (chirurgico) del sesso.

Ad ogni modo, messo in evidenza il valore programmatico della disposizione comunitaria in oggetto, la legislazione regionale in Italia si sta muovendo nella direzione auspicata dalle istituzioni internazionali ed europee, dalle organizzazioni non governative e, in primo luogo, da un comune senso di umanità, muovendosi, così, oltre la non discriminazione e la mera parità di trattamento *post metamorfosi chirurgica*.

³⁴ Cfr. punto n.2 della direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006, pubblicata nella Gazzetta dell'Unione europea del 26.07.2006, le cui disposizioni accolgono una accezione pressoché onnicomprensiva di «parità» e inclusiva della *parità retributiva, di trattamento nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, di trattamento per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro*. Sul tema delle discriminazioni di genere, in particolare sulle tecniche di redazione delle nozioni comunitarie di discriminazione di genere, si rinvia a L. GUAGLIANONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 247-287, spec. 247-253.

³⁵ *Ivi*, punto n.3, ove si legge «La Corte di giustizia ha ritenuto che il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso». Di tenore pressoché analogo l'affermazione della Corte di Giustizia causa C-13/94, sentenza 30 aprile 1996, *P. contro S. e Cornwall County Council*, punto 20 delle *motivazioni della sentenza*, in cui «tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell'interessata».

³⁶ Cfr. Corte di Giustizia causa C-13/94, sentenza 30 aprile 1996, *P. contro S. e Cornwall County Council* punto 20 delle *motivazioni della sentenza*.

³⁷ *Ibidem*, punto 21.

³⁸ *Ibidem*, punto 22.

Non sono mancate disposizioni legislative³⁹ e provvedimenti amministrativi⁴⁰ diretti ad implementare i principi comunitari e, in alcuni casi, il ventaglio degli strumenti possibili è stato ragionevolmente preceduto da una norma statutaria (di principio)⁴¹.

³⁹ Circa la fonte legge-regionale, solo due le regioni hanno promulgato “Norme contro le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere”. Si tratta della legge della regione Toscana n.63 del 15-11-2004 e della legge regionale della Liguria n.52 del 10-11-2009, entrambe impugnate dal governo dinanzi alla Corte costituzionale.

In relazione alla prima, è senza dubbio densa di significato, la sentenza del Giudice delle leggi n. 253 del 2006 che ha nel contempo dichiarato infondata sia la questione di legittimità costituzionale sollevata dallo Stato dell’art. 2 della legge della Regione Toscana 15 novembre 2004, n. 63 censurato, in riferimento agli artt. 3 e 117, terzo comma, della Costituzione, nella parte in cui prevede, nell’ambito delle politiche del lavoro e dell’integrazione sociale, misure di sostegno e di tutela a favore delle persone discriminate per motivi derivanti dall’orientamento sessuale, o dall’identità di genere, dei transessuali e dei *transgender*; sia la questione di legittimità costituzionale degli artt. 3 e 4, comma 1, della medesima legge censurati, in riferimento agli artt. 3 e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, nella parte in cui, da un lato, assicurano pari opportunità nell’accesso ai percorsi di formazione e riqualificazione alle «persone che risultino discriminate e esposte al rischio di esclusione sociale per motivi derivanti dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere» e, dall’altro, favoriscono «l’accrescimento della cultura professionale correlata all’acquisizione positiva dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere di ciascuno». Invero, è stato sottolineato dalla Corte che «la norma impugnata ha carattere genericamente di indirizzo e, pertanto, è inidonea ad attribuire diritti o situazioni giuridiche di vantaggio a determinati soggetti e ad incidere sulla disciplina dei contratti di lavoro e sui rapporti intersoggettivi che da essi derivano, e non si pone, quindi, in contrasto con l’art. 2, lettera k), del d.lgs. n. 276 del 2003, in quanto non amplia la definizione di “lavoratore svantaggiato” prevista dalla disposizione statale, ma si limita ad affermare, a favore dei transessuali e dei *transgender*, l’obiettivo di esprimere “specifiche politiche regionali del lavoro, quali soggetti esposti al rischio di esclusione sociale”». Inoltre, tali disposizioni costituiscono espressione dell’esercizio della competenza legislativa esclusiva regionale in materia di istruzione e formazione professionale e non incidono sulla disciplina dei singoli contratti di lavoro e, quindi, non invadono la competenza dello Stato in materia di ordinamento civile.

Con riguardo alla legge della regione Liguria, si segnala che con la delibera del Consiglio dei Ministri del 17-12-2009, il governo ha addotto profili di illegittimità costituzionale con riferimento agli artt. 7, comma 1, e 8, comma 2, e le norme ad essi collegati. L’art. 7, comma 1, prevede che la Regione «dà attuazione al principio in base al quale le prestazioni erogate dai servizi pubblici e privati non possano essere rifiutate né somministrate in maniera deteriore per le cause di discriminazioni», e stabilisce il divieto per gli operatori economici privati di rifiutare la loro prestazione o di erogarla a condizioni deteriori rispetto a quelle ordinarie, per motivi riconducibili all’orientamento sessuale o all’identità di genere. Secondo la prospettazione del ricorrente, la norma regionale prevede, in sostanza, un’ipotesi di obbligo legale a contrarre e, richiamando il precedente della Corte, ricorda alla stessa che in tal modo si «introduce una disciplina incidente sull’autonomia negoziale dei privati e, quindi, su di una materia riservata, ex art. 117, comma secondo, lett. l), della Costituzione, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato» (sent. n. 253/2006). Si legge, ancora che alla illegittimità della disposizione che prevede l’obbligo a contrarre consegue, infatti, stante il parallelismo tra potere di predeterminazione della fattispecie da sanzionare e potere di determinare la sanzione, anche l’illegittimità dell’ulteriore previsione relativa alla applicabilità, in caso di violazione dell’obbligo, della sanzione amministrativa (sent. n. 253/2006). Il secondo motivo dell’impugnativa censura l’art. 8, comma 2, della legge ligure che stabilisce: «Chiunque abbia raggiunto la maggiore età può designare una persona che abbia accesso alle strutture di ricovero e cura per ogni esigenza assistenziale e psicologica del designante e a cui gli operatori delle strutture pubbliche e private socio-assistenziali devono riferirsi per tutte le comunicazioni relative al suo stato di salute». In tal modo, secondo il ricorrente, la disciplina dell’istituto della rappresentanza - rientrante nella materia dell’ordinamento civile, riservata in via esclusiva allo Stato dall’art. 117, secondo comma, lett. l) – verrebbe illegittimamente regolato dalla fonte regionale. Il testo completo è reperibile su sito www.affariregionali.it nella sezione «normativa - esame leggi regionali».

⁴⁰ La regione Toscana con Delibera Giunta Regionale n.883 del 12 ottobre 2009, ha ritenuto necessario dotarsi di uno specifico osservatorio permanente per la realizzazione e la verifica periodica dello stato di attuazione delle politiche sancite nella L.R. n. 63/2004 (“Norme contro le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere”), affinché le libertà individuali, i diritti umani e civili siano riconosciuti, promossi e garantiti senza discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere. Contributi finanziari a favore di tale progetto sono stati stanziati con il successivo decreto del 24 novembre 2009, pubblicato il 16.12.2009, sul Bollettino Ufficiale della Regione Toscana; del 10 aprile 2006, è la delibera n.258, della medesima regione - Interventi in attuazione del PSR 2005/2007, § 5.1.1 “Educazione e promozione della salute” e della L.R. n.63/04 “Norme contro le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere”, biennio 2006/2007 - emanata al fine di istituire,



In conclusione, *de iure condito*, deve ritenersi necessaria un'interpretazione delle disposizioni (nazionali e comunitarie) che tenga conto dell'arcipelago dei diritti fondamentali, anche secondo le coordinate proposte dalle istituzioni sovranazionali e internazionali, giacché soltanto un'ermeneutica teleologicamente orientata alla tutela del valore personalista e della dignità umana, potrà rendere attuale ed effettivo il diritto di *diventare ciò che si è*.

nell'ambito delle aziende sanitarie locali, un dialogo tra persone transessuali e specialisti con cui discutere problematiche, non solo sanitarie, relative all'orientamento sessuale ed all'identità di genere.

⁴¹ Per quanto concerne il divieto di discriminazione basato sull'orientamento sessuale (ma non espressamente sull'identità di genere) contenuto a livello di fonti statutarie, può essere indicativo il riferimento allo Statuto Regione Toscana, Titolo I, Art. 4 (Finalità principali) *lett. s*) dove si ribadisce il rifiuto di «ogni forma di xenofobia e di discriminazione legata all'etnia, all'orientamento sessuale e a ogni altro aspetto della condizione umana e sociale»; alla legge Regionale n. 21 del 16 aprile 2005 nuovo Statuto della Regione Umbria, Titolo II - Principi programmatici – Art. 5 (Uguaglianza) «1. La Regione concorre a rimuovere le discriminazioni fondate in particolare sul sesso, la razza, il colore della pelle e l'origine etnica e sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. La Regione concorre a rimuovere gli ostacoli di ordine economico, culturale e sociale, che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e il libero esercizio dei diritti inviolabili.»; alla legge regionale 31 marzo 2005, n. 13, Regione Emilia-romagna, lettera b) del Preambolo, in cui si legge che «il riconoscimento della pari dignità sociale della persona, senza alcuna discriminazione per ragioni di genere, di condizioni economiche, sociali e personali, di età, di etnia, di cultura, di religione, di opinioni politiche, di orientamento sessuale». Più generico è il principio contenuto nella legge statutaria 8 marzo 2005, n. 1 della Regione Marche, all'art. 3 (Uguaglianza e differenza di genere) «1. La Regione promuove, nell'ambito delle sue attribuzioni, tutte le iniziative idonee a realizzare il pieno sviluppo della persona e l'uguaglianza dei cittadini, ripudia ogni forma di discriminazione e dedica particolare attenzione ai giovani e alle persone in condizioni di disagio».