

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

FRANCESCA SACCOMANDI

Spesso non binarie, sempre non conformi:
la “piena depatologizzazione” delle soggettività
trans

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2020-2

Spesso non binarie, sempre non conformi: la “piena depatologizzazione” delle soggettività trans

Sommario

1. Introduzione – 2. La persona trans nella giurisprudenza costituzionale – 2.1. La sentenza 98/1979: i primi quesiti sulla “questione transessuale” – 2.2. Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale: la sentenza n. 161/1985 – 2.3. L’adeguamento dei caratteri sessuali, da divieto a condizione necessaria – 3. La regola che costruisce l’eccezione: binarismo di genere e corpo trans – 3.1. La situazionalità storica della regola binaria – 3.2. Il genere come performance e i corpi trans come fuori copione – 3.2.1. Dove prima non c’era che una sequela di fatti, nasce il genere – 3.2.2. *Opinio iuris atque necessitatis*: il binarismo di genere – 3.2.3. Le sanzioni: violenza transfobica e patologizzazione – 3.2.4. Abolire il genere significa moltiplicarlo – 4. Conclusioni.

Abstract

L’attivismo trans e non binario italiano ha nel 2020 reso pubblicamente manifesta la richiesta di una completa riforma del diritto in materia di identità di genere, che passi per la piena e completa depatologizzazione dei generi non conformi. Il contributo evidenzia la necessaria connessione tra depatologizzazione e critica al binarismo di genere, interrogando le fonti del diritto italiano più rilevanti in materia.

The depathologization of gender non-conforming identities is a shared common ground for many Italian trans and non-binary collectives, associations, political bodies. Through the critical analysis of the Italian Constitutional case-law on the matter, this article investigates the possible meanings and the necessary conditions of this process.

1. Introduzione

«Una credenza che sia stata conquistata con la luce della ragione e con un esatto esame della realtà è abbastanza elastica per non scandalizzarsi mai. Una credenza ricevuta senza un’analisi seria delle ragioni per cui è stata ricevuta, accettata per tradizione, per pigrizia, per educazione passiva è un conformismo.»¹

* Dottoressa in Giurisprudenza, Università di Bologna. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

¹ A. Moravia in P. P. Pasolini, *Comizi D’Amore*, Roma: Titanus. 1965.

Il tema della depatologizzazione delle identità trans e non binarie² pone grandi sfide al diritto italiano, sinora basato, come si dimostrerà nel corso del lavoro, sul binarismo di genere, con cui si intende il sistema fondato sulla *“naturale configurazione dei corpi in sessi, i quali esistono in una reciproca relazione binaria”*³. Il binarismo assume il corpo cisgender come sua fisiologica regola, relegando l'identità trans a *patologica eccezione*.

L'unico intervento legislativo in materia di identità di genere risale al 1982, e consiste nell'introduzione della procedura di *legal gender recognition* (LGR)⁴. L'applicazione della scarna l. 164/1982 è stata interamente devoluta alla giurisprudenza, che si è trovata non solo ad interpretarla, ma a formulare i principi generali in materia.

Trentotto anni dopo, le persone trans e non binarie chiedono la riforma della sovraccitata legge e un generale ripensamento del diritto interno in materia di *depatologizzazione*.

Il biennio 2019-2020 è particolarmente significativo in questo senso. In risposta al congresso romano dell'European Professional Association for Transgender Health (EPATH)⁵ del 2019 nacque DE-path, *“spazio di informazione, scambio, discussione e organizzazione sulla salute trans tra e per per-*

- 2 Pur trattandosi di aspetti largamente noti, è opportuna qualche premessa terminologica. L'identità di genere di ciascuna persona esprime il suo riconoscersi come uomo, donna, entrambe le cose, nessuna delle tre. Si riferisce all'*inner being*, l'essenza interiore di ogni persona umana. Non coincide con l'orientamento sessuale, che invece è manifestazione della propria preferenza sessuale. Mentre l'identità di genere ha a che fare con *chi sono*, l'orientamento sessuale indica *chi mi piace* (o la mancanza di attrazione sessuale, nel caso dell'asessualità). L'identità di genere è diversa dall'espressione di genere o presentazione di genere, che indica comportamenti messi in atto per comunicare (o nascondere) al mondo circostante la propria identità di genere. Indossare una gonna, ad esempio, è tradizionalmente indice di femminilità. Transgender o trans o trans* è un termine ombrello, che ricomprende in sé varie soggettività. *«Non c'è un unico modo di essere transgender»*. Le persone transessuali – donne trans o MtF (male to female) e uomini trans / FtM (female to male) – sono soggetti il cui sesso assegnato alla nascita non corrisponde all'identità di genere. Per indicare questa discrepanza, si impiega l'acronimo AFAB (*“assigned female at birth”*) per gli uomini trans, e AMAB (*“assigned male at birth”*) per le donne trans. L'identità di genere, tuttavia è un continuum, uno spettro: molti soggetti si posizionano in modo diverso rispetto ai due poli m/f. Esistono persone non binarie e persone non conformi: anche questi sono due termini ombrello, che racchiudono in sé una grande varietà di identità di genere, accomunate dall'esplicita contrapposizione alle identità di genere binarie. Il presente contributo si riferisce in modo generale alle persone trans, non binarie e non conformi, senza alcuna pretesa di esaustività. Bisognerà, a riguardo, tenere in considerazione due elementi: il primo, è che le identità di genere sono molteplici e varie, e non è possibile né utile associare ad ogni specifica *“etichetta”* una serie predeterminata di comportamenti, di modificazioni corporee, di espressioni; il secondo è che le esperienze trans e non binarie sono sempre, in qualche modo non conformi, come verrà ampiamente dimostrato. Cfr. L. Erickson-Schroth, *Trans Bodies, Trans Selves.*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2014, p. 20.
- 3 J. Butler, *Atti performativi e costituzione di genere: saggio di fenomenologia e teoria femminista*. in F. Arfini & C. Lo Iacono (a cura di), *Canone inverso. Antologia di teoria queer*. Pisa, 2012, p. 85.
- 4 La *legal gender recognition* è l'istituto giuridico di diritto pubblico che consente il riconoscimento legale dell'identità di genere del soggetto, modificandone il sesso e il nome registrati all'anagrafe al momento della nascita. Cfr. *The state decides who I am: lack of gender recognition for transgender people in Europe*, Amnesty International, 2014 in <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR01/001/2014/en/> (consultato 07.06.20); Commissioner of Human Rights, *Human Rights and Gender Identity*, Council of Europe, 2009 in <https://rm.coe.int/16806da753> (consultato 07.06.20); R. Kohler, A. Recher & J. Ehrh, *Legal gender recognition in Europe: toolkit*. TGEU, 2013; in https://tgeu.org/toolkit_legal_gender_recognition_in_europe/ (consultato il 7 giugno 2020).
- 5 La terza conferenza biennale di EPATH si è svolta tra l'11 e il 13 aprile 2019 a Roma. Il titolo della conferenza era *“Inside Matters”*.

sone trans, non binarie e di genere non conforme”, con il preciso obiettivo di “ripolitizzare la questione dell’accesso alla salute e ai servizi legati alla «transizione» in un’ottica di depatologizzazione, autodeterminazione e (sic.) empowerment⁶”. Questo spazio si è allargato quando, tra il 29 febbraio e il 1 marzo, DePATH e altri collettivi e associazioni trans, non binarie ed intersessuali si sono sedute attorno a “Transvisioni”, tavolo che ha come obiettivo “elaborare proposte politiche in favore delle persone e delle identità trans, non-binary e intersex⁷”.

Segnali importanti di questa convergenza provengono anche dal più antico movimento politico trans italiano, il Movimento per l’Identità Transessuale (MIT), che svolse un ruolo centrale nella lotta per l’approvazione della l. 164/1982⁸. Il MIT ha lanciato a febbraio una piattaforma per “l’autodeterminazione delle persone trans nell’affermazione di genere⁹”, constatando l’inadeguatezza del sistema normativo italiano e chiedendo che le persone trans e di genere non conforme siano finalmente «interlocutrici della comunità scientifica dalla quale pretendono ascolto dei propri bisogni in un’ottica di autodeterminazione e della piena depatologizzazione¹⁰”.

Questo fronte compatto chiede molto al diritto¹¹. La traduzione giuridica del concetto di *piena depatologizzazione* delle soggettività trans, non binarie e non conformi è una questione ancora da affrontare.

Partendo dai suoi significati correnti, *depatologizzazione* è un termine medico che indica l’eliminazione di una condizione patologica dalla categoria diagnostica di riferimento. Fu un processo

6 Il termine *empoweramento* deriva dall’inglese *empowering*, termine ampiamente utilizzato dai movimenti LGBTQAI+ e femministi nel mondo. Cfr. Consultoria Transfemminista Queer Bologna, *DEpath OFF – Roma 13-14 aprile 2019*, 11 aprile 2019, in <https://consultoriaqueerbologna.noblogs.org/post/2019/04/11/de-path-roma-13-14-aprile-2019/> (consultato il 7 giugno 2020).

7 Un significativo antecedente di Transvisioni è stata l’assemblea romana del 23 novembre 2019 «Le persone trans prendono la parola». Non è una coincidenza il fatto che il giorno prima, sempre a Roma, si era tenuta la Trans Freedom March. Non a caso, in quelle stesse giornate Non Una Di Meno (NUDM), movimento transfemminista italiano, si è radunato proprio a Roma per la Giornata contro la violenza maschile e di genere. Cfr. D. Chironi, *Generations in the Feminist and LGBT Movements in Italy: The Case of Non Una Di Meno in American Behavioral Scientist*, 63(10), 2019, pp. 1469–1496.

8 Il 4 luglio 1979 quindici donne trans entrarono a seno nudo in una piscina pubblica milanese: vennero arrestate dopo poco, nonostante i loro documenti anagrafici, ancora al maschile, legittimassero astrattamente la loro parziale nudità. Fu la c.d. “rivolta delle piscine” principio di una stagione di rivolta trans, guidata dal MIT, che portò infine all’approvazione della l. 164/1982. Cfr. D. Nardacchione, *Transessualismo e Transgender. Superando gli stereotipi*, Milano, Il dito e la luna, 2000.

9 MIT, “Una proposta di piattaforma per la riforma della legge 164/1982” Mit Italia, 13 febbraio 2020, in <https://mit-italia.it/una-proposta-di-piattaforma-per-la-riforma-della-legge-164-82/> (consultato 1 giugno 2020).

10 Il 30 aprile il Movimento ha reso pubblica la decisione di uscire dall’Osservatorio Nazionale sull’Identità di Genere (ONIG), per mezzo di un comunicato stampa. Fondato nel 1998, l’ONIG è l’associazione che diffonde e valuta i protocolli medici in materia di identità trans. La sua voce è influente anche nell’ambito del diritto, coerentemente con gli scopi dell’associazione. La diagnosi medica e la procedura di rettifica anagrafica, infatti, sono indissolubilmente connesse: la prima è per legge necessaria all’ottenimento della seconda. Cfr. MIT, *Il MIT lascia l’ONIG. “Siamo pronte a trovare nuovi percorsi per tutelare la salute e il benessere trans in dialogo con tutte e tutti”*, in <https://mit-italia.it/il-mit-lascia-lonig-siamo-pronte-a-trovare-nuovi-percorsi-per-tutelare-la-salute-e-il-benessere-trans-in-dialogo-con-tutte-e-tutti/> (consultato 1 giugno 2020)

11 Il requisito non è specificato nel testo della legge, ma la diagnosi è *de facto* l’unico modo di accedere alla transizione medica, sia per le terapie ormonali che per i vari possibili interventi chirurgici di affermazione del genere in Italia: il suo ruolo nel diritto deriva dal compito che ha la giurisprudenza, cioè quello di verificare o autorizzare le «modificazioni dei caratteri sessuali», riferendosi dunque alla perizia tecnica o alla verifica della sussistenza di una conferma da parte della scienza che effettua tali modificazioni, cioè la medicina. Cfr. A. Lorenzetti, *Diritti in transito: la condizione giuridica delle persone transessuali*. Milano, Franco Angeli, 2013, pp. 49-94.

di *depatologizzazione* lungo trent'anni a portare alla derubricazione dell'omosessualità dai principali manuali psichiatrici¹², per fare un esempio. Fino al 1990, infatti, la validità delle c.d. *terapie riparative* (prescritte per "curare" le pulsioni omosessuali) era ufficialmente riconosciuta dalla comunità medico-scientifica¹³, e lecitamente praticate. Le comunità LGBTQIA+ guidarono la depatologizzazione medica, giuridica, sessuale, sociale e politica dell'omosessualità, le cui conseguenze non hanno finito di manifestarsi. Le terapie riparative, pur se ufficialmente prive di riconoscimento scientifico, vengono ancora oggi somministrate in varie parti del mondo¹⁴.

Il processo di depatologizzazione che interessa le soggettività trans, non binarie e non conformi trova già un avvio negli Anni Novanta, negli Stati Uniti¹⁵. Nel 2018, invece, fu disposta l'eliminazione della voce "*disturbo dell'identità di genere*" dai due principali manuali diagnostici psichiatrici. Una parte della comunità psichiatrica qualificò questo fatto come *depatologizzazione*. Il *disturbo dell'identità di genere* è in effetti scomparso, ma si sono anche aggiunte la *disforia*¹⁶ e l'*incongruenza di genere*¹⁷, voci riferite alle identità di genere non binarie e trans. Una parte della comunità scientifica sostiene che una vera e propria *depatologizzazione* implichi la completa eliminazione di ogni riferimento alla non conformità di genere, che sia un vero e proprio *disturbo* o una più lieve *incongruenza / disforia*¹⁸.

Rivendicato dalle soggettività interessate, la *depatologizzazione* delle identità di genere non conformi è un processo che interessa la scienza psichiatrica e la medicina, la politica, la comunicazione. Il dibattito, invariabilmente, si apre con alcune domande preliminari: cos'è la *depatologizzazione* e in che modo interessa molte identità di genere? Quali i sono i requisiti essenziali per iniziare un simile processo? È regolabile, e in quali modalità? La presente trattazione muove da e verso queste domande, che pone innanzitutto al diritto interno.

Le tre pronunce costituzionali che saranno analizzate nel corso del lavoro permetteranno di ricostruire le tappe fondamentali della storia del diritto all'identità di genere italiano, e dimostrando una comprensione dell'esperienza trans in termini *strutturalmente* patologici: il requisito essenziale della rettifica anagrafica è, ad oggi, una diagnosi di disforia di genere. Questo vuol dire che nessun soggetto trans, non binario o non conforme può ottenere la rettifica anagrafica senza essersi sottoposto ad un processo diagnostico, che consiste nella rilevazione di sintomi che qualificano la sua identità di genere come una patologia.

12 I due principali manuali diagnostici impiegati in psichiatria sono l'*International Classification of Diseases* (ICD), della World Health Organization (WHO) e il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), dell'American Psychiatric Association (APA). La completa depatologizzazione dell'omosessualità avvenne nel 1992, con l'eliminazione della voce dalla decima versione dell'ICD. L'APA, invece, eliminò l'omosessualità dal DSM nel 1973, mantenendo fino al 1987 (DSM-III-R) la variante "egodistonica", cioè la mancata accettazione dell'omosessualità dell'individuo. Anche in questo caso, uno dei maggiori argomenti per la patologizzazione era rintracciato nel disagio psichico sofferto dalle persone omosessuali. Cfr. Castro-Peraza & al., *Gender Identity: The Human Right of Depathologization* in *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2013, p. 3.

13 Cfr. J. D'Emilio, *Sexual Politics, Sexual Communities*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 269.

14 *Ibidem*.

15 J. Butler, *Gender Trouble*. New York-London, Routledge, 1990, pp. 77 e ss.

16 American Psychiatric Association, 2013. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-5*. Arlington, VA: American Psychiatric Association.

17 World Health Organization, 2018. *International classification of diseases for mortality and morbidity statistics* (11th Revision).

18 S. Sennott, *Non-Conformity, Gender Disorder as Gender Oppression: A Transfeminist Approach to Rethinking the Pathologization of Gender in Women & Therapy* (34), 2011, pp. 105; Castro-Peraza & al., op. cit., pp. 3 e ss.; E. Inch, *Changing Minds: The Psycho-Pathologization of Trans People* in *International Journal of Mental Health*, 2016, p. 195.

Il diritto interno connota le persone trans e non binarie in questi termini per ragioni che vengono chiarite nella seconda e ultima sezione di questo contributo, che ha lo scopo di evidenziare la necessaria connessione tra la *depatologizzazione* delle identità trans, non binarie e non conformi e la critica al c.d. binarismo di genere. Annodando gli aspetti salienti della critica al genere teorizzata da Judith Butler agli elementi essenziali che compongono la *consuetudine* giuridica, sarà possibile intravedere nuove strade per il diritto, che tengano adeguatamente conto non solo della situazionalità storica e della oppressività di tale regola, ma anche della sua intrinseca fallibilità¹⁹.

2. La persona trans nella giurisprudenza costituzionale

Sulle vicende che portarono all'approvazione della l. 164/1982 si tornerà a breve: basti sapere, per il momento, che si tratta di un testo di legge scarno e disomogeneo, frutto di una soluzione di compromesso. Sia prima che dopo il 1982, inoltre, le questioni sostanziali circa il riconoscimento giuridico delle persone trans sono state demandate alla sede interpretativa.

Le sentenze costituzionali analizzate segnano tre passaggi significativi di questa storia: prima dell'approvazione della l. 164/1982²⁰, dopo la sua entrata in vigore²¹ e trent'anni dopo, nel 2015²². Tralasciando qualche tappa dell'evoluzione interpretativa sul tema, la selezione operata è necessaria e sufficiente a rappresentare la progressiva evoluzione della procedura di *legal gender recognition* nostrana, senza perdere il focus della trattazione – la raffigurazione del corpo e della mente della persona trans, e il suo legame con il binarismo sessuale.

È necessario sottolineare, inoltre, che la *depatologizzazione* è un tema molto vasto, che include ogni aspetto della vita della persona trans²³, non solo il suo riconoscimento giuridico. Il diritto italiano, tuttavia, si concentra unicamente su questo aspetto – che resta per questo motivo il centro della presente trattazione.

2.1. La sentenza 98/1979: i primi quesiti sulla “questione transessuale”

La prima pronuncia sul tema risale al 1979. Al tempo la legge vietava la sottoposizione all'intervento chirurgico di riattribuzione sessuale. Il divieto era posto dall'Art. 5 del codice civile italiano, che vietava la libera disposizione del proprio corpo nel caso in cui l'atto implicasse una permanente diminuzione dell'integrità fisica del soggetto. L'intervento, infatti, comportava la perdita della capacità procreativa: chi lo eseguiva commetteva reato ex Art. 583 c.p.²⁴.

Le transizioni²⁵ continuavano ad avvenire: chi se lo poteva permettere attraversava i confini na-

¹⁹ J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 75-101.

²⁰ Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98.

²¹ Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, n. 161.

²² Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221.

²³ Cfr. Castro-Peraza & al., *cit.*, p. 8.

²⁴ L'Art. 583 c.p. puniva le lesioni personali gravissime, in questo caso intese come *sterilizzazione*.

²⁵ Si parla di transizione per indicare ogni percorso di affermazione dell'identità di genere che consiste nella modificazione del corpo e/o dei comportamenti, allo scopo di trovare un'armonia tra la propria espressione e identità di genere. È un'esperienza potenzialmente diversa per ogni persona trans, perché può potenzialmente coinvolgere ogni aspetto della

zionali, e si sottoponeva all'intervento dove era legalmente concesso: negli USA, per esempio, oppure in Marocco. Una volta tornate in Italia, queste persone vivevano la propria dimensione sociale nel genere di elezione, continuando ad essere giuridicamente identificabili da un nome e un sesso caduti ormai in disuso. La questione dei documenti identificativi non comportava (e non comporta) disagi meramente logistici: la vita quotidiana di una persona trans non legalmente riconosciuta la pone nella difficile situazione di dover divulgare la propria identità di genere ogni volta che è tenuta ad esibirla. Trovare un lavoro, iscriversi a scuola, firmare un contratto, accedere a misure di *welfare* significa rivelare forzatamente un aspetto della propria intimità che espone a violenze e discriminazioni²⁶.

Nel caso del giudizio *a quo* la parte attrice, dopo essersi sottoposta all'intervento di riattribuzione genitale a Casablanca, chiese la rettifica anagrafica del sesso e del nome all'Ufficiale di Stato livornese. Poiché la legge non contemplava una simile ipotesi, l'Ufficiale respinse la domanda. Il tribunale di Livorno, trovandosi a decidere sulla legittimità di tale rifiuto, dubitò della sua costituzionalità. Sosteneva infatti che la mancata rettifica anagrafica violasse il "diritto all'identità sessuale"²⁷ della parte attrice, annoverabile tra i diritti della personalità protetti dall'Art. 2 Cost.

La Corte costituzionale, tuttavia, reputò questo dubbio infondato, negò l'esistenza di un diritto all'identità sessuale e affermò che il numero dei diritti inviolabili protetti dall'Art. 2 Cost. fosse chiuso²⁸, non estendibile per interpretazione giurisprudenziale. La previsione di legge che vietava l'intervento di riattribuzione genitale, inoltre, esprimeva una preoccupazione legittima secondo la

persona, a partire dal suo nome e dai pronomi che si riferiscono alla propria identità. In inglese, ad esempio, alcune persone trans decidono di utilizzare il pronome "they" piuttosto che il maschile e il femminile. La lingua italiana non ha ancora elaborato una soluzione comparabile. I cambiamenti possono anche essere fisici: i più radicali sono pratiche mediche come terapie ormonali o interventi chirurgici. Non si tratta semplicemente di modificare i caratteri più marcatamente sessuali con l'intervento di riassegnazione sessuale o eventuali mastoplastiche o mastectomie: molte persone modellano altre parti del corpo, per femminilizzarle o mascolinizzarle. La transizione non è sempre medicalizzata: si pensi all'elettrolisi per la rimozione di peli facciali o corporei, oppure al *tucking*, al *packing* e al *binding*, tecniche impiegate per far apparire più o meno visibili o più nascoste il petto o i genitali, o ancora, al *cross-dressing* e al *drag*, quest'ultima forma di espressione artistica che alcune persone impiegano nella vita quotidiana. Quando una persona trans decide di tornare sui suoi passi, si parla di *detransizione*. Nel caso in cui si siano eseguite terapie o interventi non totalmente reversibili questo non è pienamente possibile. Si tratta di una percentuale piuttosto esigua di soggetti. Alcuni lo scelgono perché non si trovano a proprio agio, altri invece per motivazioni più logistiche – ad esempio, per difficoltà nel seguire determinate terapie, o perché la vita durante o dopo la transizione si dimostra intollerabile. La questione della de-transizione è particolarmente esposta come prova della "perversione" implicata nel transgenderismo: questo rivela lo scontro tra una concezione del genere come categoria immutabile o, in quanto fissata dall'individuo, e quindi passibile di mutamento. La presunzione che tutti siano *cisgender* a meno che non manifestino espressamente il contrario, è una rappresentazione transfobica del mondo, dove per transfobia si intende non un solo un sentimento di odio nei confronti delle persone trans, ma soprattutto il pervasivo doppio standard che afferma la validità dei corpi, delle esperienze, dell'identità cis e considera al contrario illegittime, inautentiche, sospette le persone trans. Non esiste alcun test che possa dimostrare "contro ogni ragionevole dubbio" l'identità di genere di una persona, e neppure l'opportunità e le modalità della sua transizione. Cfr. L. Erickson-Schroth, *op. cit.*, pp. 124-142; A. Lorenzetti, *cit.*, p. 32.

26 R. Kohler & J. Ehrh, *Legal Gender Recognition: Toolkit*. TGEU in https://tgeu.org/toolkit_legal_gender_recognition_in_europe/ (consultato l'8 luglio 2020).

27 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98, § 2.

28 La decisione sollevò critiche decise da parte della dottrina. L'orientamento contraddiceva una parte della giurisprudenza di merito (tra cui lo stesso giudice *a quo*) che aveva iniziato ad utilizzare gli artt. 2, 3 e 32 Cost. in "funzione adeguatrice". Cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione – concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 58. Si veda anche M. Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali* in *Giurisprudenza Italiana*, 1981, p. 27 ss.

Corte, cioè la tutela della famiglia, formazione sociale di alto rango costituzionale²⁹.

Addentrando nel vivo della sentenza, bisogna innanzitutto soffermarsi sul *petitum* della parte attrice, cioè «*di sentir dichiarare che, contrariamente alle risultanze del registro degli atti di nascita, nel quale egli era iscritto come persona di sesso maschile, esso attore era appartenente al sesso femminile; con conseguente ordine all'ufficiale di stato civile di Livorno di provvedere alle rettificazioni occorrenti*»³⁰. La parte fondava la sua pretesa sulla sua intima convinzione di essere una donna (elemento soggettivo), e sulla sua transizione (elemento oggettivo), che consisteva nella prova dell'avvenuta operazione e del fatto che viveva e si relazionava con il resto della società in un ruolo di genere femminile.

Il giudice *a quo* ragionò sul caso a partire dalla normativa vigente in materia di rettifica anagrafica³¹. La modifica *ex post* dei dati personali registrati all'Anagrafe³² era ammessa nel caso di errore materiale del denunziante o dell'Ufficiale preposto alla trascrizione delle nascite³³. Da questa fattispecie il tribunale di Livorno derivava il principio di necessaria corrispondenza tra il sesso legale e il sesso "reale" del soggetto. Questo principio, tuttavia, restava difficilmente applicabile al caso di specie: qual è infatti, il sesso "reale" della persona trans? Il giudice *a quo* dispose una consulenza medica per rispondere a questa domanda, nella quale si concluse che prima dell'operazione Lubrano possedeva «*tutti gli attributi somatici del sesso maschile*»³⁴. Il medico perito raggiunse questa conclusione esaminando con accuratezza ogni segno della sessuazione biologica, dal patrimonio cromosomico alla «*robusta costituzione scheletrica*»³⁵, alle «*minute tracce cicatriziali puntiformi riferibili a depilazione, con accenno di residua peluria al labbro superiore*»³⁶. Riscontrò, inoltre, la presenza di attributi femminili, che tuttavia risultavano "artificiali": Lubrano di Scampamorte possedeva una "*pseudo vagina*", così definita perché non abbinata ad un utero³⁷ e plasmata da un intervento; il seno cresceva per

29 La protezione delle istituzioni matrimoniali e familiari è un argomento ricorrente nel ragionamento giurisprudenziale sul tema. La dottrina comparò la decisione italiana a quella del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, risalente a un anno prima, in cui si era riconosciuto il diritto in capo al singolo di ottenere la corrispondenza tra il suo *status* giuridico e il sesso di appartenenza, considerato come insieme di fattori fisici e psichici. Cfr. BVerfG, sentenza dell'11 ottobre 1978, in *Foro italiano*, 1979, p. 273. La corte tedesca era giunta ad una simile ricostruzione a partire dalle disposizioni costituzionali che sancivano la tutela della dignità umana e dello sviluppo della personalità. Al di là delle differenze ordinamentali, i commentatori italiani sottolinearono come entrambi i casi attinevano alla tutela della personalità umana, ma che solo il *Bundesverfassungsgericht* l'aveva effettivamente riconosciuta. Cfr. S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo* in *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1979, p. 1194.

30 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98, secondo capoverso del *ritenuto in fatto*.

31 Registro anagrafico.

32 Artt. 165 e 167, r.d. n. 1238/1939.

33 L'interpretazione concedeva al massimo l'eventualità di un errore sopravvenuto: quando, cioè, qualche elemento – genetico, anatomico – segnalava che l'accertamento effettuato al momento della nascita non corrispondeva alla realtà. Questo è riportato da P. Stanzione, *Transessualità*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 880. Per quanto non contemplasse la possibilità di una volontaria femminilizzazione o mascolinizzazione del corpo, si nota che "è sufficiente un'attenta lettura di questa casistica per comprendere come essa già mettesse in crisi l'inamovibilità della distinzione tra maschi e femmine, operata alla nascita" P. Veronesi, *cit.*, p. 55.

34 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, quarto capoverso del *ritenuto in fatto*.

35 *Id.*

36 *Id.*

37 "Per ciò che attiene agli organi genitali, si ebbe a rilevare che l'attio operatoria (praticato nel 1970) aveva comportato la trasformazione dei genitali esterni mediante asportazione dei testicoli e la costituzione di una pseudo vagina, previa rimozione dei corpi cavernosi del

via dell'assunzione di ormoni femminilizzanti; l'assenza di peluria era merito della depilazione, che lasciava tante piccole cicatrici.

Dal punto di vista psichico, infine, il soggetto era *affetto* da transessualismo, condizione psichiatrica che implicava il rifiuto del suo corpo maschile, e il conseguente desiderio di modificarlo. La descrizione fornita della sindrome transessuale insisteva sul forte disgusto della parte attrice verso i suoi organi genitali per come apparivano prima dell'operazione e sulla sua intima convinzione di appartenere al genere femminile, espressa per mezzo di una personalità "*affettivamente coartata, immatura, labile, ansiosa ma conformizzata al ruolo culturale femminile*³⁸".

Il medico, insomma, fornì dati già dichiarati dalla parte attrice a fondamento della sua richiesta: Lubrano di Scampamorte, *maschio* alla nascita, aveva femminilizzato il proprio corpo con l'ausilio di tecnologie mediche, mossa dalla percezione di sé come *donna*: che nessun medico, genitore od Ufficiale si fosse sbagliato il giorno della sua nascita³⁹ era già evidente. Il dubbio iniziale resta invece irrisolto: qual è il sesso *reale* della persona transessuale? È più *reale* che un soggetto con fattezze femminili esibisca dei documenti indicanti l'appartenenza al genere maschile, o che una donna sia tale perché sceglie di modificare il suo corpo, originariamente differente? Lubrano di Scampamorte, e con lei tante altre donne transessuali, erano visibili ai giudici stessi in quanto *femmine*, o, quantomeno, in quanto *non-maschi*.

Come la consulenza tecnica confermava, tuttavia, era impossibile radicare la femminilità di questi soggetti a qualsivoglia elemento biologico o anatomico preesistente alla transizione. È questo il motivo per cui fu radicata la femminilità nella psiche del soggetto, in un'accezione intrinsecamente *patologica*: il tribunale di Livorno, in altre parole, non riteneva che la parte attrice dovesse ottenere la rettifica anagrafica in quanto *donna trans*, ma in quanto *uomo* affetto da *sindrome transessuale*, un disturbo psichiatrico che le causava indicibili sofferenze e che come tale doveva essere guarito.

La Corte costituzionale respinse la domanda, e affermò che "*far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario*⁴⁰" non fosse in alcun modo annoverabile tra i diritti inviolabili protetti dall'Art. 2 Cost., definito "*fattispecie chiusa*⁴¹". La parte attrice, infatti, si trovava in una situazione esplicitamente vietata dall'ordinamento giuridico italiano, e il fatto non era perseguibile come reato solo per una questione di confini.

Il divieto legislativo, inoltre, fu considerato adeguatamente motivato dal fatto che la "condizione

pene, in grado di consentire la copula, mentre non v'è traccia di alcun organo o formazione che ricordi l'utero". Il termine "*pseudo-vagina*" allude all'inautenticità dell'organo genitale, non solo costruito chirurgicamente, ma anche non abbinato ad un utero funzionante. In quest'ottica, la mancanza di capacità riproduttiva prova l'inesistenza di una caratteristica biologica femminile fondamentale, mentre il fatto che l'atto sessuale consumato tra il soggetto e terzi non avesse come possibile conseguenza la riproduzione sembrava inficiare, nelle parole del medico, la "verità" e la "completezza" dell'atto stesso.

38 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, ottavo capoverso del *ritenuto in fatto*.

39 Una parte della giurisprudenza di merito aveva iniziato ad interpretare in funzione adeguatrice gli artt. 2 e 3 della Costituzione, ammettendo dunque la rettifica. Questo orientamento, tuttavia, era negato categoricamente dai giudici di legittimità, per i quali "*i tratti psichici e somatici erano considerati inscindibili e si negava rilievo alla volontà del soggetto di adeguamento al proprio vissuto dei caratteri sessuali; l'intervento chirurgico si giudicava ammissibile solo in funzione dell'eliminazione di difetti e malformazioni fisici, ostacolo alla chiarezza delle relazioni personali e dei rapporti giuridici*". S. Canestrari & al., *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*. Milano, Giuffrè, 2011, p. 740.

40 Il paradigma della tendenziale tipicità delle situazioni soggettive oggetto di riconoscimento e tutela verrà successivamente abbandonato dalla Corte, che aprirà la fattispecie aperta dell'art. 2. Cfr. S. Canestrari & al., *cit.*, p. 741.

41 La dottrina comparò la decisione italiana a quella del Bundesverfassungsgericht tedesco, risalente a un anno prima, in cui si era riconosciuto il diritto in capo al singolo di ottenere la corrispondenza tra il suo status giuridico e il sesso di appartenenza, considerato come insieme di fattori fisici e psichici

trans" "può suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio, che la Costituzione definisce fondamento della famiglia come società naturale⁴²". La dottrina⁴³ del tempo notò che "affermare che il sesso costituisce un dato indiscutibile, la cui modifica appare addirittura (e in ogni caso) innaturale è dare corpo alla mera superficie delle cose; è – al contempo – un'assiologia che proviene inevitabilmente dall'alto⁴⁴".

2.2. Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale: la sentenza n. 161/1985

Nel corso degli anni, sempre più soggetti riuscirono ad operarsi all'estero, e iniziarono quindi una vita sociale non corrispondente alla loro identità giuridica⁴⁵. La stagione di mobilitazioni iniziata dalla già citata *rivolta delle piscine*, aumentò moltissimo la visibilità delle persone trans, tanto che non poterono più essere ignorate: così si arrivò alla proposta della l. 164/1982 in Parlamento, e all'approvazione di una versione di compromesso⁴⁶. L'Italia fu il terzo stato europeo a prevedere la possibilità della rettificazione anagrafica in materia di attribuzione di sesso, preceduta solo dalla Svezia (1972) e dalla Germania (nel 1980)⁴⁷.

Il testo di legge prevedeva un procedimento giudiziario in due fasi: la prima era preposta a rimuovere il divieto ex art. 5 c.c., a fronte di una "verifica" della sussistenza della condizione transessuale; la seconda verificava invece l'avvenuta operazione, e dichiarava con sentenza costitutiva l'identità di genere del soggetto richiedente. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di questa procedura, la sentenza 161 del 1985 mutò significativamente l'orientamento costituzionale: fu asserita l'esistenza di un diritto all'identità di genere, confermata la legittimità della legge da poco approvata e venne individuato nell'intervento di riattribuzione genitale un mezzo per "ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche" per raggiungere il benessere psico-fisico e una vita relazionale "quasi normale".

Il giudice *a quo*, la Corte di cassazione, non era dello stesso avviso. Accogliendo i rilievi della Corte di appello di Napoli, infatti, la cassazione riteneva che nel determinare il sesso della parte attrice fosse rilevante "il carattere maschile dei cromosomi, delle gonadi e degli originali organi genitali esterni (sia pure atrofici)⁴⁸". La Suprema Corte, inoltre, negava "la rilevanza della caratterizzazione psichica e comportamentale in senso femminile manifestata dal soggetto fin dalla più tenera età ed all'intervento chirurgico di demolizione dei genitali esterni e ricostruzione di un simulacro di vagina

42 Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, § 2.

43 Sul tema S. Bartole, *ibidem*; M. Dogliotti, *cit.*, p. 29-30.

44 P. Veronesi, *cit.*, p. 55. Molti commenti insistono sulle differenti soluzioni individuate da altri ordinamenti nazionali. Oltre che la corte tedesca, ad esempio R. Moccia, *Problemi del transessualismo nella giurisprudenza francese in Foro italiano*, 1994, p. 315 e ss.

45 A. Lorenzetti, *cit.*, p. 26.

46 La rivolta fu l'inizio di una protesta che coinvolse varie città italiane. L'attenzione mediatica guadagnata dal movimento trans, guidato dal MIT, portò alla discussione della legge in Parlamento, sostenuta dal Partito Radicale. Il modello di ispirazione era quello tedesco, e la discussione ne modificò sensibilmente il testo. M. Izzo, *Tra(n)scritti Politici (My Political Testament) 2000-2007*. Genova, pp. 125-130.

47 A. Lorenzetti, *cit.*, pp. 31-34.

48 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 1 del *ritenuto in fatto*.

cui il medesimo si era sottoposto⁴⁹". I rilievi sono perfettamente in linea con il ragionamento della Corte costituzionale nel 1979: si pensi, ad esempio, al passaggio in cui quest'ultima si riferiva ai genitali della donna trans con il nome di "pseudo-vagina" e al "simulacro di vagina" di cui sopra⁵⁰.

La Suprema Corte temeva che questa "finzione" impattasse sul resto dei consociati. Il cambiamento di sesso, infatti, ha conseguenze non solo sui rapporti sociali, ma sull'età pensionabile, sull'inserimento del soggetto nel sistema carcerario, sulla candidabilità alla leva militare⁵¹.

Un altro ostacolo insormontabile, sempre secondo il giudice *a quo*, era rappresentato dalla pericolosità della persona trans, che inficiava la stabilità di due istituzioni: il matrimonio e la famiglia. Da una parte, ci si riferiva ai vincoli familiari già esistenti, notando che "i mutamenti artificiali di sesso comportano infatti un'inversione del ruolo naturale di uno dei coniugi e, determinando uno squilibrio nella diversità di figure genitoriali necessarie ad un normale svolgimento della vita familiare, consentirebbero a costui di sottrarsi ai suoi fondamentali doveri nei confronti dei figli⁵²". Dall'altra, ci si preoccupava dell'eventualità che la persona trans si sposasse in futuro, contraendo un matrimonio invalido per "mancanza del requisito della diversità di sesso⁵³", che avrebbe pregiudicato gravemente l'interesse del partner, "ingannato da siffatto comportamento⁵⁴".

La Corte costituzionale, nel respingere i rilievi della Cassazione, segnò quella che fu definita "una vera e propria rivoluzione copernicana⁵⁵": il diritto all'identità sessuale fu inteso come espressione del diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost; per la prima volta si riconobbe l'influenza di fattori psicologici e sociali nel concetto di "sesso", fino ad allora inteso in senso biologico⁵⁶. La "salute", bene giuridico "tutelato dall'ordinamento in quanto "complessivo equilibrio psico-fisico dell'individuo in una determinata situazione socio-ambientale⁵⁷", diventò un concetto dinamico, che portò la Corte ad inquadrare il "transessualismo" entro una concezione più in linea con i progressi scientifici sul campo⁵⁸.

Il diritto all'identità sessuale fu inoltre annoverato tra i diritti della personalità di cui all'Art. 2, fattispecie ora aperta, e fu definito "il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità"⁵⁹.

Gli argomenti che sostanziano queste posizioni, tuttavia, sono quasi identici a quelli proposti dal giudice *a quo* del 1979. Così come il tribunale di Livorno aveva auspicato l'intervento dello Stato nella rimozione degli ostacoli al raggiungimento di un benessere che, beninteso, era pur sempre "relativo" o "parziale", fu osservato come la persona trans fosse sola e sofferente, a causa di "un'esigenza incoer-

49 *Ibidem*.

50 L'inautenticità della vagina trans poggia in entrambi i casi sulla presupposta incompletezza di un rapporto sessuale non potenzialmente procreativo: mancando l'utero, manca anche la donna.

51 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 1 del *ritenuto in fatto*

52 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 2 del *ritenuto in fatto*.

53 *Ibidem*.

54 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 2 del *ritenuto in fatto*.

55 P. Veronesi, *cit.*, p. 59.

56 V. Durante, *La salute come diritto della persona* in Zatti & al., *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*. Milano, Giuffrè, p. 589 ss.

57 B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale* in *Rassegna di diritto civile*, p. 466.

58 P. Zatti *et al.*, *cit.*, p. 738 s.; P. Vecchi, *Transessualismo* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, *cit.*, p. 2 ss.; M. Garutti e F. Macioce, *Il diritto all'identità sessuale* in *Rivista di diritto civile*, 1981, p. 280 ss.; R. Nania e P. Ridola, *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 1104.

59 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, § 10.

cibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo “naturale” modo di essere⁶⁰. Essendo la transizione un desiderio «*invincibile*», iniziando “a prezzo di qualsiasi sacrificio⁶¹”, la legge riconosceva una soluzione che pietosamente mitigasse gli “orrori” del transessualismo.

Anche in questo caso, la parte attrice non fu riconosciuta dal diritto in quanto *donna* (tanto che viene citata al maschile in tutto il testo della sentenza), ma in quanto uomo *affetto da sindrome transessuale*⁶².

2.3. L'adeguamento dei caratteri sessuali, da divieto a condizione necessaria

L'ultima tappa di questa analisi risale al 2015. Nel trentennio che separa la promulgazione della l. 164/1982 dalla pronuncia in esame⁶³, le esigenze delle persone trans e non binarie sono profondamente mutate. La legge, al contrario, è rimasta invariata nella sua scarna sostanza (fatta eccezione per la riforma procedurale del 2011)⁶⁴.

La Corte si trovò perciò a chiarire il ruolo giocato dall'intervento di riattribuzione genitale ai fini della procedura di *legal gender recognition*. La sorte dei genitali della persona trans, è bene ricordare, è sempre stata centrale per il nostro legislatore. Prima del 1982, infatti, l'operazione di riattribuzione sessuale era tassativamente vietata. La l. 164/1982 la rese invece praticabile, previa autorizzazione da concedersi al termine della procedura di *legal gender recognition*. Oltre a rettificare i dati anagrafici del soggetto, dunque, la sentenza del giudice autorizza anche l'intervento chirurgico ai caratteri sessuali “primari”.

Alcune persone trans, tuttavia, pur chiedendo la rettifica anagrafica, non si sottopongono all'intervento. La scelta a volte è dettata dalle circostanze (l'età avanzata o condizioni cliniche particolari, che rendono l'intervento troppo pericoloso), altre volte è determinata dalla volontà del soggetto (la transizione⁶⁵, d'altronde, è un processo personalissimo e diversificabile).

Prima del 2015 parte della giurisprudenza riteneva impossibile concedere la rettifica anagrafica a chi non si sottoponeva all'operazione. Secondo alcuni giudici, infatti, modificare i caratteri sessuali primari era condizione strettamente necessaria all'esito favorevole del procedimento. L'argomentazione a principale sostegno di questa tesi era il fatto che l'apparato riproduttivo fosse il

60 *Ivi*.

61 § 3.

62 Sul punto già B. Pezzini, *cit.*, p. 466; V. Durante, *cit.*, p. 589 ss.; M. Garutti e F. Macioce, *cit.*, pp. 280 ss; Nania e P. Ridola, *cit.*, p. 1104.

63 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2015, n. 221.

64 L'unica modifica alla legge dalla sua approvazione è stata apportata dal decreto legislativo n. 150/2011 che ne ha riformato il rito senza apportare cambiamenti sostanziali. Semplicemente, la riforma snellisce in parte la procedura. In particolare, prima di questa data il soggetto doveva procedere con atto di citazione, da notificare all'eventuale coniuge e ai figli, instaurando così un processo che seguiva le regole sul rito ordinario di cognizione: oggi il rito è semplificato. La riforma sopprime il riferimento alla CTU, che era già stato superato dalla pronuncia costituzionale che aveva dato rilevanza alla sfera psicosessuale. Nei fatti resta ancora possibile disporla, se ritenuta necessaria dal giudice. È ancora la sentenza passata in giudicato a disporre la rettifica e autorizzare l'intervento, sentenza che era ed è immediatamente esecutiva, anche se è diventata obbligatoria la notifica al pubblico ministero. Questo fa decorrere il termine breve, accorciando relativamente i tempi. Cfr. A. Lorenzetti, *cit.*, pp. 37-42.

65 Cfr. nota 27.

“centro” della differenza sessuale (maschio/femmina)⁶⁶.

Altri giudici, al contrario, reputavano che in nessun caso il diritto alla rettifica anagrafica potesse essere subordinato all’obbligo di sottoporsi ad un simile intervento⁶⁷. Secondo tale orientamento, la non obbligatorietà dell’intervento sarebbe derivata dall’Art. 3 della l. 164/82⁶⁸, che afferma: “*il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza*”. Da qui si deduceva che l’adeguamento, non sempre «necessario», fosse rimesso alla valutazione del giudice.

Nel giudizio a *quo* del 2015, tuttavia, fu sostenuta l’inapplicabilità di questa interpretazione. Il motivo era storico: il legislatore del 1982 aveva prescritto l’Art. 3 pensando alle persone trans che si erano operate prima dell’entrata in vigore della legge, e che pertanto non avevano più bisogno di alcuna autorizzazione. Il giudizio di necessità del giudice, insomma, non riguardava l’intervento di per sé, ma la sua autorizzazione: non era possibile derivare dalla norma che “*la rettificazione di attribuzione di sesso possa essere ottenuta a prescindere dall’adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì soltanto che possano esservi casi concreti nei quali gli stessi siano già modificati*”⁶⁹.

Il tribunale di Trento faceva discendere l’incostituzionalità della legge n. 164/1982 proprio dall’impossibilità di interpretarla a favore delle persone trans non operate⁷⁰. Nello specifico, la norma sottoposta al vaglio era l’Art. 1, per cui “*la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali*». Come veniva evidenziato, infatti, «*la disposizione censurata, pur riconoscendo il diritto della persona di scegliere la propria identità sessuale, ne subordina l’esercizio alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari da realizzare tramite un doloroso e pericoloso intervento chirurgico. Ciò pregiudicherebbe in modo irreparabile l’esercizio del diritto stesso, finendo con il vanificarlo*”⁷¹.

Un tempo vietata in quanto gravemente lesiva dell’integrità fisica del soggetto, la chirurgia genitale era ora prescritta forzatamente⁷². In sostanziale accordo con la sentenza della cassazione emessa poco prima sul tema⁷³, la Corte costituzionale riconobbe che una simile imposizione equivalesse *de facto* ad una sterilizzazione forzata, e che fosse pertanto inammissibile. Qualificando l’orientamento

66 Così Tribunale di Massa, sentenza dell’11 gennaio 1989, in *Archivio civile.*, 1989, 737; Tribunale di Vicenza, sentenza del 2 agosto 2000, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2001, p. 220; Tribunale di Salerno, sentenza 15 giugno 2010, n. 1387.

67 Tribunale di Roma, sentenza del 18 ottobre 1997, *Diritto & famiglia*, 1998, p. 1033; Tribunale di Roma, sentenza del 14 aprile 2011, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 183; Tribunale di Rovereto, sentenza del 3 maggio 2013, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2013, 12, p. 1116.

68 Art. 3, legge n. 164/1982.

69 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2015, n. 221, § 2.2

70 A. Venturelli, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell’identità sessuale* in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2008, pp. 752 e ss., in cui afferma che l’irreversibilità del mutamento dei propri caratteri sessuali possa essere desunto da altri elementi della transizione, soprattutto quando ricorrere all’intervento significhi esporsi ad un pericolo per la propria salute ed integrità personale. Così anche A. Schuster, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell’ordinamento?* in *La nuova giurisprudenza civile commentata* (3), 2012, pp. 262 e ss.; M. G. Ruo, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale. Nota a Trib. Roma sez. I 11 marzo 2011* in *Famiglia e diritto* (5), 2011, p. 506.

71 Corte costituzionale, sentenza del 20 luglio 2015, n. 221, § 2.2

72 I. D’Andrea, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, 2016, p. 206; L. Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione* in *Giurisprudenza Costituzionale* (6), 2015.

73 Cassazione civile, I sezione, sentenza del 18 luglio 2015, n. 15138.

giurisprudenziale a favore della parte attrice come unica interpretazione costituzionalmente orientata della norma, ne fu dunque salvata la legittimità⁷⁴.

Questa decisione, come le altre, fonda il suo ragionamento su presupposti *patologizzanti*. La “prova” della femminilizzazione o mascolinizzazione del soggetto non è più rintracciabile nei genitali, è vero, ma continua ad essere fornita dalla diagnosi e dalle terapie prescritte: “*d’altra parte, la scelta in ordine ai trattamenti terapeutici e chirurgici da applicare ai casi concreti dovrebbe necessariamente essere demandata sotto il profilo scientifico e, comunque, previo il consenso informato al medico curante, unico soggetto idoneo a valutare le condizioni psicofisiche del soggetto e a predisporre il percorso clinico più adatto*”⁷⁵. Il giudice costituzionale confermò insomma la necessità di bilanciare “*l’interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche*” con il diritto all’identità sessuale della persona trans. Questo bilanciamento imporrebbe un “*ineludibile*” e “*rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo. Rispetto ad esso il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona*”⁷⁶. In altre parole, si afferma che il tribunale deve sempre verificare la definitività della transizione, intesa come la femminilizzazione o mascolinizzazione del proprio corpo, con l’ausilio del personale medico⁷⁷. È un medico, non un giudice (né tantomeno il soggetto) ad avere l’ultima parola nel procedimento italiano di *legal gender recognition*.

3. La regola che costruisce l’eccezione: binarismo di genere e corpo trans

Il silenzio legislativo ha lasciato alla giurisprudenza il gravoso compito di ricavare elementi di primaria importanza, tra cui l’esistenza stessa del diritto all’identità di genere. Questi principi generali sono stati elaborati in riferimento al procedimento di *legal gender recognition*. Non sono previsti altri istituti giuridici, nonostante i diritti delle persone trans si estendano ben al di là del mero riconoscimento dell’identità di genere, e interessino il mondo del lavoro, la salute in senso lato, i rapporti amicali e

⁷⁴ «Ne consegue “la prevalenza della tutela della salute dell’individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico”, sicché l’intervento chirurgico può ritenersi indispensabile nel solo caso di rifiuto da parte dell’interessato della propria morfologia anatomica». L. Ferraro, *cit.*, p. 2054.

⁷⁵ «Si assiste ad un rito civile che, da “fonte autonoma di beni”, può diventare, nella sensibilità dei contemporanei, “fonte autonoma di mali”, una sorta di “pena nel giudizio”, meritata solo in ragione della propria identità sessuale. A causa del “pre-giudizio” che continua a vedere un elemento patologico nella condizione della persona transessuale, il “giudizio” predisposto dalla legge, in virtù del quale si dovrebbe rinnovare la relazione di riconoscimento tra l’ordinamento e la singola persona, rischia di venire turbato dalla “medicalizzazione” delle procedure e dall’intervento del consulente-medico: al solo CTU rischia di essere rimesso l’accertamento sulla “sufficienza”, sulla “completezza” e sulla “definitività” del processo di transizione». I. D’Andrea, *cit.*, p. 209.

⁷⁶ Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221 § 4.1.

⁷⁷ C. Angelini, *La rettificazione del sesso alla luce della recente giurisprudenza dei giudici di legittimità (nota a Cass. 15138/2015)*, in *Famiglia* (1), 2016, pp. 147-159, solleva alcune «perplexità circa il forte ruolo attribuito al giudice, cos. come circa la ricostruzione del giudizio di bilanciamento fra interesse pubblico e diritti della persona costituzionalmente garantiti». È su queste riserve che si fonda l’interpretazione del ruolo del giudice proposto da Anna Lorenzetti, la cui autorizzazione non è volta a bilanciare il pubblico interesse con il diritto della persona trans, quanto piuttosto a verificare l’effettiva consapevolezza del soggetto nel compiere questa scelta. Cfr. A. Lorenzetti, *cit.*, p. 57 e ss.

familiari, ogni aspetto della vita pubblica e privata⁷⁸.

Si è inoltre potuto notare come l'istituto italiano di *legal gender recognition* sia stato concepito su presupposti *patologizzanti*. I ragionamenti giurisprudenziali a favore della parte attrice, infatti, hanno sempre considerato l'identità di genere trans *patologica*: questo è rilevabile sia nelle ipotesi del tribunale di Livorno che nel ragionamento che ha rimosso ufficialmente il requisito della sterilizzazione forzata, trentuno anni dopo.

Come dare impulso alla "piena depatologizzazione", dunque, in un simile contesto?

Si pensi alla preoccupazione della Corte di Cassazione, che nel 1985 paventava il turbamento che la rettifica anagrafica del soggetto trans avrebbe causato al sistema della leva militare, a quello previdenziale e all'istituzione penitenziaria⁷⁹. Nel 2020 la leva non è più obbligatoria, ma l'esercito non arruola persone trans⁸⁰; la pensione arriva ad età diverse per lavoratrici e lavoratori; esistono strutture carcerarie solo maschili o femminili⁸¹. Le remore della Suprema Corte erano fondate. Le persone trans esistono davanti alla legge, ma questo ha solo sottolineato la loro scomoda posizione rispetto al sistema giuridico, medico, politico e sociale: non c'è posto per loro. Le carceri, i tribunali, i luoghi di lavoro, persino le case sono contesti costruiti sulla base di una regola comune, la differenza sessuale maschio/femmina, che non contempla l'esistenza delle persone trans e non binarie.

Una prospettiva *depatologizzante* si muove da questa constatazione, ma con un intento radicalmente diverso. Se riconoscere l'esistenza delle persone trans, fatto empiricamente provato e costituzionalmente protetto, mette così profondamente in crisi un criterio alla base di tante istituzioni fondamentali della società italiana, è necessario esaminare la legittimità e adeguatezza del criterio stesso.

Questa sezione critica la concezione della *differenza sessuale* come "*naturale configurazione dei corpi in sessi, i quali esistono in una reciproca relazione binaria*"⁸².

Il rifiuto del binarismo di genere poggia su due argomenti: la totale disgiunzione dei due sessi, lungi dall'essere *naturale*, è una credenza derivata da una precisa teoria epistemologica, formulata in un periodo storico relativamente recente (il XVII secolo) e in un dato luogo (l'Occidente)⁸³. Questo primo fatto conduce al secondo: il *binarismo di genere*, è una regola oppressiva, ma sovvertibile⁸⁴. Per immaginarlo si legheranno insieme la concezione del genere nella teoria di Butler e la consuetudine giuridica nella teoria delle fonti del diritto.

78 Non esiste ad oggi un corpo normativo vincolante che garantisca i diritti delle minoranze sessuali a livello internazionale: gli abusi e le violenze che subiscono, tuttavia, sono dirette violazioni dei loro diritti umani. Questo è già dimostrato dai c.d. Principi di Yogyakarta (YP), redatti nel 2009 da una commissione internazionale di giuristi insieme a 29 esperti internazionali in materia di diritti umani. Cfr. International Commission of Jurists (ICJ), *Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, in <https://yogyakartaprinciples.org> (consultato 05.07.2020).

79 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985.

80 La leva militare è stata ufficialmente abolita con la l. 331/2000, anno in cui si è aperto l'arruolamento volontario femminile. Il "disturbo dell'identità di genere", invece, è una voce nell'elenco delle "imperfezioni e infermità" che comportano la non idoneità al servizio militare ex art. 582 del DPR 90/2010.

81 Cfr. Associazione Antigone, *Galere d'Italia: dodicesimo rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, Modena, p. 28.

82 J. Butler, 1988. cit., pp. 77-78.

83 L. Nicholson e S. Seidman, *Social postmodernism: beyond identity politics*. Cambridge, 1995, pp. 39-65.

84 J. Butler, 1990, cit., pp. 77 e ss.

3.1. La situazionalità storica della regola binaria

Per arrivare ad affermare la situazionalità storica del binarismo di genere, è necessario comprenderne più a fondo il significato. È ancora una volta la giurisprudenza costituzionale a fornire ottimi esempi: torniamo al 1979, quando il corpo di Lubrano di Scampamorte veniva scandagliato alla ricerca dei segni identificativi del suo *vero* sesso. I risultati dell'indagine erano tanto ovvi quanto paradossali: Lubrano è nata maschio, quindi non è femmina. La logica che fonda questo ragionamento è strettamente *binaria*: si è maschio o si è femmina, non vi è possibile coesistenza tra i due elementi se non su un piano apparente (e dunque, Lubrano è *in realtà* un maschio, ma *sembra* una femmina).

Il binarismo di genere intende il corpo come il *luogo* e la *fonte* della sessuazione. Il corpo, quindi, è la prova e testimonianza della natura del "sé" che lo abita. In parole più semplici, si è uomini perché si ha un corpo maschile, e si è donne perché si ha un corpo femminile: la fonte della propria esistenza in quanto donna risiede nei segni biologici femminili.

Questa concezione della differenza tra i sessi è storicamente radicata nelle moderne società occidentali. Nel diciassettesimo secolo le società europee iniziarono a concepire le persone come 'materia in movimento', esseri distinguibili gli uni dagli altri sulla base delle coordinate spazio-temporali in cui sono situati⁸⁵. L'affermazione di una metafisica materialista, che tendeva a comprendere la "natura delle cose" a partire dalla loro configurazione materiale, portò ad una graduale centralità delle caratteristiche fisiche e materiali del corpo: l'idea era che il corpo fosse la fonte della conoscenza del "sé", del soggetto. Nel diciottesimo secolo, poi, le scienze iniziarono a studiare la costante interazione tra ambiente ed esseri viventi, osservando come questi elementi influissero reciprocamente gli uni sugli altri. Si concluse che non solo le abitudini quotidiane, ma anche le coordinate spaziali, temporali e sociali avevano un forte impatto sulla vita delle persone: vi era, dunque, un'interrelazione tra il corporale e il culturale⁸⁶.

Furono questi gli elementi da cui il corpo iniziò ad essere considerato la fonte della differenza tra vari gruppi di esseri umani. Il miglior esempio di questo processo è l'affermazione del concetto di razza: anche prima del diciottesimo secolo le differenze fisiche tra gruppi etnici diversi erano state impiegate per giustificare la messa in schiavitù, ma in questo periodo il ruolo dell'anatomia, della biologia divenne paradigmatico. La diversità fisica diventò la *matrice* della differenza sociale. La metafisica materialista arrivò a questa elaborazione a partire dalle differenze sociali rilevanti in quel contesto, e assegnò loro un nuovo ruolo ed un nuovo significato⁸⁷.

Anche la percezione dei sessi in senso disgiuntivo non esisteva prima del diciottesimo secolo: gli organi genitali femminili, anzi, non avevano neppure un nome proprio, erano semplicemente una versione "meno sviluppata" dei genitali maschili; le mestruazioni non erano considerate altro che una manifestazione della naturale tendenza del corpo umano a sanguinare; le ovaie erano dei "testicoli", e ci si interrogava sulla modalità in cui le donne producessero il seme. Gli stessi organi, processi, fluidi corporei oggi pensati come rigidamente distinti nel maschio e nella femmina, dunque, erano immaginati come manifestazioni di un'unica economia del corpo, cioè di organi, processi e fluidi presenti in ogni essere umano.

L'abbandono della concezione dei sessi come continui tra di loro fu operato non solo dalla biologia, ma dal sistema giuridico e amministrativo delle moderne nazioni occidentali⁸⁸. In questo stesso periodo, per esempio, iniziò a scomparire dall'immaginario comune il c.d. "*ermafrodita*": al suo posto

85 L. Nicholson e S. Seidman, *cit.*, pp. 60.

86 *Id.*, p. 43.

87 *Ibidem*.

88 Cfr. M. Foucault, *Esperienza e verità. Colloquio con Duccio Trombadori*. Roma: Castelvecchi, 2018, p. 126.

comparve lo 'pseudoermafrodita'⁸⁹. Il sistema binario, infatti, non ammette l'esistenza di un soggetto che manifesti elementi di ambo i 'sessi': per questo un *ermafrodita* sarà tale solo in apparenza (pseudo). Il suo vero sesso è individuabile oltre l'*illusione*, da chi custodisce i saperi relativi al corpo, cioè la medicina, che usa la sua conoscenza per distinguere il sesso apparente da quello reale. Si pensi alle persone intersessuali, operate al momento della nascita: il medico valuta quale tra i due sessi sia quello giusto e rimuove le tracce dell'altro⁹⁰. Se la regola presuppone che ogni essere umano sia solo maschio o solo femmina, l'esistenza di un soggetto maschio e femmina insieme, in qualsiasi modo questo sia inteso, non è mai ammissibile: ne va della coerenza del sistema stesso. L'ermafrodita diventa *pseudoermafrodita*⁹¹, la vagina della donna trans una *pseudo-vagina*⁹², e l'enigma verità/apparenza si fa sempre più inestricabile.

3.2. Il genere come performance e i corpi trans come fuori copione

Il binarismo di genere è dunque storicamente situato: ha una genesi, un tempo e uno spazio. Non è *naturale*, né oggettivo: è una teoria che interpreta la realtà. Un sistema che si fonda sul binarismo di genere giustifica la disparità di trattamento tra soggetti sulla base del loro genere. Lo aveva già desunto la Cassazione del 1985, per la quale la natura sessuata delle prigioni, del sistema previdenziale e dell'esercito si sarebbe compromessa nel riconoscere l'identità di genere di una donna transessuale, che viveva peraltro nel suo genere di elezione già da anni.

Per quanto mossa da una prospettiva rovesciata, la presente critica si fonda sulla stessa constatazione: la regola binaria è presente in modo pervasivo e strutturale in ogni interstizio della vita e del diritto. Il processo di sessuazione è così rilevante che comincia mesi prima della nascita di ogni soggetto. Una persona, infatti, è giuridicamente tale a partire dal suo primo respiro⁹³. Del suo sesso, invece, si hanno notizie già con la c.d. *ecografia morfologica*, tramite cui il personale medico osserva le fattezze del feto alla ricerca di un abbozzo di vulva o di pene. Una rudimentale vulva indica la sessuazione del feto come *femmina*, mentre un rudimentale pene indica la sua sessuazione come *maschio*. Solo dopo l'ecografia la lista di nomi da maschio e da femmina a cui i genitori hanno pensato si trasformerà in senso disgiuntivo. Il nome, definito dalla Corte Costituzionale come "*parte essenziale e irrinunciabile della personalità, quale primo e più immediato elemento dell'identità personale*"⁹⁴, viene comunemente attribuito sulla base del genere di appartenenza, che, vale la pena sottolineare, è desunto dall'anatomia genitale del feto, prima, e del soggetto, alla nascita.

Il sesso e il genere del feto strutturano in modo determinante anche le prime relazioni che verranno

⁸⁹ G. Beemyn, *Transgender History in the United States* (unabridged chapter in L. Erickson-Schroth, *cit.*).

⁹⁰ L'intersessualità viene intesa come manifestazione della discrepanza tra il sesso gonadico, cromosomico, fenotipico di un soggetto, che comporta una compresenza di caratteri sessuali maschili e femminili. I soggetti la cui intersessualità è immediatamente rilevabile sono spesso sottoposti ad interventi chirurgici correttivi, con l'obiettivo di far rientrare le loro caratteristiche anatomiche entro una delle due categorie: sono il personale medico e le figure genitoriali a compiere queste scelte. La scelta eteroimposta di un intervento così invasivo in età neonatale solleva forti interrogativi sul diritto all'autodeterminazione e all'integrità fisica delle persone intersessuali. Cfr. A. Fausto-Sterling, *Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*. New York, 2000, p. 5.

⁹¹ H. Barbin, *Una strana confessione: memorie di un ermafrodito presentate da Michel Foucault*. Bologna, Einaudi, 2007, p. 16.

⁹² Corte costituzionale, sentenza 12 luglio 1979, n. 98.

⁹³ Ex Art. 1 c.c.

⁹⁴ Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 1996, n. 297

no instaurate dal soggetto: per fugare ogni dubbio a riguardo, si cerchino le c.d. “*gender reveal compilation*”⁹⁵ che circolano sui social network. Sono video che riprendono le reazioni di genitori, fratelli, sorelle, amici nello scoprire il genere del feto, spesso nel corso di feste appositamente organizzate per l’occasione. Scoprire il sesso del futuro membro della comunità suscita una gran quantità di emozioni, nella maggior parte dei casi avvolte da una nuvola di coriandoli, piatti, torte e gadget azzurri oppure rosa confetto.

Si è già dimostrato perché la differenza sessuale sia una credenza, ma resta da capire in che modo strutturi così profondamente i corpi, il genere, la sessualità, il diritto.

Una teoria del diritto che aspiri ad eliminare la disparità di trattamento delle persone trans e non binarie non può che porsi queste domande. Delle risposte interessanti si possono trovare nella definizione di genere elaborata da Judith Butler già negli Anni Novanta, proprio a partire dalle esperienze non binarie, trans e *queer*. Il genere, per Butler, è una “*identità costituitasi debolmente nel corso del tempo e istituitasi attraverso la ripetizione stilizzata degli stessi atti*”⁹⁶.

È una formulazione molto lontana da quella giuridicamente intesa, che distingue il *genere* dal *Sesso*⁹⁷, considerandoli in termini oppositivi. Si separano, in altre parole, l’insieme delle caratteristiche biologiche (il *Sesso*)⁹⁸ dalle usanze e prassi socio-culturali ad esso annessi (il *genere*). La teoria butleriana è certo più complessa, ma risulta anche più adeguata a comprendere la posizione delle soggettività trans, non binarie e non conformi.

Questa sezione è un esercizio immaginativo, che presenta gli elementi essenziali della teoria butleriana attraverso una categoria del diritto: la *consuetudine*. Come si vedrà qui di seguito, questa fonte del diritto si presta particolarmente a rappresentare i meccanismi di vigenza e di costituzione del genere come *insieme di atti performativi*.

3.2.1. Dove prima non c’era che una sequela di fatti, nasce il genere

Una consuetudine, per prima cosa, è una fonte di *ius non scriptum*: non vi è una formulazione scritta delle norme consuetudinarie. La sua vigenza trae origine dalla sua diretta e ripetuta applicazione: “*dove prima non c’era che una sequela di fatti, nasce il diritto*”⁹⁹.

La reiterazione di una serie di fatti nel tempo è il primo elemento costitutivo della consuetudine. Un fatto giuridico, bisogna ricordare, è un “*accadimento naturale o umano al verificarsi del quale l’ordinamento giuridico ricollega un qualsiasi effetto giuridico*”¹⁰⁰. La giuridicità del fatto che costituisce la consuetudine, quindi, deriva dalla sua ripetizione in un arco temporale.

La teoria butleriana ritiene che sia una sequela di accadimenti, naturali e umani, a costituire l’identità di genere del soggetto, nella sua apparente stabilità e cogenza. Avere una vulva, indossare una gonna, definirsi donna sono, per Butler, tre “*atti*” o “*azioni*” del genere femminile¹⁰¹. Gli *atti* di

95 C. Gieseler, *Gender reveal parties are mediated events: celebrating identity in pink and blue*. Lanham, 2020.

96 J. Butler, 1988. *cit.*, p. 77-78.

97 Questa distinzione si affermò nel mondo del diritto con il c.d. *gender mainstreaming* negli Anni Novanta, ed ebbe l’importante compito di promuovere l’effettiva applicazione del principio di *non-discriminazione* nell’ambito delle c.d. *pari opportunità* femminili.

98 J. Scott, *The uses and abuses of gender*. in *Tijdschrift voor Genderstudies* 16 (1), p.71.

99 F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*. Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1946, p. 194.

100 Cfr. F. Galgano, *Diritto privato*. Padova, Cedam, 2013, p. 24.

101 J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 81.

genere sono molto simili ai *fatti* della norma consuetudinaria: la ripetizione nel tempo delle *azioni di genere* costruisce l'identità di genere del soggetto nello stesso modo in cui la reiterazione di certi fatti istituisce una consuetudine.

3.2.2. *Opinio iuris atque necessitatis*: il binarismo di genere

Il secondo elemento costitutivo della consuetudine è l'*opinio iuris atque necessitatis*, di tipo soggettivo. Consiste nella convinzione dell'obbligatorietà morale e/o giuridica del comportamento consuetudinario, il fatto giuridico di cui sopra (*usus*). Dare la mancia, per esempio, non è una consuetudine: è un'abitudine diffusa e ripetuta nel tempo (elemento oggettivo), ma manca la convinzione della sua necessità (elemento soggettivo)¹⁰².

L'*opinio iuris atque necessitatis* degli atti di genere è l'intima convinzione della necessaria conformità alla "naturale configurazione dei corpi in sessi, i quali esistono in una reciproca relazione binaria"¹⁰³.

La forza di questa convinzione varia a seconda della tipologia di *azione di genere* considerata. Indossare una gonna, ad esempio, è prerogativa femminile secondo l'*uso* occidentale, vigente in specifiche parti del mondo¹⁰⁴. Le desinenze maschili, femminili e neutre variano di lingua in lingua, e non solo: ogni sistema linguistico cambia nel tempo, e mutano anche le sue desinenze, e i pronomi stessi¹⁰⁵.

È importante specificare che le *azioni di genere* non sono solo atti linguistici, usanze sociali, credenze culturali: per Butler anche i segni sessuati del corpo sono *azioni*. Questo non significa che una vulva sia comparabile ad un'usanza o un'opinione: è chiaramente una caratteristica anatomica. "Avere una vulva" non equivale solo a possedere una certa morfologia genitale, ma implica anche la *femminilità* (e, di conseguenza, la *non mascolinità*) del soggetto che la possiede, desunta proprio dalla conformazione anatomica. La teoria butleriana degli atti di genere, insomma, separa l'anatomia, la biologia e la materialità corporea dai suoi significati binari e disgiuntivi, per concludere che anche "il corpo diventa il suo genere attraverso atti rinnovati, rivisitati e consolidati nel corso del tempo"¹⁰⁶.

3.2.3. Le sanzioni: violenza transfobica e patologizzazione

Il binarismo, dunque, vige per consuetudine. La "natura" collettiva di questa regola la rende molto facilmente trasgredibile: ogni qualvolta gli atti che costituiscono la stessa identità di genere sono sia maschili che femminili, d'altronde, il binarismo è contraddetto. Questo accade in modo aperto e costante: uomini indossano abiti femminili; soggetti di vari generi specificano i pronomi con cui desiderano essere chiamati; a partire dal 1984, addirittura, è ammessa l'esistenza giuridica di donne nate maschi e di

102 La mancia è infatti un *regalo d'uso*. Cfr. F. Galgano, *cit. cit.*, p. 39.

103 J. Butler, 1988. *cit.*, p. 77-78.

104 Si pensi al *kilt*, gonna in tartan indossata in Scozia dagli uomini come simbolo di appartenenza nazionale. Sull'invenzione di questa tradizione si veda H. Trevor-Roper, *L'invenzione della tradizione: la tradizione delle Highlands in Scozia* in E. Hobsbawm, T. Ranger, & E. Basaglia (a cura di), *L'invenzione di tradizione*, Torino, Einaudi, 1987, p. 19.

105 L. Fontanella, *Il corpo del testo. Elementi di traduzione transfemminista queer*, Milano: Asterisco Edizioni, 2019, p. 81.

106 J. Butler, 1988. *cit.*, pp. 84.

uomini nati femmine.

Questi atti dissidenti non vengono lasciati impuniti: la contravvenzione «*dà inizio a una serie di punizioni, sia aperte che subdole, mentre performarlo in modo corretto conferma il fatto che vi sia, dopotutto, un essenzialismo dell'identità di genere.*»¹⁰⁷

In cosa consistono queste punizioni? Butler evidenzia lo scopo sanzionatorio della patologizzazione e lo collega alla natura punitiva della violenza transfobica, perpetrata su base sistemica da privati cittadini e forze dell'ordine¹⁰⁸. La varianza di genere espone le persone che la manifestano ad un concreto rischio di morte: il profondo movente dei delitti transfobici è la convinzione della necessità del binarismo di genere, talmente profonda da legittimare la cancellazione di ogni essere umano che lo contraddica¹⁰⁹, che sia una cancellazione fisica (con la violenza), o una cancellazione dalla *normalità* (la varianza di genere come patologica eccezione).

3.2.4. Abolire il genere significa moltiplicarlo

L'*opinio iuris atque necessitatis* degli atti di genere, dunque, non è solo storicamente situata, ma determina la sistemica oppressione dei soggetti che la contraddicono.

Il dolore e la sofferenza espressi e ribaditi dalle parti attrici dei *giudizi a quo* analizzati, che testimoniavano l'urgenza del loro sentire, sono da sempre considerati come sintomi di una patologia. La teoria del genere butleriana li considera, piuttosto, come espressione di un rapporto di forza entro il quale l'esperienza di genere trans non è comprensibile se non in termini di negazione.

La tutela dei diritti delle persone trans, non binarie e non conformi necessita nuove formulazioni teoriche, capaci di articolare la pervasività strutturale del sistema binario.

Una norma consuetudinaria, d'altronde, cade quando espressamente abrogata da una norma di legge (come capita nel sistema delle fonti interne, dove le consuetudini non sono mai *contra legem*), o cade in disuso. Il tempo è un requisito tanto essenziale quanto imprevedibile: la sopravvivenza di un'uso dipende dalla sua costante ripetizione: «*sebbene vi siano vari discorsi autoritativi sul genere – il diritto, la medicina, la psichiatria, per non fare che degli esempi – e sebbene tali discorsi cerchino di incoraggiare e sostenere la vita all'interno di termini di genere distinti, non sempre tali discorsi riescono a contenere gli effetti che essi stessi producono. Accade infatti che nessuna riproduzione delle norme di genere sia possibile in assenza di un'attuazione corporea di quelle norme. E quando questo campo di norme viene infranto, ancorché provvisoriamente, si può osservare come gli intenti che ispirano un determinato discorso regolativo, nel momento in cui viene messo in atto attraverso il corpo, possano produrre conseguenze impreviste, facendo spazio a modi di vivere il genere che sfidano le norme dominanti di riconoscimento. È così che assistiamo all'emersione del transgender, del gender-queer, della butch, della femme, di modalità iperboliche o dissidenti di mascolinità e femminilità, e di modi di vivere il genere che si oppongono ad ogni distinzione categoriale*¹¹⁰».

Il genere non è un processo deterministico che ci iscrive entro un destino immutabile. Il mio corpo femminile può, tramite un'operazione, diventare maschile. Percorrere questa opzione significa *rifiutare* la decisione del medico, e il genere che è stato anagraficamente assegnato. Un simile rifiuto non è una semplice scelta razionale. Prima di dire: *non sono un uomo, sono piuttosto una donna*, prima di

107 *Ead.*, pp. 92.

108 J. Butler, *Undoing Gender*. New York-London, 2004, p. 6.

109 *Ead.*, pp. 18-22.

110 J. Butler, *L'alleanza dei corpi: note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, Milano, 2017, p. 50.

presentare un'istanza davanti al tribunale, il soggetto ne ha l'intima consapevolezza. Ciò vale per ogni persona umana: l'identità di genere indica un processo di soggettivazione che appartiene ad ogni soggettività. Di questo processo il diritto italiano dovrà tenere adeguatamente conto, quando deciderà di muoversi verso un'orizzonte di piena *depatologizzazione delle persone trans* e non binarie che, nel frattempo, continuano a condurre delle esistenze fuori da ogni paradigma

4. Conclusioni

Il processo di *piena depatologizzazione* delle identità trans, non binarie e non conformi è ancora ai suoi inizi. La diagnosi di disforia di genere è oggi unica via di accesso alle operazioni chirurgiche e alle terapie ormonali di transizione, nonché condizione necessaria per il riconoscimento giuridico delle persone trans¹¹¹.

Disforia è il termine psichiatrico che indica un *distress* emotivo con un impatto negativo sulla vita personale e sociale del soggetto¹¹². La diagnosi di *disforia di genere* si ottiene quando la persona manifesta per sei mesi almeno due dei sintomi di seguito elencati¹¹³:

DISFORIA DI GENERE

Marcata incongruenza tra genere esperito e caratteristiche sessuali primarie/secondarie.

Forte desiderio di liberarsi delle proprie caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie a causa della marcata incongruenza col genere esperito.

Forte desiderio per le caratteristiche sessuali del genere opposto.

Forte desiderio di appartenere al genere opposto.

Forte desiderio di essere trattato come un membro del genere opposto.

Forte convinzione di avere sentimenti e reazioni tipici del genere opposto.

Sorgerà, se già non è sorto, un ragionevole dubbio, cioè che il minimo comune denominatore di questi sintomi sia la *non conformità alla regola binaria*. Il vaglio di questa ipotesi meriterebbe una trattazione a sé stante, che tenga debitamente conto della storia della varianza di genere nella medicina occidentale, e che evidenzi il profondo legame tra scienza psichiatrica e controllo delle c.d. "*devianze*

111 O almeno è così in gran parte dell'Europa: su 41 stati che permettono la *legal gender recognition*, 34 chiedono come la prova che il soggetto sia affetto da disforia di genere. Cfr. Trans Rights Europe Index 2018. TGEU. <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/> (Consultato il 19 settembre 2020)

112 K. Bryant, *Making Gender Identity Disorder of Childhood: Historical Lessons for Contemporary Debates in Sexuality Research & Social Policy*: *Journal of NSRC* 3 (3), 2006, pp. 24-27.

113 American Psychiatric Association. 2013. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-5*. Arlington, VA: American Psychiatric Association.

sessuali¹¹⁴”.

Pur senza queste specifiche nozioni, gli elementi acquisiti finora sono sufficienti a formulare delle conclusioni: il riconoscimento giuridico dell'esistenza delle identità trans, non binarie e non conformi non può essere legittimamente fondata su un controllo di *conformità binaria*, tantomeno se implica una verifica autoritativa. Il fondato sospetto che la diagnosi di disforia di genere assolvà precisamente a questo scopo, pertanto, costituisce adeguato motivo per la sospensione di ogni suo effetto ai fini della procedura italiana di *legal gender recognition*.

Ma questa è solo la prima sfida imposta dalla *depatologizzazione*. Bisognerà occuparsi anche della condizione giuridica delle persone minori gender variant, della rappresentazione e visibilità delle soggettività non conformi nell'arena pubblica e mediatica, della violenza transfobica e dell'inaccessibilità di tanti spazi pubblici (piscine, spogliatoi, seggi elettorali, carceri). Si dovrà inoltre capire come *depatologizzare* la varianza di genere senza intaccare la copertura sanitaria delle spese relative alle transizioni medicalizzate, considerato l'altissimo costo delle operazioni e dei trattamenti¹¹⁵.

Una simile impresa non può essere affrontata senza la costante interlocuzione con le persone direttamente interessate: a guidare la *depatologizzazione* dovranno essere le soggettività che la reclamano. Le prospettive ed esperienze trans e non binarie offrono infatti al diritto l'irripetibile occasione di passare in rassegna le molteplici credenze legate al genere, portando alla luce ciò che agisce nel sottterraneo.

114 J. Meyerowitz, *Sex change and the popular press: Historical Notes on Transsexuality in the United States, 1930–1955*. in *GLQ - A Journal of Lesbian and Gay Studies* 2 (4); 1998, p. 159.

115 Si potrebbe, per esempio, considerare la *varianza di genere* come condizione medica, al pari della gravidanza, come suggerisce S. Sennott, *cit.*, pp. 103-105.