

PASQUALE STANZIONE

SESSO E GENERE NELL'IDENTITÀ DELLA PERSONA

SOMMARIO: 1. Da Dio all'uomo: l'interrogativo solipsistico su sé medesimo. – 2. Sesso e genere: rapporto di genus a species?. – 3. Il cd. fenomeno transessuale. – 4. Unioni omosessuali e “diritto alla differenza”. – 5. Bilanciamento di interessi contrapposti e ridefinizione del rapporto sesso/genere.

“Dio creò l'uomo a sua immagine; a immagine di Dio lo creò; maschio e femmina li creò”.

1. Con un linguaggio poetico ma concettualmente chiaro, il Libro della Genesi (I, 27) introduce nella storia del pensiero culturale e religioso il delicato quanto complesso tema dell'identità dell'Uomo, *rectius* della creatura. Di una creatura, per l'esattezza, che ripete il sembiante del Creatore e ne attua il disegno. Di una creatura, ancora, la cui identità sessuale rinviene nella diversità (“*uomo e donna li creò*”) il suo tratto essenziale e nella realizzazione della dimensione spirituale della vita la sua ragione prima¹. Il corpo, “la carne”, che nelle pagine del Vecchio e del Nuovo Testamento, indicano la persona nella sua totalità, non sono, infatti, “per l'impudicizia, ma per il Signore, e il Signore è per il corpo”, come scriverà Paolo nella lettera ai Corinzi (6, 13). Ed è significativo che un medesimo verbo, il verbo “conoscere”, venga indistintamente impiegato per indicare sia la più alta espres-

¹ Si legge, così, nel Vangelo di Matteo (19, 4-6): “Ed egli rispose loro: «Non avete letto che il Creatore, da principio, *li creò maschio e femmina* e che disse: “*Perciò l'uomo lascerà il padre e la madre, e si unirà con sua moglie, e i due saranno una sola carne*”? Così non sono più due, ma una sola carne; quello dunque che Dio ha unito, l'uomo non lo separi»”.

sione della comunione col Signore (1 Corinzi 2:11-13)², sia il concretarsi del rapporto sessuale³.

Eppure, all'alba di un *monde désenchanté*, la riflessione su Dio, origine e fine ultimo di ogni cosa, sembra piuttosto cedere il passo oggi all'interrogativo solipsistico dell'uomo *sur soi*, su se medesimo⁴. Il dibattito sull'identità personale, nelle variegate espressioni in cui si articola, ha smarrito, in altri termini, la sua dimensione per così dire 'mistica' ed in una rinnovata veste laicale compenetra il pensiero contemporaneo. Si assiste così al tentativo, non di rado spasmodico, di riassumere entro poche rassicuranti categorie le fattezze essenziali della persona – quelle nelle quali, a ben vedere, si risolverebbe l'identità della stessa – e di sussumerle quindi sotto le fattispecie astratte di un diritto che possa tutelarle. Compito, quest'ultimo, per certo non agevole specie ove si rifletta sul rischio – che sottilmente pervade l'intera tematica dei diritti della personalità in senso lato intesi – di incorrere in un'identificazione tra diritto soggettivo ed oggetto del diritto, tra potere riconosciuto e pretesa (*Anspruch*), e, dunque, in definitiva nella teorizzazione di un diritto *su se medesimo* spettante al soggetto.

L'enucleazione del contenuto dei diritti della personalità, del resto, ha da sempre rappresentato una problematica "ostica"⁵, in relazione alla quale gli assolutismi della pandettistica tedesca sono stati mitigati dalla dottrina italiana solo attraverso la rivisitazione della categoria dei beni delineata dall'art. 810 c.c.; rivisitazione che ha consentito di superare il riferimento

2 Nella Lettera ai Corinzi 1, 2:11-13, scrive San Paolo: "11. Infatti, chi, tra gli uomini, *conosce* le cose dell'uomo se non lo spirito dell'uomo che è in lui? Così nessuno conosce le cose di Dio se non lo Spirito di Dio. 12. Ora noi non abbiamo ricevuto lo spirito del mondo, ma lo Spirito che viene da Dio, per *conoscere* le cose che Dio ci ha donate; 13. e noi ne parliamo non con parole insegnate dalla sapienza umana, ma insegnate dallo Spirito, adattando parole spirituali a cose spirituali".

3 Si legge così nel Libro della Genesi (4,1) che "Adamo *conobbe* Eva, sua moglie, la quale concepì e partorì Caino". All'uomo, alla donna viene, del resto, richiesto di essere fecondi e di moltiplicarsi (Genesi, 1, 22) per volontà di un Signore che li unisce in una sola carne (Matteo 19, 4-6) e che punisce ogni *akatharsia* giacché "*né fornicatori, né idolatri, né adulteri, né effeminati, né sodomiti, né ladri, né avari, né ubriachi, né oltraggiatori, né rapinatori erediteranno il regno di Dio*" (1 Corinzi 6:9,10).

4 La riflessione è di A. BERNARD, *Fleurs de papier, fleurs de tombeaux*, in AA.VV. *L'identité de la personne humaine*, J. Puosson-Petit (a cura di), Bruxelles, 2002, 13.

5 Per riprendere l'aggettivazione di V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in Dig. IV, disc. priv. sez. civ., 1995, XIII, 436.

letterale alla *res* materiale⁶, per ricondurre all'ambito applicativo della norma anche la realtà che non si trova 'al di fuori' ma 'al di dentro' dell'uomo e come tale attiene al suo essere⁷. Il giurista, in altri termini, recepisce e fa sua la distinzione husserliana tra "corpo fisico" e "proprio corpo vivente", tra *Körper* e *Leib*, e scinde la considerazione del corpo oggettivato dalla scienza – che si offre all'indagine anatomico-fisiologica – da quella del corpo com'è concretamente vissuto e sperimentato dall'esistenza⁸.

Riguardata da una simile prospettiva sotto certi aspetti intimistica, la questione diventa allora quella di definire, ove possibile, l'*identité substantielle* della persona, in quel pendolo di opportunità che oscilla tra l'immutabilità dell'essere ed il suo divenire. Il diritto, invero, animato da esigenze di ordine e di certezza, ha finito non di rado con il confondere individuo ed identità, ritenendo di poter cristallizzare l'essenza, dell'uno come dell'altra, in categorie empiriche derivate dall'osservazione della realtà. L'uomo, vissuto in maniera statica, è così apparso all'interprete come dotato di caratteristiche definitivamente acquisite, sottratte alla mutevolezza dell'esistere ed improntate al principio secondo cui "l'essere è ciò che è ed il non essere non è".

Eppure *tutto scorre e nulla permane* e dunque alla stasi parmenidea la società attuale contrappone l'immagine eraclea dell'individuo che non può bagnarsi "nello stesso fiume per due volte, perché né l'uomo né le acque del fiume sono gli stessi". Sul piano giuridico l'enunciata conclusione si traduce in un avvicinamento di tipo casistico al tema dell'identità personale e dell'identità sessuale in particolare: la loro configurazione e corretta ricostruzione sconta, in altri termini, i condizionamenti del punto di vista adottato, dell'epoca considerata, del contesto sociale indagato. Preponderante si impone allora in dottrina la convinzione che "ogni soggetto è simile e non uguale agli altri⁹" e questa verità immanente alla persona non può che tradursi in un bisogno di affermazione individuale nella vita di relazione. Si assiste, pertanto, alla "proiezione sociale" dell'identità –

6 Recita l'art. 810 c.c. "Sono beni le *cose* che possono formare oggetto di diritti". Siffatta definizione era ignota al codice del 1865, che si limitava, all'art. 406 c.c. previg., ad individuare le tipologie di proprietà, pubblica e privata, che possono interessare i beni. Di qui l'aprirsi del dibattito sulla definizione generale dei beni in senso giuridico. In argomento si v. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile*, vol. II, *I diritti reali*, Torino, 1999, 2 ss.

7 Lo sottolinea con precisione P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXIII, 2.

8 U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, 2009, 19^a ed., 284.

9 In questi termini G. BAVETTA, *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, 1970, XIX, 953.

per riprendere l'espressione cara al De Cupis¹⁰ – per effetto della quale la persona rivendica il diritto ad essere se stessa. Il corollario è il frantumarsi delle identità, il loro moltiplicarsi e trascorrere dalla sfera interiore e soggettiva a quella esteriore ed oggettiva, in cui alla dimensione solitaria rivendicata dall'uomo per sé si sovrappone o meglio si aggiunge quella modellata per e dagli altri (la c.d. *identité pour autrui*, secondo formula propria della dottrina d'oltralpe¹¹).

2. Il descritto sdoppiamento si apprezza con maggiore evidenza in relazione alla sfera sessuale dell'individuo, per la quale il ricorso alla partizione sesso/genere consente di spiegare le disarmonie che, spesso, interessano la persona. Il pensiero corre a situazioni quali l'omosessualità, il transessualismo, l'ermafroditismo in cui appunto serpeggia, più o meno latente, più o meno risolto, un conflitto tra ciò che l'uomo è e ciò che di lui appare. Nelle ipotizzate condizioni la crasi è *in ipsa re*, sol che si rifletta sulla circostanza per cui l'accertamento del sesso avviene all'atto della nascita, a séguito di un esame delle caratteristiche sessuali esterne¹², e come tale prescinde in un momento iniziale da valutazioni di tipo psichico, legate alla percezione che l'individuo ha di sé.

Il profilo interno ed intimo inizia a delinearsi solo in epoca successiva, più o meno remota nel tempo¹³, con il progressivo acquisto della maturità di giudizio e con la crescente consapevolezza delle proprie attitudini e tendenze sessuali. Ed è in questa fase che l'eventuale rompersi dell'armonico binomio tra anatomia esteriore e convincimento interiore, determina quello

10 L'espressione è di A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, CICU, MESSINEO e MENGONI (a cura di), 1982, 399.

11 Il riferimento è nuovamente a A. BERNARD, *Fleurs de papier, fleurs de tombeaux*, cit., 15.

12 Sul punto, si rinvia a A. MUSIO, F. NADDEO, *Delle registrazioni relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli naturali*, in A.A.V.V. *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, a cura di P. STANZIONE, Milano, 2001, 141 ss.

13 Il manifestarsi di gusti e tendenze sessuali divergenti rispetto alla propria sessualità esteriore può avvenire in diverse fasi della vita, differenti da soggetti a soggetto. La casistica giurisprudenziale offre esempi di situazioni in cui sin dall'infanzia si assiste al manifestarsi di inclinazioni non consone al genere sessuale di appartenenza, sia esso, rispettivamente, maschile o femminile: cfr. Trib. Lucca, 17 aprile 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 374 ss. Emblematica si pone, poi, la vicenda discussa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 novembre 1980, in *Foro it.*, 1981, IV, 49 ss., ove all'attenzione dei giudici veniva presentato il caso di un bambino nel quale la sindrome di transessualismo si era manifestata già all'età di cinque anni.

che con formula, non di rado critica, è definito “fenomeno transessuale”¹⁴. Insegna, infatti, la scienza medica che il transessualismo era definito, un tempo, come una sindrome caratterizzata dal fatto che un soggetto, geneticamente e fenotipicamente di un sesso determinato, ha la consapevolezza di appartenere al sesso o meglio al genere opposto¹⁵. Oggi, tuttavia, la comunità scientifica preferisce rivolgere uno sguardo meno patologizzante su tale condizione, descrivendola altresì come *varianze dell'identità di genere*.¹⁶ Il sesso, precisamente, si presenta quale fatto composito in cui gli elementi biologici sono strettamente collegati a quelli psicologici e giuridico-sociali¹⁷.

Lungi, dunque, dal configurarsi giuridicamente e socialmente irrilevante, specie in una società come quella attuale tutta protesa verso la parificazione, esso connota a tal punto l'essere dell'individuo da (im)porsi in termini di prerogativa soggettiva meritevole di tutela in quanto avente ad oggetto l'affermazione dell'identità sessuale ossia “l'esigenza di vivere nella famiglia e nella società in modo corrispondente al sesso cui *egli* (n.d.r.) sente di appartenere”¹⁸. Di qui la sua duplice valenza: pubblica, da un lato, per ciò che concerne la necessità di accertare in maniera sicura l'essere uomo o donna della persona; privata, dall'altro, per tutti quegli aspetti, peraltro prevalenti, che riguardano la sfera intima dell'uomo ed il suo equilibrio

14 Sia consentito in argomento il rinvio al mio scritto *Transessualità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 874.

15 Anche in dottrina, in passato, si ripeteva spesso che il transessualismo fosse un'alterazione dell'istinto sessuale per cui individui che presentano una costituzione fisica normale sentono di appartenere al sesso opposto e desiderano, irrinunciabilmente, cambiar sesso, quasi sempre invocando e sottoponendosi a complicati interventi chirurgici ed a trattamenti estetici ed ormonali, nonché adoperando gli abiti del sesso a cui aspirano. Si sottolineava altresì la sostanziale analogia delle definizioni fornite dai vari autori, anche se esse, sul piano terminologico, riflettono il maggior risalto dato all'uno o all'altro dei profili in cui si articola la complessa sindrome. Cosicché da taluno si discorreva di “transvestimento”, inquadrandolo negli stati sessuali intermedi, da altri di “transvestimento innato o genuino”, da altri ancora di “metamorfosi sessuale paranoica”. *Amplius* P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Transessualismo e tutela della persona*, cit., 15.

16 R. VITELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO. (2013), *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?* in *Comunità omosessuali: Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 221-243.

17 Riprova ne è lo stesso uso polimorfo del termine, i cui tratti vengono specificati dalle più svariate aggettivazioni: sesso cromosomico, gonadico, morfologico, psicologico, legale.

18 In questi termini S. PATTI, *Transessualismo*, in *Dig. it., disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, 416.

psicofisico. Ma se, davvero, esista un diritto all'identità sessuale costituzionalmente riconosciuto è affermazione che solo *prima facie* una sottile ed attenta opera di *Drittwirkung* dell'art. 2 cost. suggerisce. Voci autorevoli¹⁹, al contrario, arrestano l'elenco dei diritti della personalità alle note e tradizionali categorie della vita, della libertà, dell'onore, del nome, o da ultimo dell'identità genetica²⁰, della *privacy* e via enumerando; mentre l'identità sessuale viene degradata ad interesse sia pure di natura complessa²¹.

Sia consentito, tuttavia, dubitare del rigore della conclusione. Lasciata alle spalle "l'epoca della ritrosia"²², si delinea in maniera sempre più netta una nuova concezione della persona all'interno dell'ordinamento costituzionale, con riflessi che si irradiano in ogni materia che la riguardi o che implichi la sua protezione. La tutela apprestata dal legislatore e dal costituente in maniera prevalente alla persona si snoda, in particolare, lungo una duplice direttiva, statica e dinamica: la prima (artt. 2 e 3, comma 1, cost.) costituita dalla dignità umana; la seconda (artt. 2 e 3, comma 2, cost.) rappresentata dallo svolgimento della personalità²³. L'itinerario prescelto, se conduce alla posizione apicale dell'essere uomo all'interno dell'ordinamento giuridico (*omne ius hominum causa constitutum est*), ha, al tempo stesso, precise conseguenze sul piano metodologico e su quello applicativo. Così, la riscoperta primazia della persona, non solo, da un lato, giustifica il principio ormai noto e condiviso della subordinazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali, nelle quali in via primaria si esprimono l'essere e l'agire di ciascuno; ma, dall'altro, condiziona con i suoi contenuti l'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali e delle altre norme.

Se si muove da tali premesse deve essere interpretato, per quanto qui d'interesse, il dettato della legge n. 164/82 sul transessualismo, onde assicurare protezione alla dignità della persona e quindi dei transessuali e

19 Si veda G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Il Codice civile commentato*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1999, 1996, 156 ss. e l'ampia bibliografia ivi citata.

20 Il diritto all'identità genetica ha natura e contenuti differenti rispetto al "diritto" all'identità sessuale. Specificamente, esso concerne la protezione del genoma, ossia il patrimonio genetico di ogni singolo individuo e si sviluppa nella duplice direzione del diritto a conoscere il proprio patrimonio ed in quello a non vederlo manipolato.

21 In tal senso, senza dubbio, S. PATTI, *Transessualismo*, cit., 416.

22 Le problematiche concernenti i diritti della personalità ed il loro oggetto sono stati affrontati in maniera critica, tra i primi, da A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, Torino, 1901.

23 Sul punto v. *amplius* la mia voce *Persona fisica (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1991, XXIII, 1 ss.

“consentire l’affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l’isolamento, l’ostilità, l’umiliazione che troppo spesso li accompagna nella loro esistenza, nell’alveo di una civiltà giuridica in evoluzione sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana di cui ricerca la tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale²⁴”.

Se così è, dunque, non sembra erroneo sostenere, salve le precisazioni di cui si dirà, che il sesso sembra smarrire nella generalità dei casi la sua autonomia rilevante per il diritto e rilevare piuttosto alla stregua di un mero dato organico destinato, in un rapporto di *genus ad species*, ad essere risolto e spiegato nella più ampia categoria di “genere”. Del resto, una volta ammesa la separabilità logica e filosofica del corpo-cosa (*Körperding*) dal corpo vivente (il *Leib*, di cui si diceva) è di agevole constatazione il dato per cui il sesso resti circoscritto alle connotazioni anatomiche e fisiologiche, mentre il genere ricomprenda tutto ciò che d’innato e di acquisito si trova nella sessualità umana e soprattutto il momento psicologico e culturale. Di qui il ricorso alle nozioni di “identificazione del genere” come consapevolezza di appartenere all’uno o all’altro sesso e di “ruolo del genere” come inequivoco comportamento che il soggetto tiene nella società. Non è un caso, pertanto, che il termine oggi sempre più usuale di *gender* abbia progressivamente smarrito il significante di “categoria grammaticale che distingue il maschile dal femminile²⁵” per assumere quello di “categoria concettuale che raggruppa cose o persone che hanno in comune proprietà essenziali (e differiscono per proprietà essenziali)²⁶”. Ed è singolare osservare come il concetto di *gender identity* si affievolisca soltanto in quelle aree, quali i Paesi anglosassoni, in cui è consentito alla persona di vivere la propria identità sessuale senza scontare i condizionamenti derivanti dal c.d. sesso ufficiale quale dichiarato all’atto di nascita²⁷.

Ma anche in un ordinamento quale il nostro che non risente nella specie delle suggestioni di *common law*, l’inadeguatezza del richiamo ai soli caratteri sessuali anatomici ad esaurire il discorso sull’identità sessuale è comprovata dal rilievo centrale che la sessualità assume nella definizione della personalità dell’individuo, fino a condizionarne tutte le manifestazioni della vita. Lo strappo tra *res cogitans* e *res extensa*, che aveva indotto già Husserl a discorrere di “errori seducenti” nei quali erano incorsi Cartesio

24 Come chiariscono M. BESSONE, G. FERRANDO, voce *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 193 ss.

25 In questi termini L. PALAZZANI, *Identità di genere?*, Roma, 2008, 30.

26 Così, ancora, L. PALAZZANI, *op. cit.*, 30.

27 Lo riprova l’assenza, nei paesi di *common law*, di documenti d’identità che accertino caratteri e generalità del soggetto.

ed i suoi successori²⁸, si ricuce, sul piano giuridico, attraverso il riconoscimento in capo al singolo di un diritto a realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, in quanto “aspetto e fattore di svolgimento della personalità” (art. 2 cost.)²⁹. Si impone così all’attenzione dello studioso il problema del cambiamento del sesso come problema della libertà umana intimamente collegato alla situazione materiale della sessualità³⁰.

3. Racconta Platone nel Simposio che Zeus, dopo avere tagliato a metà ciascuno dei tre generi di cui si componeva la specie umana, si premurò di sanarne la ferita, chiedendo ad Apollo di intervenire e di “guarire il resto” affinché gli uomini fossero più tranquilli e non smettessero, al tempo stesso, di inseguire la loro unità perduta. Secoli più tardi la società si ritrova, invece, ad affidare la mai sopita ricerca di completezza ed unicità della persona alla penna del legislatore affinché ponga il sigillo della giuridicità sul trattamento medico-chirurgico necessario ad un adeguamento dei caratteri sessuali della persona (art. 3, comma 1, l. n. 164/1982). Ma se nel mito l’intervento divino tocca indistintamente l’umanità tutta ancorché “colpevole” di avere suscitato l’invidia degli dei, tanto non è a dirsi in relazione alla legge n. 164/1982. E ciò non solo per l’ovvia constatazione che il suo ambito resta pur sempre circoscritto alla particolare situazione contemplata ma perché rimane comunque esclusa dalla sua sfera di applicazione la regolamentazione di alcune altre fattispecie, distinte dal transsessualismo, nelle quali, parimenti, si registra una discrasia della sessualità. Valga per tutte il riferimento all’omosessualità.

La conclusione segue, non senza difficoltà, ad un dettato normativo che, a dispetto della corrispondente legge tedesca, la *Transsexuellengesetz*, si limita a discorrere, all’art. 1, di attribuzione di sesso diverso a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali e nulla precisa in ordine a situazioni quali l’ermafroditismo e lo pseudoermafroditismo. L’interpretazione restrittiva sembra, tuttavia, da preferire alla luce in particolare dell’art. 3 l. n. 164/1982 che individua nell’intervento chirurgico la via obbligata per risolvere in via definitiva il dramma somato-psichico di chi non si riconosce nell’appartenenza a quel sesso esteriore imposto dalla natura. Di là, peraltro, da un giudizio in ordine all’adeguatezza delle “tecniche

28 E. HUSSERL, *Cartesianische Meditationem und Pariser Vorträge*, (1931), trad. it., *Meditazioni cartesiane*, Milano, 1960, § 2, 6.

29 La conclusione si legge già in Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Foro it.*, 1985, I, 2167.

30 Come precisa A. FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 485.

impiegate alla realizzazione del valore³¹ – tecniche che finiscono sostanzialmente con il rinnegare un “diritto alla ritrasformazione” – l’autorizzazione del tribunale al trattamento medico segna il punto più delicato della materia, quello in cui, più che in ogni altro, il legislatore mostra di far proprio “un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero «normalmente» evolutisi, sia pure con l’ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale”, sul presupposto per cui il sesso è un “dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l’equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori determinanti”³².

È, infatti, nella decisione del ricorso alla chirurgia che confluiscono, da un lato, le aspirazioni più alte della persona e le sue scelte soggettive, la valutazione dell’interesse obiettivo del soggetto, di terzi e dell’intera collettività, dall’altro. In simile scenario, il parametro normativo di riferimento non è più offerto dall’art. 5 c.c., ma dagli artt. 2, 3 e 32 cost. È solo, infatti, dalla lettura costituzionalmente orientata della legge n. 164/1982 che è consentito il superamento della disposizione codicistica e ciò sia perché la vicenda modificativa del sesso non può risolversi in un mero atto di disposizione del corpo, con le implicazioni che inevitabilmente rischierebbero di sorgere al cospetto di interventi meramente demolitivi, sia perché, a ben vedere, lo stesso trattamento medico è, nella logica dell’ordinamento, un mero passaggio sia pure obbligato per il perseguimento del fine più alto dello svolgimento della personalità dell’individuo. Tant’è che – ricorda la giurisprudenza di merito – l’assenza del momento ricostruttivo, *recte* la rinuncia, sia pur momentanea, alla ricostruzione anatomica degli organi genitali, “non assume un valore essenziale e decisivo rispetto alla valutazione che il tribunale è chiamato a compiere sulla disarmonia esistenziale della persona e sui necessari rimedi”. La persona è, infatti, “l’unione di soma e psiche”; pertanto “è indubbio che è l’aspetto psicologico ed emotivo a dominare la connotazione sessuale, affettiva e sociale di un individuo e che in caso di insuperabile dissonanza tra i due elementi, è il soma a doversi adeguare alla psiche, nella misura necessaria e sufficiente ad assicurare alla

31 In questi termini P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 101.

32 Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161, in *Dir. fam. pers.*, 420 ss.

persona il conseguimento della propria armoniosa identità”³³. Riecheggia il monito della Dottrina della Chiesa: *Corpore et anima unus*³⁴.

Se, dunque, il luogo d'elezione dell'unità ideale del soggetto, la psiche appunto, già contiene in sé “il principio della separazione, perché come coscienza di sé, la psiche comincia a pensarsi *per sé*, e quindi a separarsi dalla propria corporeità³⁵”, è in essa che si annida, si realizza e deve conseguentemente ricercarsi l'identità, altresì, sessuale del soggetto. Già Agostino, del resto, ammoniva che “l'uomo non è un'anima separata, né un corpo separato; ma un'anima che si serve di un corpo³⁶”. L'ilemorfismo aristotelico, ripreso dalla patristica e perfezionato dalla scolastica attraverso il pensiero di Tommaso d'Aquino culmina così, nella riflessione della Chiesa, nella concezione della irriducibilità del corpo a pura materia e ciò in quanto il corpo “è spiritualizzato, così come lo spirito è tanto profondamente unito al corpo da potersi qualificare uno spirito corporeizzato³⁷”.

Da questa sintesi di interiorità ed exteriorità nasce e si giustifica, nelle maglie della più volte richiamata legge n. 164/1982, il divieto di ogni forma di “costringimento al bisturi³⁸”, la funzione di garanzia affidata al tribunale, il diritto ad ottenere la rettificazione degli atti dello stato civile con l'attribuzione del nuovo sesso e di un nome che lo rifletta.

Vero è però, sotto altro profilo, che l'uomo, pur nella sua unitarietà, non è un essere solitario né potrebbe esserlo; egli “per sua intima natura è un essere sociale, e non può vivere né esplicitare le sue doti senza relazioni con gli altri³⁹”. “Domanderò conto della vita dell'uomo all'uomo” si legge, non a caso, nella Genesi (*Gen.* 9,5), con espressione che chiarisce come la prospettiva personale ed interiore del soggetto sia destinata a perfezionarsi e specificarsi nella dimensione relazionale e sociale, la quale a sua volta si precisa in una molteplicità di legami e di rapporti distinti per natura, intensità, continuità, *affectio*.

La Carta costituzionale, come è noto, indica nella famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 cost.) la formazione sociale per eccellenza nella quale

33 Sul punto Trib. Monza, 18 gennaio 2005.

34 L'espressione è del PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Roma, 2005, 68.

35 La conclusione è di U. GALIMBERTI, *op. cit.*, 22.

36 Cfr. E. GILSON, *Lo spirito della filosofia medievale*, Brescia, 1969, 225.

37 GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, 2 febbraio 1994, Città del Vaticano 1994, n. 19.

38 Per riprendere l'espressione di S. PATTI, *Transessualismo*, cit., 418.

39 Così, del resto, il CONCILIO VATICANO II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 12: AAS 58 (1966) 1034.

si realizza e si sviluppa la personalità dei singoli componenti in un “equilibrio delle libertà⁴⁰” o meglio dei diritti fondamentali, destinati a modellarsi, ad espandersi o, dove occorra, a “comprimersi” nell’ottica del rispetto reciproco e della solidarietà⁴¹. È innegabile tuttavia che al modello tradizionale dell’unione tra l’uomo e la donna, si affianchino oggi “convivenze tra giovani per ragioni di studio, tra persone mature per darsi sostegno reciproco nel progredire degli anni; convivenze tra parenti, tra fratelli e sorelle⁴²”. Dall’*affectio coniugalis* si differenziano dunque altri e non meno profondi sentimenti (amicizia, cordialità, condivisione, assistenza, solidarietà, mutuo aiuto) espressione a loro volta di relazioni sempre più desiderose di attenzione da parte del diritto. Il legame tra persone dello stesso sesso, tra queste, accompagna da sempre la storia dell’umanità.

4. Dell’omosessualità si rinvencono testimonianze già all’epoca della III dinastia egizia nel 2500 a.c. e riferimenti normativi sin dalla legge ittita del 1400 a.c. che consentiva addirittura il matrimonio omosessuale. E ciò a tacere delle esperienze note del mondo greco e di quello romano. Nell’Antico Testamento si rinvencono richiami a tipi di unione – sol che si rifletta sulla vicenda di Gionatan che “fece di nuovo giurare Davide; perché egli l’amava come la *sua stessa vita*” (1 Samuele 20:17) -; e tuttavia ad essi si annette una rilevanza puramente amicale, punendo con la morte le pratiche amorose tra persone dello stesso sesso.

Abbandonato il rigore delle antiche scritture, il pensiero cattolico si è successivamente trovato spesso ad affrontare la tematica dell’omosessualità: già nella *Dichiarazione su alcune questioni di etica sessuale*, del 29 dicembre 1975, la Congregazione per la dottrina della fede ha sottolineato il dovere di cercare di comprendere la condizione omosessuale e la necessità di giudicare con prudenza gli atti omosessuali. Comprensione, dunque, e ponderazione, cautela nell’approccio ad un profilo complesso che invita il giurista a dismettere il proprio giudizio morale ed a temperare le differenti situazioni giuridiche coinvolte, i diversi valori in gioco, i distinti principi interessati. Già, poiché nella specie il diritto all’affermazione personale della propria identità, il principio di autodeterminazione devono confrontarsi con le scelte di valore del sistema, con le regole della sua tra-

40 L’espressione è di G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 146.

41 In argomento altresì, G. SALITO, *Profili giuridici di una “nuova solidarietà familiare”*, in *Famiglia e diritto: profili evolutivi di un rapporto giuridico complesso*, Milano, 2007, 239 ss.

42 Per riprendere le parole di G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 163.

dizione, con le prerogative dei terzi, se ed in quanto meritevoli di tutela, e con quelle della società.

E' così che la proiezione relazionale del diritto all'identità sessuale dell'individuo, lungi dal ricevere piena attuazione, assiste, sul piano formale, al (ri)assurgere del sesso a scriminante del riconoscimento di una serie di diritti e di doveri che per tradizione millenaria il nostro ordinamento riserva al concretizzarsi *sub specie* di matrimonio del rapporto uomo-donna. Ciò in quanto in discussione non è il valore del "genere" e, correlativamente, il diritto dell'individuo a scegliere, nel modo ritenuto più opportuno, la propria identità di genere (senza peraltro con ciò indulgere verso teorie *queer* o concetti di "fluidità del genere"⁴³); a venire in rilievo sono, invece, le concrete possibilità di realizzazione della persona, e, quindi, gli strumenti che il diritto può apprestare allo scopo, ponendosi quale bilanciare tra l'io e l'altro da sé. La valutazione giuridica non può, peraltro, prescindere da una constatazione di fatto, dalla circostanza per cui sul piano relazione solo la diversità sessuale è in grado di assicurare alla persona il pieno sviluppo biologico, essendo l'eterosessualità condizione obiettiva per l'apertura alla procreazione⁴⁴. In quest'ottica si comprende perché il sesso, *recte* l'identità di sesso, operando come limite naturale, rilevi anche come limite giuridico. Emblematico, in tal senso, il dettato degli artt. 29-30 cost. che, nell'esprimere il *favor* per la famiglia legittima, riservano l'istituto del matrimonio all'unione dell'uomo e della donna. Ad essi soltanto, in quanto "idonei a procreare secondo natura", è dedicato il significativo disposto dell'art. 30 cost. "La legislazione italiana – che ne attua i principi – è tutta improntata in tal senso. Il codice civile, in primo luogo, indica nella diversità di sesso uno dei requisiti necessari per contrarre matrimonio (pena, a giudizio di taluni, l'inesistenza del matrimonio medesimo o la sua nullità⁴⁵). La legge 1 dicembre 1970, n. 898 (art. 5, commi 1 e 2), a sua volta, include tra le cause di scioglimento del vincolo matrimoniale proprio il venire meno della diversità sessuale tra i coniugi. Sì che è agevole conve-

43 La teoria *queer* è una teoria critica sul sesso e sul genere che nasce intorno agli inizi degli anni novanta, con l'intento di mettere in discussione la naturalità dell'identità di genere, dell'identità sessuale e degli atti sessuali di ciascun individuo, sul presupposto per cui gli stessi sarebbero interamente o in parte costruiti socialmente. Pertanto, secondo tale impostazione, gli individui non potrebbero essere realmente descritti usando termini generali come "eterosessuale" o "donna". In argomento, sul tema, tra gli altri T. DE LAURETIS, *Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities. An Introduction*, in *Differences*, 1991, 3, 2, pp. III-XVIII.

44 La conclusione trova d'accordo L. PALAZZANI, *Identità di genere?*, cit., 65.

45 Sul punto sia consentito il rinvio ad P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2009, 366.

nire sul fatto che l'intera disciplina dell'istituto, vigente nell'ordinamento, postula la diversità di sesso tra marito e moglie, nel quadro di "consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio"⁴⁶.

Esclusa, quindi, dall'identità di sesso tra i *partner* la possibilità di sancire con il crisma della giuridicità le unioni omosessuali, non può, tuttavia, negarsi qualsivoglia garanzia sul piano del diritto a siffatti legami: espressione comunque della dimensione relazione dell'individuo, del *Mitdasein* in cui realizza se stesso. Sovviene sul punto la disciplina dell'art. 2 cost. che assicura tutela ad "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri"⁴⁷. Si tratta, infatti, pur sempre di un legame tra una persona con un'altra che, anche se omosessuale, "deve essere pienamente rispettata nella sua dignità e incoraggiata a seguire il piano di Dio"⁴⁸, ricevendo dal diritto tutela come singolo e come membro di una formazione sociale idonea a favorirne lo sviluppo. In tal senso decisivo si rivela per la regolamentazione degli aspetti strettamente legati allo svolgersi della quotidianità all'interno delle convivenze tra persone dello stesso sesso sia il ricorso a sperimentate soluzioni di diritto comune, sia il rinvio al formante dottrinale e giurisprudenziale affinché traccino le coordinate per la regolamentazione del fenomeno⁴⁹. Tanto sul presupposto per cui anche in queste ipotesi è dato riscontrare il fondamento comune di tutte le forme di convivenza: personalismo, solidarismo, democraticità.

46 Trib. Venezia, 3 aprile 2009, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 9, 1, 911.

47 Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. e dir.*, 2010, 7, 653 ss.

48 Cfr. Catechismo della Chiesa, 2357-2359, il quale sottolinea la necessità di un "impegno particolare nell'esercizio della castità". Il PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, cit., 128, a sua volta precisa che "il doveroso rispetto non significa legittimazione di comportamenti non conformi alla legge morale né, tanto meno, il riconoscimento di un diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, con la conseguente equiparazione della loro unione alla famiglia".

49 In argomento si v. P. STANZIONE, G. AUTORINO, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Unioni di fatto. Affidato condiviso. Patto di famiglia. Prospettive e riforme*, Trattato di diritto di famiglia, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Torino, 2006, 27.

5. È dunque la necessità di tutelare la persona, anche allorquando “l’io registra dentro di sé un bisogno-desiderio che lo apre ad un «fuori di sé»⁵⁰”, che giustifica e spiega il riconoscimento di diritti alle unioni nelle quali la persona medesima opera e si afferma. Non si vuole per tale via negare la rilevanza che comunque assume sul piano biologico – prima ancora che su quello sociale o giuridico – l’appartenenza all’uno piuttosto che all’altro sesso. La crisi del modello assimilazionistico e di quello universalistico ha, infatti, dimostrato che l’affermazione dell’eguaglianza passa in ogni caso attraverso il riconoscimento di un “diritto alla differenza” che tenga conto, teoricamente, delle diversità tra gli esseri umani e che si faccia carico, in particolare, della diversità sessuale⁵¹. In quest’ottica non stupisce pertanto la precisazione dell’art. 230 *bis*, comma 2, c.c. secondo cui “il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell’uomo”. Né, parimenti, si vuole disconoscere il valore che la differenza sessuale assume nell’individuare anche socialmente la persona. Ogni relazione interpersonale, in altri termini, risente del sesso, maschile o femminile, del soggetto: “così non può esserci confusione tra l’essere *padre* o *madre* e neppure tra *fratello* e *sorella* infine neppure tra *amico* e *amica*”⁵².

Al contrario, proprio muovendo da una tale considerazione e dalla comprensione di tutto quell’ordito di situazioni, legami, sentimenti che essa sottende, si comprende perché l’aprirsi dell’individuo alla relazione con altri soggetti determina un ridimensionamento del suo diritto a vedere affermata e riconosciuta la propria identità sessuale; ridimensionamento giustificato e, sotto certi aspetti imposto, dal prevalere di interessi ulteriori ritenuti dall’ordinamento meritevoli di tutela. Allorquando il diritto della persona ad “essere se stesso”⁵³ collida con il pari diritto di terzi a non subire un pregiudizio nello sviluppo armonico ed equilibrato della loro personalità, si impone un ri-baltamento del rapporto sesso/genere. In simili eventualità, è la vita di relazione a definire “la dimensione umana da proteggere”⁵⁴ e che prevale, pertanto, su quella monadica del singolo.

50 Per riprendere l’espressione di G. MARENGO, *Libertà e identità sessuale*, in *Evangelizzare nella cultura del pansessualismo*, Roma, 2004, 67.

51 L. PALAZZANI, *op. cit.*, 15.

52 Così, ancora, G. MARENGO, *Libertà e identità sessuale*, cit., 68.

53 In questi termini si esprime la stessa Cassazione. Si veda così Cass. pen., 16 aprile 1993, in *Giur. pen.*, 1994, II, 77.

54 Sottolinea, così, la necessaria socialità dei diritti della personalità G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto alla identità personale*, in *Giur. merito*, 1984, 471.

L'operare così di un principio di responsabilità spiega la ridefinizione del rapporto tra *sesso* e *genere* ed il prevalere della prima delle due categorie nella regolamentazione di taluni istituti del diritto positivo. Il sesso, in altri termini, nelle situazioni in cui la relazionalità ha precisi riflessi sulla condizione di soggetti esterni, perde il suo carattere di componente naturale del più ampio *genus* in cui si riassumono le fattezze fisiopsichiche dell'uomo e si impone quale presupposto indefettibile dello stesso configurarsi di situazioni giuridiche. Emblematica in simile scenario è la disciplina della filiazione: la tutela nella specie dell'interesse prevalente del minore, infatti, giustifica la richiesta della diversità di sesso prima ancora che di ruoli che deve caratterizzare i genitori affinché il figlio riceva quel modello educativo completo e bivalente necessario e funzionale al suo armonico sviluppo. Si comprende in quest'ottica la scelta del legislatore del 1975 di riconoscere in capo ad entrambi i genitori l'esercizio della potestà, quale corollario doveroso quanto scontato dell'eguaglianza dei coniugi in seno alla famiglia. Si spiega, parimenti, nella medesima prospettiva il divieto di adozione posto dalla legge per le persone non unite in matrimonio, salvi i casi particolari, di cui all'art. 44 della legge 4 maggio 1983, n. 184, – ma con effetti limitati rispetto all'adozione legittimante – e le speciali circostanze di cui all'art. 25, commi 4 e 5, della medesima legge.

Vero è, tuttavia, che se è all'interesse prevalente del minore che si intende avere riguardo, deve rilevarsi come esso non si presti ad essere spiegato, nella sua complessità, attraverso il ricorso a definizioni generali ed universali, valevoli per i differenti contesti culturali e familiari all'interno dei quali il minore medesimo si trovi a svolgere la propria esistenza. Non può non evidenziarsi, infatti, come “l'interesse del minore – clausola generale, nozione a contenuto variabile o porta aperta alla discrezionalità del giudice come taluno criticamente afferma – sia concetto di difficile ma non impossibile determinazione⁵⁵”. Il minore, del resto, incarna una personalità *in fieri* di cui va rispettata la volontà che non sia frutto di arbitrio, moda o capriccio, ma che si modelli nel tempo ed in relazione alle circostanze concrete.

Di qui la necessità di una valutazione casistica alla luce della quale stemperare, altresì, il rigore del bilanciamento di interessi del genitore a vivere liberamente la propria identità anche sessuale e del figlio a ricevere un modello educativo bigenitoriale basato sulla diversità dei sessi tra padre e madre. Ne deriva che il transessualismo non costituisce *tout court* motivo di turbamento o di conseguente, necessario, allontanamento del genitore,

55 In questi termini G. AUTORINO, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 195.

ma la sua incidenza sulla serenità e sulla crescita del minore va determinata sulla base della particolarità di ogni esperienza, con riguardo all'età ed alla maturità dei soggetti coinvolti. La giurisprudenza, dal canto suo, mostra ormai di considerare giuridicamente irrilevanti ai fini dell'affidamento della prole le condizioni personali o le condotte del genitore, le quali, ancorché contraddistinte da illegalità o contrarietà alla morale corrente, non incidano sul rapporto con i figli e con lo sviluppo armonico della loro personalità. In tal senso, la stessa omosessualità del genitore non è vista come un ostacolo alla continuazione del legame con il figlio⁵⁶, quante volte il genitore medesimo sia comunque in grado di svolgere il proprio ruolo.

È, così, alle singole concrete vicende che occorre avere riguardo ed ai riflessi che ciascuna situazione ha sul minore: altro, infatti, è, ad esempio ai fini dell'affidamento, se il transessuale non si sia risposato né si risposi; altro se sia intervenuto nuovo matrimonio. Altro ancora è poi se il minore sia abituato a vedere il genitore in un determinato ruolo, essendo in simile ipotesi più traumatico per lui il cambiamento che osserva nella vita e nella condotta di quella figura parentale. Ne deriva allora che “non sono certo le tendenze sessuali che determinano la capacità di una persona ad essere genitore, posto che rileva unicamente l'idoneità a sapere educare, istruire e mantenere i figli, in un ambiente sereno e tale a determinare per loro un armonico sviluppo della personalità”⁵⁷.

La conclusione non sorprende. La persona, “ens sibi” – come ricorda Tommaso d'Aquino – “centro di valori”, esige riconoscimento e protezione “nella sua irripetibile ed ineliminabile singolarità” dal momento che essa esiste anzitutto come *soggettività*, come centro di *coscienza* e di *libertà*⁵⁸. E, dunque, le inclinazioni e le tendenze sessuali perdono di rilevanza allorché non si pongono quale limite al corretto svolgersi della sfera di terzi o quale pretesa per l'accesso ad istituti fondati – per tradizione, cultura, politica, religione – e riservati a persone di sesso differente. Inclinazioni e tendenze sfumano in quell'insieme di dettagli che nel loro articolato complesso concorrono a delineare l'individualità e, quindi, l'identità di ognuno. Il “genere”, in tal senso, rappresenta un momento successivo, una delle possibili e molteplici espressioni dell'io destinata a ricevere tutela, nella sua unitarietà, quante volte la stessa sia, a giudizio dell'ordinamento, possibile, perché in armonia con i valori e le regole che improntano il sistema.

56 Da ultimo Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2007, 6, 1581 ss.

57 Così A. FIGONE, *Nota a Cass. 17 ottobre 1995, n. 10833*, in *Fam. e dir.*, 1996, 1, 25.

58 Lo ricorda il PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, cit., 70.

Ed, infatti, come insegna la filosofia tomistica, “il fine ultimo e primario della società civile” resta in ogni caso “l’appagamento morale dell’animo umano”⁵⁹, di quell’animo che esprime e ripete il sembiante del suo Creatore (“*Dio credè l’uomo a sua immagine; a immagine di Dio lo credè*”: Gen. I, 27) e che consente di concludere che *l’homo est Dei capax*⁶⁰.

59 Sul punto per la ricostruzione del pensiero tomistico R. PIZZORNI, *Diritto etica e religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d’Aquino*, Bologna 2006, 542.

60 Così il *Catechismo della Chiesa Cattolica*, titolo del c. 1°, sez. 1^a, parte 1^a.