

Nuove tecnologie, pubblici poteri ed esigenze di tutela L'intervento regolatore come garanzia dei diritti emergenti

Cristina Caricato
Sapienza Università di Roma

Riassunto

Le nuove tecnologie, diversificando le modalità di interazione, entrano dirompenti nella sfera intima della persona. I pubblici poteri ricevono quindi nuove richieste di tutela, che, se trovano un primo riscontro nella giurisprudenza, richiedono tuttavia un intervento regolatorio capace di difendere le posizioni più fragili e garantire l'eguaglianza dei diritti, attraverso precise azioni legislative intraprese sulla base di scelte di valore.

Parole chiave: diritti, persona, tecnologie

Abstract. *New Technologies, Public Powers and Protection Demands. Regulatory Intervention as a Guarantee of Emerging Rights*

By diversifying the modalities of interaction, the new technologies disruptively enter the intimate sphere of the person. The public authorities are therefore receiving new demands for protection that, although they find a preliminary response in jurisprudence, nevertheless require a regulatory intervention capable of defending the most fragile positions and guaranteeing equal rights, by means of precise legislative actions undertaken on the basis of value choices.

Keywords: rights, person, technologies

DOI: 10.32049/RTSA.2021.4s.01

1. Premessa

È stato scritto che «la tutela dei diritti dei singoli e delle collettività nella società contemporanea dipende in gran parte dalla coscienza collettiva di tali diritti. Di questa elementare verità non siamo, forse, abbastanza consapevoli, se è vero che l'educazione sociale in questo campo tende ad essere confinata all'ambito specialistico dei giuristi o degli attivisti dei diritti umani»; «l'educazione ai diritti umani è il fondamento stesso dei valori di democrazia e di convivenza pacifica, ai quali si ispira ogni moderna società e, per tale ragione, coinvolge tutti i settori, in cui la società stessa è organizzata» (Marchisio, 2000).

Essa deve essere diretta «al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». In altri termini, deve ormai ritenersi acquisita la consapevolezza che, ove la promozione della dignità della persona

costituisce il principio guida a cui si ispira la società, la ricerca del bene comune diviene l'impegno predominante e si pongono le basi più solide e durevoli per l'edificazione della pace. Allorché, al contrario, i diritti umani sono ignorati o disprezzati, il perseguimento di interessi particolari prevale, ingiustamente, sul bene comune, seminando i germi dell'instabilità, della ribellione e della violenza.

Se è vero che le biotecnologie, l'ingegneria genetica, la bioetica, lo studio del genoma umano, le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione suscitano interrogativi (Paradiso, 2016)¹, con i quali ogni persona deve confrontarsi, sia come singolo sia nelle formazioni sociali di cui fa parte, il valore fondamentale appare la dignità della persona, posta in costante relazione di condivisione con gli altri individui dotati della medesima dignità.

L'educazione ai diritti umani è, dunque, una responsabilità di tutti.

Le parole fortemente evocative sopra richiamate sollecitano la riflessione sul tema, attuale e stimolante, dei diritti della persona e delle nuove esigenze di tutela che emergono nel tessuto sociale grazie al dirompente ingresso nella sfera intima della persona e nelle conseguenti relazioni giuridiche di nuove tecnologie. In passato, sarebbe stato impensabile immaginare la corsa del progresso. Viceversa, l'onnipotenza tecnologica dei tempi moderni consente di esaudire desideri e impone nel contempo di ordinare le nuove categorie giuridiche, nell'ottica di consentire la piena realizzazione della personalità umana. D'altronde, anche «i diritti umani si rinnovano. Essi hanno, certamente, una base naturale e universale, ma costituiscono, allo stesso tempo, realtà evolutive, che impongono di interpretare la vita sociale nelle sue forme differenziate».

Il diritto cerca affannosamente di regolare questi fenomeni, nello sforzo di assecondare i desideri umani resi possibili dalla tecnologia, ma di rado riesce a stare al passo. Più sensibile

¹ «C'è veramente qualcosa di nuovo in tutto questo o si tratta semplicemente di uno dei tanti mutamenti che hanno attraversato la storia, modificando la visione del mondo e, perciò, le strutture politiche e sociali? Non dobbiamo forse rallegrarci se in definitiva, e come a ogni piè sospinto si ripete, è la persona umana che è posta al centro, se sono i suoi diritti fondamentali che finalmente ricevono protezione sostanziale e non solo formale da un "diritto mite"? La novità, a mio modo di vedere, consiste nella rinuncia, anzi: nel rifiuto a indicare in che cosa consista la «dignità umana» posta alla base del nuovo sistema di relazioni. È in definitiva il rifiuto di selezionare, nel variegato e contingente mondo dei fatti, le realtà meritevoli di protezione. Apparentemente si tutela la dignità dell'essere umano, di fatto si tutela la dignità dell'esistente; in teoria si tutelano i bisogni umani, in pratica si tutelano i desideri individuali, con l'unico limite della fattibilità» (Paradiso, 2016, p. 136 e ss.)

si rivela allora la giurisprudenza che, con la propria costante opera di interprete delle esigenze emergenti, cerca di fornire rapide risposte alle nuove problematiche, in attesa di interventi del legislatore che tardano a concretizzarsi.

In questa tensione appena descritta si inseriscono in primo luogo recenti questioni in materia di transessualismo (Patti, 1999; Stanzione, 1992).

Com'è noto, la materia è da tempo regolata dalla legge 14 aprile 1982, n. 164, recante *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*. Essa dispone (art. 1) che «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». L'originario art. 3 della citata legge, a mente del quale «Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio» è stato modificato dall'art. 31, 4° comma, del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, recante *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione*, nel senso che non è più necessaria una seconda decisione in camera di consiglio volta ad ottenere la rettificazione dell'attribuzione di sesso. Difatti, il legislatore con una formulazione parzialmente diversa, stante il riferimento al passaggio in giudicato della sentenza autorizzativa del trattamento medico-chirurgico, ha soppresso la seconda frase dell'art. 3, eliminando la necessità del secondo passaggio giudiziale (La Torre, 2011).

Al riguardo si sono poste diverse problematiche, oggetto di interessanti sentenze, delle quali si cercherà di dare brevemente conto.

2. Transessualismo e modificazione dei caratteri sessuali “primari”

In primo luogo, una recente sentenza della Corte costituzionale ha affrontato la questione della necessità o meno, alla luce dell'attuale evoluzione in materia, della modificazione dei

caratteri sessuali primari, al fine di ottenere la rettificazione di attribuzione di sesso.

Il caso da cui la sentenza trae origine riguardava un'istanza di rettificazione di attribuzione di sesso da femminile a maschile, promossa da una donna – non sposata e senza figli – che, avendo percepito sin dall'età di sette anni un'identità maschile, abbigliandosi sin da allora in tal senso e presentandosi così anche nell'ambiente sociale, sentendo altresì una propensione sessuale verso le donne, avvertiva disagio a causa del fatto che le risultanze anagrafiche attestassero il genere femminile. La donna – che si era già sottoposta a terapia ormonale mascolinizante – chiedeva pure l'autorizzazione a compiere, in via eventuale e futura, gli interventi medico-chirurgici necessari alla demolizione dei propri organi sessuali, nonché alla ricostruzione di quelli maschili, tramite isterectomia, mastectomia e falloplastica, anche se ritenuti non indispensabili.

Il Tribunale di Trento² ha sollevato questione di legittimità costituzionale³ (in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, comma 1°, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cosiddetta CEDU, nella cui sfera di tutela attinente al rispetto della vita privata⁴ e familiare può ben farsi rientrare a pieno titolo il diritto all'identità di genere⁵), della già citata l. n. 164/1982. Come si è visto, essa dispone che «La rettificazione si fa [...] a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali» (Patti, 2016).

Il giudice rimettente pone il quesito se la disposizione censurata, subordinando la rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso all'intervenuta modificazione dei caratteri

² L'ordinanza di rimessione (Trib. Trento, 20 agosto 2014, n. 228) è pubblicata in *G.U.*, 1^a Serie speciale, 17/12/2014, n. 52.

³ Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221.

⁴ Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare, sul diritto all'identità di genere come aspetto del diritto alla vita privata, v. CEDU, *Christine Goodwin contro Regno Unito*, decisione del 11 luglio 2002, ric. n. 28957/95; sul diritto di decidere i particolari della propria identità di essere umano, v. CEDU, *Pretty contro Regno Unito*, decisione del 29/04/2002, ric. n. 2346/02; CEDU, *L. contro Lituania*, decisione del 11/09/2007, ric. n. 27527/03, ha condannato la Lituania, la cui legislazione è stata considerata lacunosa, non prevedendo fino al completamento della procedura di cambiamento di sesso la possibilità di annotazioni rettificative sui precedenti certificati e documenti di identità. Interessante anche la recentissima sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha condannato la Turchia, che non aveva consentito il cambiamento di sesso a una persona transessuale ancora in grado di procreare: CEDU, *YY contro Turchia*, decisione del 10/03/2015, ric. n. 14793/08.

⁵ Ritiene che il diritto di realizzare la propria identità sessuale nella vita di relazione sia da ritenere un aspetto e un fattore di svolgimento della personalità Corte cost., 23 maggio 1985, n. 16. La sessualità è uno dei modi essenziali di espressione della persona umana; pertanto, il diritto di disporne liberamente è un diritto soggettivo assoluto, secondo Corte cost., 18/12/1987, n. 561, sia pure con riferimento a un diverso caso di violenza carnale commessa in occasione di operazioni belliche.

sessuali primari attraverso trattamenti clinici estremamente invasivi, pregiudichi l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere, non potendosi – allo stato – interpretare la suddetta norma nel senso di ritenere ammissibile la rettificazione dell'attribuzione di sesso anche in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari.

La decisione appena richiamata è stata emanata ad appena tre mesi da altra sentenza della Suprema Corte⁶, che ha eliminato, almeno in parte, il cosiddetto «costringimento al bisturi» (Patti, 1982), statuendo che la rettificazione di attribuzione di sesso non impone necessariamente l'adeguamento mediante intervento chirurgico (Bonifacio e Malannino, 1983; Sciancalepore e Stanzione, 2002) dei caratteri sessuali “primari”. Nonostante si tratti di un innegabile progresso in tale delicata materia, la Corte costituzionale avrebbe potuto compiere un ulteriore passo avanti, sopprimendo la necessità anche dei trattamenti ormonali (Bilotta, 2013; Dogliotti, 1987; Mantovani, 1985; Vecchi, 1994), conformando in tal modo la normativa italiana all'evoluzione riscontrabile in molti paesi europei a seguito di intervenute modifiche legislative e di sentenze di corti costituzionali. Viceversa, la Consulta – anche aiutata dal quesito di costituzionalità, limitato alla obbligatorietà o meno della modificazione dei soli caratteri sessuali “primari” – si è in un certo senso “appiattita” sulla decisione della Corte di cassazione sopra richiamata, evitando di entrare nel merito e dichiarando non fondata la suddetta questione di costituzionalità, potendo della norma impugnata essere fornita una interpretazione costituzionalmente orientata, secondo i principi già tracciati dalla Suprema Corte.

Infatti, l'ordinanza di rimessione censura espressamente l'obbligatorietà dei trattamenti ormonali, ritenendoli «una grave ed inammissibile limitazione al riconoscimento del diritto all'identità di genere», ma non sviluppa poi tale profilo. Da ciò la Corte costituzionale avrebbe potuto cogliere l'occasione per trattare questo aspetto.

I profili di rilevanza e di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità

⁶ Cass., 20 luglio 2015, n. 15138 (Amram, 2015). Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Genova, 5 marzo 2015 (Bartolini, 2015), che ritiene che il trattamento chirurgico sia necessario solo nella misura in cui occorra assicurare all'interessato uno stabile equilibrio psicofisico. L'intervento chirurgico deve essere «l'unica strada per potere contribuire a garantire o quantomeno a migliorare il benessere psichico-sociale del richiedente», secondo Trib. Roma, 11 marzo 2011. È necessario l'intervento per Trib. Roma, 18 luglio 2014; Trib. Bologna, 5 agosto 2005; *Contra* Trib. Messina, 4 novembre 2014 che ritiene sufficiente intervenire sui soli caratteri sessuali “secondari”; Trib. Rovereto, 3 maggio 2013; Trib. Roma, 18 ottobre 1997.

appaiono motivati in maniera anche sovrabbondante e possono essere così riassunti.

Quanto alla rilevanza, afferma il giudice *a quo* che alla fattispecie sottoposta al suo esame si applica l'art. 1, 1° comma, l. n. 164/82, dal cui tenore letterale emerge senza dubbio che la rettificazione può avere luogo solo a seguito di intervento modificativo dei caratteri sessuali primari. Ad avviso del Tribunale, l'art. 31 d.lgs. n. 150/2011 – prevedendo che «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato» – configura il trattamento chirurgico sì come eventuale, ma non nel senso che l'intervento possa essere evitato, ma solo in considerazione del fatto che in taluni casi i caratteri sessuali primari risultano già modificati (ad esempio, in caso di operazioni praticate all'estero o di modificazioni congenite).

Sotto il profilo della non manifesta infondatezza, il Tribunale rileva un contrasto tra la suddetta norma applicabile al caso di specie e gli artt. 2, 3, 32 e 117, comma 1°, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU, nella cui sfera di applicazione rientra anche il diritto all'identità sessuale sub specie di diritto all'identità di genere.

Premesso che ogni persona ha un sesso “anagrafico” attribuitogli al momento della nascita in base a un esame morfologico degli organi genitali, di regola coincidente con il sesso “biologico”, vi sono talune ipotesi nelle quali il sesso “legale” non corrisponde a quello reale. Quando ciò avviene, l'attribuzione effettuata alla nascita diventa una finzione, perché si realizza uno scostamento tra soma e psiche. Pertanto, «in un paese civile l'identità sessuale viene accertata tramite i documenti di identità e non certo per mezzo di un'ispezione corporale» e, posto che il diritto alla rettificazione di attribuzione di sesso costituisce un diritto della personalità, «non sembra consentito al legislatore ordinario subordinarlo a restrizioni tali da pregiudicarne gravemente l'esercizio, fino a vanificarlo».

È noto che la mancanza di chiarezza della legge in esame abbia nel tempo avuto notevoli ripercussioni sui suoi effetti giuridici. Tra i diversi punti oscuri, quello che ha sollevato maggiori discussioni riguarda il tipo di trattamento richiesto. Le incertezze richiamate sono ricollegabili alla ambigua formulazione dell'art. 1, che – come già ricordato – postula «interventive modificazioni dei caratteri sessuali», ingenerando dubbi tanto sulle

modificazioni richieste, quanto sul riferimento ai caratteri sessuali. Tale indeterminatezza si appalesa quanto mai pericolosa, dal momento che – come difatti è avvenuto – potrebbe determinare decisioni discordanti motivate talora da convinzioni personali dei giudici.

Né validi argomenti testuali potevano essere offerti dall'art. 3 della l. n. 164/1982, che si limitava a stabilire che «il tribunale quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali, da realizzare mediante trattamento medico chirurgico, lo autorizza con sentenza». Tale disposizione è stata abrogata e trasfusa nel già richiamato art. 31, 4° comma, d.lgs. 150/2011.

Alla luce di tale ambiguità, la sentenza della Corte costituzionale sopra richiamata costituisce, pertanto, come può leggersi nel testo, «l'approdo di un'evoluzione culturale e ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona». Molta strada invero è stata percorsa dalla storica sentenza della Corte costituzionale 23 maggio 1985, n. 161 (Lorenzetti, 2013). Se si pone mente alle argomentazioni contenute in tale importante provvedimento, già dalla terminologia allora impiegata emergeva con chiarezza quella evoluzione della civiltà giuridica, «sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana», preannunciata dalla stessa Consulta. In quella sede la Corte costituzionale metteva in luce come le norme ivi censurate si ponessero nel solco della tutela di situazioni definite «anomale», affermando che «la legge n. 164 del 1982 si è voluta dare carico anche di questi “diversi”, producendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza».

A distanza di appena trent'anni, la Corte – dopo avere rilevato la mancanza nella norma censurata di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali ovvero conseguenti a una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione – ribadisce con chiarezza l'interpretazione costituzionalmente orientata, cioè operata alla luce dei diritti della persona, già offerta dalla Suprema Corte, escludendo – senza bisogno di intervenire sulla legge – la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione

dell'attribuzione di sesso, dell'intervento chirurgico, ritenuto solo una delle possibili opzioni per il conseguimento da parte dell'interessato del proprio personale percorso di transizione. Invero, come è stato posto in luce dalla dottrina (Patti, 2015b), appare «mutato lo stesso fenomeno del transessualismo essendo diversi i desideri e le richieste dei soggetti interessati». Infatti, se – come si legge nella sentenza della Corte costituzionale 23 maggio 1985, n. 161 – «il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto, dal suo “naturale” modo di essere», perché in tale soggetto «l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche», il che rende indispensabile il ricorso al trattamento chirurgico, nella decisione dei Giudici delle leggi il ricorso allo strumento chirurgico viene prefigurato come una mera eventualità nel quadro del benessere della persona, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, cioè solo ove sia funzionale al conseguimento da parte della persona di uno stabile equilibrio psicofisico.

La soluzione adottata dalla Consulta è dunque certamente innovativa rispetto alla sua precedente giurisprudenza e rispettosa delle norme costituzionali, ma sembra non avere voluto affrontare un'ulteriore delicata problematica, se cioè sia possibile pretendere dalla persona transessuale, in difetto di intervento modificativo dei caratteri sessuali primari, l'adeguamento dei caratteri sessuali cosiddetti “secondari”. Difatti, la Corte, pur tenendo conto della riportata evoluzione culturale e del mutamento delle aspirazioni dei soggetti che accedono al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, si premura di ricordare che rimane tuttavia ineludibile un rigoroso accertamento delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo. In tal modo, i giudici si limitano a ripetere le argomentazioni della Suprema Corte, mostrando apparentemente di non avvedersi delle ulteriori questioni che esse sollevano.

La Corte costituzionale avrebbe potuto cogliere l'occasione per affermare con forza, alla luce delle tante istanze dottrinali e della giurisprudenza anche internazionale, la non indispensabilità di trattamenti volti alla modificazione dei caratteri sessuali “secondari”, che a volte possono essere effettuati anche mediante trattamento chirurgico (si pensi ad esempio alla mastoplastica additiva).

L'alterazione dell'equilibrio psicologico della persona, che con la interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di legge si vorrebbe scongiurare, ben può essere, infatti, la conseguenza di un trattamento chirurgico avente ad oggetto i soli caratteri sessuali secondari.

In definitiva, la Corte costituzionale avrebbe potuto fare un passo ulteriore, risolvendo il delicato problema del «grado di adeguamento» (Patti, 2007) necessario per consentire la rettificazione, cioè di quale sia il trattamento minimo richiesto⁷ o se addirittura non ne occorra alcuno, potendosi ammettere la rettificazione sulla base del solo convincimento della persona di appartenere all'uno o all'altro sesso o di non appartenere ad alcuno.

La nozione di identità di genere è profondamente mutata e rende difficoltoso inquadrare le innumerevoli sfumature della realtà entro rigidi schemi predefiniti. In alcuni Paesi la rettificazione di attribuzione di sesso può essere fatta sulla base del mero convincimento individuale di appartenere all'altro sesso e in altri, come in Austria (dove l'intervento chirurgico non costituisce più una condizione per la rettificazione a far data dalla sentenza del *Verwaltungsgerichtshof* del 27 febbraio 2009), prendendo atto della circostanza per cui alcune persone transessuali non sentono di appartenere all'uno o all'altro sesso, si consente di registrare all'anagrafe nomi di genere neutro, valevoli cioè tanto per il sesso maschile quanto per il femminile, spesso esotici, proprio a volere sottolineare l'equidistanza dai due sessi. La città di Vienna, con l'intento di snellire il relativo procedimento, richiede – sin dal febbraio 2013 – alle persone che vogliono rettificare l'attribuzione di sesso solo un certificato di uno psicoterapeuta, che attesti il personale convincimento di appartenere a un sesso diverso da quello attribuito alla nascita e, a seguito della rettificazione di attribuzione di sesso, per assumere un nome neutro è richiesto solo il pagamento di una modesta tassa amministrativa.

Molti altri esempi dell'evoluzione che il fenomeno sta subendo possono essere fatti richiamando altri ordinamenti europei, ma ciò che emerge è la sempre maggiore rilevanza acquisita dal requisito soggettivo (personale convincimento) – in Italia non richiesto espressamente dal legislatore, ma implicitamente desumibile dalla facoltà di acquisire una

⁷ Sul grado di adeguamento richiesto ai fini della rettificazione di attribuzione di sesso, v. Trib. Pavia, 2 febbraio 2006.

consulenza tecnica su tale aspetto – rispetto a quello oggettivo (modificazione dei caratteri sessuali).

Attenta dottrina, movendo dal d.d.l. 9 aprile 2013, n. 405, presentato al Senato nella XVII legislatura, che richiedeva quale unico presupposto ai fini dell'accesso al percorso di rettificazione anagrafica il convincimento personale di appartenere all'altro sesso, ha auspicato che sia questa la soluzione che venga alla fine adottata nel nostro ordinamento, dato che essa – oltre a porre fine alle incertezze della giurisprudenza – garantirebbe il pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona.

In effetti, il diritto all'identità di genere dovrebbe essere considerato un diritto che non conosce bilanciamenti rispetto all'interesse pubblico, discendendo direttamente dal diritto alla salute tutelato dall'art. 32 Cost. Non possono sussistere interessi superiori da tutelare, non potendosi considerare tali né quello alla certezza nell'individuazione soggettiva dei generi e, in definitiva, delle relazioni giuridiche, che comunque sarebbe assicurata dalle risultanze anagrafiche, né quello alla necessaria diversità sessuale nell'ambito delle realtà familiari, in relazione alla quale – oggi più che mai – si pongono dubbi.

3. Verso l'enucleazione di un “terzo genere”. Il precedente francese

La Corte costituzionale, ammettendo la non necessarietà dell'intervento chirurgico volto all'adeguamento dei caratteri sessuali primari, ma richiedendo l'avvicinamento al sesso desiderato attraverso trattamenti ormonali o di medicina estetica, non si è avveduta di avere di fatto configurato un terzo genere, perché la circostanza che non sia richiesta la demolizione dei caratteri sessuali primari comporta che sia ben possibile la compresenza di caratteri sessuali maschili e femminili, atti a realizzare quella «combinazione di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi», che la Suprema Corte mostrava di volere scongiurare.

Verso l'affermazione di un “terzo genere” – quello neutro – sembra da ultimo muoversi – sia pure con riferimento a un caso del tutto specifico – la giurisprudenza d'oltralpe. Una

recente decisione francese⁸, in occasione di un'istanza di rettificazione degli atti dello stato civile, ha ordinato che nell'atto di nascita di un uomo la menzione del sesso maschile venga sostituita dal riferimento al "sesso neutro". Il richiedente era una persona "intersessuale", cioè – come si legge nella sentenza francese – con organi genitali non corrispondenti al normotipo anatomico né maschile né femminile, che affermava di non sentirsi né uomo né donna, ma risultava registrato all'anagrafe come uomo. L'interessato – premesso che nell'ordinamento francese nessuna disposizione imporrebbe la binarietà dei sessi – chiedeva che il proprio sesso fosse registrato all'anagrafe come "neutro". Il giudice francese, movendo dall'esame della documentazione medica, rilevava che l'interessato presentava un «ipogonadismo con impuberismo», in particolare una perdita di funzioni riproduttive (assenza di gonadi) e una assenza di sviluppo sessuale; dalla perizia medico-legale era emerso che i suoi organi genitali avevano conservato nell'età adulta aspetti prettamente femminili (una "vagina rudimentale") e maschili ("micro-pene") e non era riscontrabile la produzione di alcun ormone sessuale, né di natura maschile (testosterone) né femminile (estrogeno). A livello comportamentale, la perizia, nonché le testimonianze assunte, ponevano in luce l'esistenza di numerosi indici di una ambivalenza sessuale: l'interessato era stato costretto a conformarsi all'identità che gli era stata assegnata alla nascita «a caso», probabilmente in base alle preferenze personali dei genitori; fino al compimento del trentacinquesimo anno di età l'istante presentava sembianze femminili, perse poi in parte grazie a un trattamento ormonale, che gli aveva conferito un aspetto maschile (barba, voce più profonda). Da ciò derivava l'impossibilità di definire il sesso del richiedente da un punto di vista morfologico, ormonale e soprattutto psicologico.

Il giudice francese esamina in primo luogo la normativa vigente. In materia, l'art. 57 *Code civil* afferma che «l'atto di nascita specificherà il giorno, l'ora e il luogo di nascita, il sesso del neonato». Tale disposizione presuppone necessariamente che il sesso del neonato possa essere determinato, cosa che viceversa non sempre è possibile, come si desume dall'art. 55 della circolare del 28 ottobre 2011 relativa alle regole particolari concernenti alcuni atti di stato civile: tale provvedimento consente che non venga indicato nell'atto di

⁸ Trib. gr. inst. Tours, 20 agosto 2015.

nascita alcun riferimento relativo al sesso del neonato «se in certi casi eccezionali i medici ritengano di non poter immediatamente fornire alcuna indicazione sul sesso probabile del neonato». La deroga è tuttavia temporalmente delimitata, nel senso che l'ufficiale di stato civile dovrà provvedere all'attribuzione del sesso al nato entro uno o due anni dalla nascita dopo che questi si sia sottoposto a trattamenti appropriati, mentre non si prevede l'ipotesi che il sesso dell'interessato non possa in alcun modo essere determinato, come nel caso di specie. In effetti, ad avviso del giudicante, il sesso che è stato assegnato al richiedente alla nascita appare come una pura finzione, frutto di un'imposizione, che si pone in aperto contrasto con l'art. 8, comma 1°, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Interessante il passaggio della sentenza, ove si precisa che la difficile realizzazione della situazione in cui si trova il ricorrente non rimette in discussione la nozione ancestrale della binarietà dei sessi, «né vi è la minima intenzione da parte del giudice di riconoscere l'esistenza di un qualsivoglia "terzo sesso", ma semplicemente quella di prendere atto dell'impossibilità nel caso di specie di ricondurre l'interessato a quello o quell'altro sesso e di constatare che l'espressione che risulta nell'atto di nascita di quest'ultimo è semplicemente erronea».

4. Transessualismo e nome

Il diritto al nome è un fondamentale segno distintivo dell'identità personale e costituisce un diritto inviolabile costituzionalmente tutelato (art. 2 e 22 Cost.).

Le ipotesi di cambiamento, aggiunte e rettificazioni del nome sono disciplinate dal d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, così come modificato dal d.p.r. 13 marzo 2012, n. 54. Esso prevede ipotesi di cambiamento del cognome (art. 84), modificazione del prenome o del cognome (art. 89) e di rettifica (art. 95 ss.) o semplici correzioni di errori materiali (art. 98 ss.). In particolare, per il cambiamento del prenome, la domanda deve essere presentata al prefetto, il quale decide sulla stessa con provvedimento, impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, emesso a seguito di una complessa attività istruttoria. L'art. 35 d.p.r.

396/2000 prescrive che il nome imposto a un bambino debba corrispondere al sesso dello stesso e che la competenza a decidere sulle istanze volte al cambiamento del nome «perché vergognoso o ridicolo o perché rivela la sua origine naturale» spetta al prefetto.

La legge n. 164/1982 non contiene una normativa autonoma né tantomeno puntuale circa il cambiamento del prenome della persona transessuale (Stanzione, 2001; Varano, 2009), creando dubbi interpretativi sotto molti profili, che la dottrina più attenta sin dall'entrata in vigore della legge ha ampiamente posto in luce (Patti, 1983). In effetti, la legge sulla rettificazione di attribuzione di sesso si è limitata a prevedere all'art. 5 che «Le attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome», disposizione da valutare positivamente, perché in sua assenza sarebbe rimasto privo di soluzione uno dei problemi più delicati legati alla condizione transessuale, e che tuttavia lascia aperte domande sulle modalità del cambiamento del nome (se ad esempio debba volgersi al maschile e viceversa il nome assegnato alla nascita o sia possibile lasciare spazi di autonomia, consentendo alla persona transessuale di adottare un nome completamente nuovo, ecc.).

Quello che sin da subito è risultato chiaro è che la legge italiana, privilegiando una soluzione unitaria per l'attribuzione di sesso e il cambiamento del nome (a differenza della soluzione bipartita – piccola e grande – che vige ad esempio nel diritto tedesco), ha voluto adottare il massimo rigore, richiedendo una corrispondenza assoluta tra sesso anatomico e nome e manifestando – a torto o a ragione – preferenza per l'interesse alla certezza nei rapporti giuridici rispetto all'interesse individuale alla coincidenza tra il sesso percepito e il nome indicato nei documenti di identità. Infatti, secondo la giurisprudenza, sono appunto ragioni di certezza che inducono a ritenere che l'attribuzione del nuovo prenome debba avvenire direttamente nella sentenza di rettificazione del sesso e quindi soltanto al termine del percorso di transizione.

La modifica del prenome rappresenta, quindi, soltanto una possibile conseguenza dell'attribuzione di sesso diverso da quello indicato nell'atto di nascita, poiché l'art. 35 del d.p.r. n. 396/2000 richiede una (almeno apparentemente) insuperabile corrispondenza fra il

nesso della persona e il prenome, salvo in ipotesi in cui esso possa essere utilizzato indifferentemente sia al maschile che al femminile (come nel caso dei nomi Elia, Celeste e, seppure con iniziali esitazioni, Andrea).

Diversamente, in altre esperienze europee (Patti, 2015a; Palmeri, 2011; Loré e Martini, 1986; Stanzione, 1980), non si richiede tale rigida correlazione tra sesso e nome e, pertanto, si consente il cambiamento del nome anche se ad esso non corrisponde una modificazione dei caratteri sessuali.

In effetti, la Risoluzione del Parlamento Europeo n. 1117 del 12 settembre 1989 (cui pochi giorni dopo ha fatto eco la Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sulla condizione dei transessuali) – nell'invitare gli Stati membri a emanare apposite disposizioni che regolino il diritto delle persone transessuali al cambiamento di sesso e le relative procedure – sottolinea la necessità che sia garantito il riconoscimento giuridico del cambiamento anche attraverso il mutamento del nome, la rettifica dei dati riguardanti il sesso sul certificato di nascita e sui documenti d'identità, sollecitando la Commissione, il Consiglio e gli Stati membri a predisporre documenti di identità da riconoscere all'interno dell'Unione europea.

Una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹ ha affrontato la questione se il rifiuto delle autorità italiane di autorizzare una persona transessuale al cambiamento del nome durante il processo di transizione sessuale e prima del completamento dell'operazione di conversione del sesso¹⁰ costituisca una «violazione sproporzionata» del diritto di quest'ultima al rispetto della sua vita privata in base all'art. 8 della CEDU. La Corte è stata dunque chiamata a stabilire se, tenuto conto del margine di apprezzamento in ordine a uno degli aspetti più intimi della vita privata, qual è il diritto all'identità sessuale, di cui gli Stati contraenti godono, l'Italia abbia mantenuto un giusto equilibrio e abbia operato un corretto temperamento degli interessi coinvolti, in particolare l'interesse generale alla certezza delle relazioni giuridiche e quello individuale della persona transessuale a che il suo nome

⁹ CEDU, *Affaire S.V. v. Italie*, decisione del 11 ottobre 2018, ric. n. 55216-08.

¹⁰ Sostengono che l'attribuzione del nuovo prenome debba avvenire, per ragioni di certezza e di semplificazione dei procedimenti, soltanto al termine del percorso di transizione: App. Firenze, 23 novembre 2007; Trib. Cagliari, 25 ottobre 1982; Trib. Milano, 2 novembre 1982.

corrisponda alla sua identità di genere.

Il caso riguardava una persona transessuale iscritta alla nascita nei registri dello stato civile come persona di sesso maschile e chiamata dunque con un corrispondente nome del genere maschile. La ricorrente riteneva che la sua identità sessuale fosse sempre stata femminile, per tale motivo aveva sempre usato un nome femminile ed era conosciuta nell'ambiente del pubblico impiego in cui lavorava con un nome femminile, tanto che la carta d'identità recava una fotografia in cui l'aspetto era quello di una donna; pertanto, la medesima iniziava un percorso di transizione sessuale mediante trattamento ormonale femminilizzante. Conseguentemente, nel rispetto della legge n. 164/1982, chiedeva al tribunale di essere autorizzata a ricorrere a una operazione chirurgica di conversione sessuale, al fine di concludere il proprio percorso di transizione mediante la modifica definitiva dei suoi caratteri sessuali primari.

Si tratta dunque di questione diversa sia rispetto alla precedente (cfr. par. 2), sia a quelle sinora sottoposte alla valutazione della CEDU. Difatti, in altri casi era stato negato il riconoscimento giuridico dell'identità sessuale delle persone transessuali perché esse non avevano subito il trattamento di cambiamento di sesso o non desideravano sottoporsi a tale trattamento. Nel caso in esame, viceversa l'interessata non era stata costretta a sottoporsi all'intervento chirurgico contro la sua volontà o comunque al solo scopo di ottenere il riconoscimento giuridico della sua identità sessuale, ma ciò corrispondeva a un proprio desiderio per realizzare il quale aveva chiesto e ottenuto giudizialmente la relativa autorizzazione. Tuttavia, nelle more dell'autorizzazione e dell'intervento chirurgico, la richiesta della ricorrente di mutamento del nome, motivata dal fatto che l'indicazione di un nome maschile sui documenti d'identità fosse causa di umiliazione e di imbarazzo continuo, veniva rigettata¹¹, poiché – allo stato della normativa vigente e in assenza di una decisione giudiziaria in tal senso – il nome di una persona deve corrispondere al suo sesso.

In effetti, la questione non è nuova.

Se si ripercorre, sia pure a grandi linee, la giurisprudenza (un po' risalente) della Corte europea dei diritti dell'uomo (De Salvia e Zagrebelsky, 2007) si riscontra viceversa che essa

¹¹ V. la sentenza del T.A.R. Lazio, sez. I, 17 maggio 2008, n. 4413, che ha rigettato la richiesta della persona transessuale di cambiamento del nome prima del compimento del percorso di transizione.

si è occupata spesso di tematiche legate al transessualismo e al cambiamento del nome, sia pure in prospettiva diversa. Invero, la preoccupazione iniziale della Corte europea è stata quella di garantire l'indicazione sui documenti ufficiali del nome corrispondente al sesso percepito dall'interessato, in modo da risparmiare alle persone transessuali inutili disagi, motivi di imbarazzo e in generale le ovvie difficoltà della vita quotidiana derivanti dal fatto di possedere documenti attestanti un determinato sesso in contrasto con l'evidente apparenza di appartenere al sesso opposto.

Ad esempio, nel caso *Cossey contro Regno Unito*¹², la Corte rigetta il ricorso, non ravvisando violazione dell'art. 8, in quanto alla ricorrente – cittadina britannica nata nel 1954 e iscritta nel registro dello stato civile con il nome maschile di Barry Kenneth – era stato consentito il cambiamento del nome in Caroline, evitandole situazioni di disagio, che avrebbero potuto giustificare una violazione della citata norma della CEDU. L'istante, nata uomo, ma con la percezione di se stessa come donna, aveva infatti già nel 1972 cambiato il suo nome, confermando tale cambiamento nel 1973 con una scrittura unilaterale, come richiesto dalla normativa inglese.

In effetti, il diritto inglese consente che una persona cambi il nome usando quello che preferisce, con la facoltà – onde non ingenerare confusione – di rilasciare una corrispondente dichiarazione in una scrittura unilaterale (cosiddetto *deep poll*).

L'anno successivo la ricorrente si era sottoposta a intervento chirurgico di trasformazione sessuale per convertire la sua anatomia esterna da maschile a femminile. Le era stato rilasciato un passaporto nel quale era identificata come donna e lavorava come mannequin comparando in diversi periodici e riviste. Il problema era poi sorto a causa dell'aspirazione della ricorrente a contrarre matrimonio con un uomo, delusa dal rifiuto delle autorità inglesi basato sul fatto che il sesso indicato nel certificato di nascita era maschile. Ciò perché nel diritto inglese il certificato di nascita non certifica l'attuale identità sessuale, ma quella che risultava appunto al momento della nascita, e consente la mera correzione di errori materiali come la omissione o l'indicazione inesatta dell'anno di nascita.

Analogamente, nel caso *Rees contro Regno Unito*¹³ – accertato che è possibile in

¹² CEDU, *Cossey v. Regno Unito*, decisione del 27 settembre 1990, ric. n. 10843/84.

¹³ CEDU, *Rees v. Regno Unito*, decisione del 17 ottobre 1986, ric. n. 9532/81.

Inghilterra cambiare liberamente il nome – il ricorso viene respinto.

Nel caso *B. contro Francia*¹⁴, a fronte del rifiuto di ottenere la modifica del nome per adeguarlo all'identità sessuale percepita dalla ricorrente (alla nascita di sesso maschile), la Corte riscontra la violazione dell'art. 8 CEDU, poiché la persona si trova quotidianamente in una condizione incompatibile con il rispetto della sua vita privata, pur tenendo conto del margine di apprezzamento concesso allo Stato, che tuttavia non giustifica la evidente rottura del giusto equilibrio tra l'interesse generale e l'interesse individuale.

La norma cardine in materia è rappresentata dal più volte citato art. 8 della CEDU, che – nell'affermare che «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza» e che «Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto» – pone un vincolo di rispetto della vita privata, che implica per gli Stati un obbligo negativo di non ingerenza nella suddetta sfera privata e uno positivo di adottare misure volte a rendere effettivo il rispetto della vita privata (Trucco, 2003; Crivelli, 2007; Repetto, 2011; Theilen, 2014).

L'obbligo negativo impone la verifica se vi sia stata un'ingerenza, se essa sia stata motivata da una delle esigenze imperative di carattere generale elencate dal comma 2 dell'art. 8, e, infine, se l'esigenza imperativa di carattere generale sia stata perseguita in modo proporzionato (nei limiti cioè di quel margine di apprezzamento di cui gode ogni Stato e che può essere più o meno elevato a seconda delle circostanze). Nel caso di obbligo positivo, si verifica se le autorità nazionali abbiano fatto quanto era ragionevolmente pretendibile.

In altri termini, nell'adempiere gli obblighi positivi e negativi, ciascuno Stato deve trovare un giusto equilibrio tra i concorrenti interessi generali e individuali, nell'ambito del margine di apprezzamento che gli è conferito, garantendo il rispetto di quelli tutelati dall'art. 8 e, in particolare, la proporzionalità tra la misura adottata e lo scopo perseguito. Tuttavia, il confine tra obblighi positivi e negativi posti a carico degli Stati contraenti, ai sensi dell'art. 8, non si presta a una definizione precisa. Inoltre, la nozione di «rispetto» non è del tutto chiara, soprattutto relativamente agli obblighi positivi che la stessa implica, alla luce della

¹⁴ CEDU, *B. v. Francia*, decisione del 25 marzo 1992, ric. n. 13343/87.

diversità delle prassi seguite e delle condizioni vigenti negli Stati contraenti e del differente margine di valutazione conferito alle autorità. Nondimeno, la locuzione «vita privata» è stata, interpretata dalla giurisprudenza della Corte europea in maniera piuttosto ampia, sino a ricomprendere l'integrità fisica e morale della persona, potendo, dunque, includere numerosi aspetti dell'identità di un individuo, tra cui il nome.

Possono quindi condividersi le critiche mosse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui il rigetto della domanda di modificazione del prenome della persona transessuale è stato fondato su argomenti puramente formali. È infatti innegabile che la legge non consente un cambiamento del nome che non corrisponda a un mutamento del sesso della persona; ciò nondimeno, alcuni argomenti avrebbero potuto condurre lo Stato italiano a concedere il richiesto cambiamento del prenome.

Un primo argomento avrebbe potuto trarre spunto dalla novella legislativa operata con il citato d.lgs. n. 150/2011, che – modificando l'art. 3 della l. n. 164/1982 – ha reso non necessaria la seconda decisione del tribunale nei procedimenti di rettificazione di attribuzione di sesso riguardante persone che siano state operate, poiché – come è noto – la rettificazione dei registri dello stato civile può essere ordinata dal giudice nella decisione che autorizza l'operazione.

Un secondo argomento avrebbe potuto fondarsi sulla richiamata evoluzione giurisprudenziale in materia che, per il momento, è approdata al riconoscimento della sufficienza delle sole cure ormonali al fine di ottenere la rettificazione di attribuzione del sesso.

Testimonianza del grande fermento riscontrabile nella materia in esame è il già ricordato disegno di legge del Senato n. 405/2013, che proponeva di permettere alla persona la quale, in ragione della propria identità di genere, sentisse di non appartenere al sesso attribuitole alla nascita, l'adeguamento tra identità fisica e identità psichica, mediante la modifica dell'attribuzione di sesso e del nome indicati nell'atto di nascita, conferendo pertanto rilevanza al solo convincimento della persona di appartenere all'altro sesso. Il disegno sembrava, dunque, prendere le mosse dai risultati cui era pervenuta la giurisprudenza più recente, per compiere quell'ulteriore passo in avanti, auspicato dalla dottrina più sensibile,

in ordine al grado di adeguamento richiesto per accedere alla modifica del sesso e del nome, la cui scelta è nel predetto disegno conferita all'interessato e resa autonoma dalla richiesta di rettificazione.

Alla luce dei delicati problemi illustrati e degli interessi in gioco, che toccano la sfera più intima della persona, la scelta di consentire la modifica del nome indipendentemente dall'adeguamento dei caratteri sessuali appare l'unica idonea a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali della persona, soprattutto il diritto all'identità di genere, che non può ammettere affrettati bilanciamenti con alcun interesse pubblico.

5. Nome della persona transessuale e diritto all'oblio

Problema parzialmente diverso si pone con riferimento al problema della scelta del (nuovo) nome della persona transessuale.

L'art. 5 della citata legge n. 164/1982 stabilisce che le attestazioni di stato civile devono essere rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome, ma nulla prevede per quanto riguarda la scelta del nome. In particolare, come osserva la Corte suprema, nulla la legge dice «circa un obbligo, di trasposizione meccanica del nome originario nell'altro genere».

La soluzione prevalentemente seguita per molti anni è stata comunque quella di mutare il genere del nome risultante nell'atto di nascita, lasciando libertà di scelta nei casi in cui il prenome non risultava traducibile da maschile al femminile e viceversa.

In dottrina si era peraltro posto il quesito se, nel silenzio della legge – nei casi di nomi non conciliabili con il nuovo sesso – non dovesse farsi ricorso al procedimento previsto in generale per il cambiamento del nome, tra l'altro in grado di garantire meglio la tutela dei terzi nello svolgimento dei rapporti giuridici. Non sono comunque mancate le decisioni che, forse senza la valutazione delle accennate implicazioni, hanno accolto la domanda della persona interessata ordinando all'ufficiale dello stato civile di sostituire il nome risultante

nei registri con un nome del tutto diverso¹⁵.

La questione avrebbe dovuto essere affrontata anche sotto il profilo della parità di trattamento, poiché la scelta di un nome (del tutto) diverso – come si è visto – veniva consentita ad alcuni richiedenti e non ad altri, sia pure sulla base di un criterio oggettivo.

Nel caso in esame la Corte d'appello di Torino aveva respinto la domanda di modifica del nome richiesto poiché non si trattava di un "adattamento" del nome da maschile a femminile (ad es. Mario - Maria) ma della scelta di un nome del tutto diverso da quello risultante nell'atto di nascita. Ad avviso della Corte d'appello, si sarebbe trattato «non della mera conseguenza dell'accoglimento della domanda di rettificazione di sesso ma di "un voluttuario desiderio di mutamento del nome di cui, di per sé, non sussistono i presupposti", dettati dal DPR n. 396 del 2000». La domanda veniva quindi respinta e si ordinava di inserire nei registri il nome «derivante dalla mera femminilizzazione del precedente».

La sentenza osserva che non sussistono ostacoli al fatto che sia la stessa parte interessata «se lo voglia, ad indicare il nome prescelto, quando non ostino disposizioni normative o diritti di terzi», ma non si sofferma sull'importante statuizione, indicando, ad esempio, quali potrebbero essere i diritti dei terzi idonei ad impedire la libera scelta dell'interessato. Viene piuttosto richiamata una sentenza della Corte costituzionale (n. 120/2001), secondo cui il nome «inteso come il primo ed immediato segno distintivo, costituisce uno dei diritti inviolabili della persona protetti dalla Corte ex art. 2 Cost.». Tuttavia, a ben vedere, il suddetto richiamo non serve a risolvere il problema poiché nella vicenda in esame non si discute della natura e della rilevanza del diritto soggettivo al nome, ma soltanto della modalità – e degli eventuali limiti – di scelta nel caso del mutamento del sesso.

La novità e il punto di centrale rilevanza della motivazione devono essere peraltro ravvisati nella breve affermazione secondo cui alla persona interessata «deve essere assicurato anche un diritto all'oblio, inteso quale diritto ad una netta cesura con la precedente identità». La Corte ha colto in tal modo uno degli aspetti più rilevanti della vicenda che conduce la persona alla travagliata decisione di mutare sesso; cioè il desiderio di iniziare una nuova vita recidendo i "segnali" in grado di consentire a terzi, di identificare

¹⁵ V. Trib. Cagliari, 25 ottobre 1982.

il soggetto con l'“altro” soggetto di sesso diverso. Il mutamento del nome che consista nel semplice adattamento del nome originario non permette di soddisfare la suddetta aspirazione ma, al contrario, sottolinea per certi versi l'avvenuto mutamento di sesso, con i necessari “adattamenti”, non consentendo quindi di soddisfare il diritto della persona di recidere (e di far dimenticare) una fase della propria esistenza che spesso si vorrebbe cancellare.

In effetti, la soluzione legislativa adottata in Italia appare favorevole all'eliminazione di ogni traccia del passato, anche se ciò può comportare il sacrificio di un sia pure apprezzabile interesse di altri soggetti a conoscere la precedente identità della persona.

Sotto questo profilo appare invero suggestivo il richiamo, contenuto nella sentenza in commento, al cosiddetto diritto all'oblio.

Come è noto, con questa espressione si intende «il giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata»¹⁶.

La giurisprudenza si è tuttavia sinora occupata del diritto all'oblio sotto altri profili, come ad esempio quello attinente al rapporto tra diritto alla riservatezza (in tale sua particolare connotazione) e diritto alla rievocazione storica di vicende concernenti eventi del passato, affermando che spetta al giudice operare il giusto bilanciamento tra l'interesse pubblico alla menzione di questi avvenimenti (in considerazione della notorietà o del ruolo pubblico rivestito dal soggetto) e il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto a fatti idonei a ferire la persona nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai persa la memoria collettiva¹⁷.

Di recente, per altro verso, è stato oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza il rapporto tra l'esigenza di mantenere la memoria dell'informazione e il diritto all'oblio del soggetto cui l'informazione si riferisce¹⁸. Se del dato è consentita la conservazione per finalità anche diverse da quella che ne ha originariamente giustificato il trattamento, con passaggio da un archivio a un altro, nonché la memorizzazione (anche) nella rete di Internet (ad esempio, pubblicazione on line degli archivi storici dei giornali), per altro verso «al

¹⁶ Cass., 9 aprile 1998, n. 3679 (Laghezza, 1998).

¹⁷ Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681.

¹⁸ Cfr. al riguardo Citarella (2012), Cass., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525 (rel. L.A. Scarano).

soggetto cui esso pertiene spetta un diritto di controllo a tutela della proiezione dinamica dei propri dati e della propria immagine sociale, che può tradursi, anche quando trattasi di notizia vera – e “a fortiori” se di cronaca – nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento della notizia, e se del caso, avuto riguardo alla finalità della conservazione nell’archivio e all’interesse che la sottende, financo alla relativa cancellazione».

In giurisprudenza il diritto all’oblio viene dunque affermato con riferimento alla divulgazione di notizie ormai appartenenti al passato che – se riattualizzate – appaiono idonee ad arrecare un’offesa all’onore e alla reputazione di un soggetto, pur se l’attenzione della giurisprudenza – anche grazie al d.lgs. n. 196 del 2003 prima e al GDPR (Reg. 679/2016) dopo – si è maggiormente concentrata sul passaggio da una concezione statica a una concezione dinamica della tutela della riservatezza, tesa al controllo dell’utilizzo e del destino dei dati.

La sentenza in commento ritorna felicemente sul significato più ampio del diritto all’oblio, inteso come diritto di recidere quei legami con il passato idonei a ferire la sensibilità della persona (transessuale) che tenta di superare il travaglio della transizione anche attraverso la scelta di un nome del tutto nuovo. In tal modo il diritto all’oblio assume una rilevanza non solo «all’esterno», nel senso di «cancellare nei terzi la memoria della vita precedente»¹⁹, ma anche «all’interno», come diritto della persona transessuale di «rinascere» con un nuovo (sesso e) nome, cancellando con un colpo di spugna, forse anche nella propria memoria, le tracce di un passato mai accettato.

Occorre a questo punto tornare sulla questione posta *supra*, e cioè se effettivamente il procedimento ordinario di cambiamento del nome sia maggiormente in grado di garantire la tutela (della persona transessuale e) dei terzi, ad esempio di eventuali creditori, nello svolgimento dei rapporti giuridici, rispetto al procedimento giudiziale nel corso del quale è lo stesso giudice a disporre (la rettificazione di attribuzione di sesso e) il mutamento del nome.

In primo luogo, si può dubitare che la tutela dei terzi, sinora affidata alla corrispondenza del nome al sesso, sia particolarmente perseguita tramite il regime di pubblicità legato al

¹⁹ A questa concezione più ampia del diritto all’oblio allude Cass., sez. III, 26 giugno 2013, n. 16111, che lo definisce «diritto del soggetto a pretendere che proprie, passate vicende personali siano pubblicamente dimenticate».

procedimento ordinario di cambiamento del nome, più di quanto non lo sia nel caso di mutamento del nome disposto dal giudice della rettificazione.

In senso contrario all'opportunità di impiegare nel caso in esame il procedimento ordinario milita, poi, la considerazione che l'art. 5 della legge del 1984 trova la propria *ratio* nella presunzione della corrispondenza di quanto risulta dai documenti con l'identità e, in definitiva, con la storia della persona.

Il procedimento ordinario di cambiamento del nome, pur ipotizzabile, anzi certamente più corretto, in assenza di indicazioni da parte del legislatore, risulta poco adatto, e in definitiva non in grado di realizzare l'esigenza di recidere i legami con un passato nel quale la persona transessuale non si identifica più o forse non si è mai identificata.

Tale soluzione finirebbe inoltre per violare il principio di eguaglianza, nella misura in cui – ove non sia possibile la mera trasformazione del proprio nome nel corrispondente nome maschile o femminile – la persona transessuale sarebbe sottoposta a una “gogna pubblicitaria” che viceversa non viene subita da una persona con un nome per così dire “trasformabile”.

La soluzione adottata dalla sentenza in commento appare, pertanto, condivisibile alla luce delle considerazioni sopra esposte.

Se è vero, infatti, che la tutela della riservatezza della persona transessuale non può comportare un sacrificio degli interessi tutelati in via generale dall'ordinamento giuridico (Patti, 1986) e se, ancora, si pone un problema degli interessi da ritenersi prevalenti, problema che solo il legislatore può risolvere, d'altro canto finché non vi sarà una precisa indicazione legislativa, appare sì opportuno fare riferimento agli strumenti già offerti dall'ordinamento, ma solo purché compatibili con la *ratio* della normativa in materia, come detto improntata alla cancellazione di ogni traccia del passato, attingendo dunque allo strumento dell'interpretazione estensiva.

Il percorso brevemente tratteggiato pone in luce l'affermarsi di una autonomia sempre più accentuata nel diritto delle persone²⁰, come anche in quello della famiglia (Caricato, 2017; De Cicco, 2011; Pignataro, 2016). In tale prospettiva e sulla base dell'evoluzione

²⁰ Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286.

giurisprudenziale sopra richiamata, orientata nel senso di lasciare libertà di scelta all'interessato nel caso in cui il nome non possa essere semplicemente volto dal maschile al femminile e viceversa, non si vede ragione per non concedere la medesima libertà di scelta anche quando il suddetto problema non si pone, come nel caso in esame.

In tale prospettiva appare pertanto condivisibile la sentenza citata che, alla luce del riconoscimento del primario diritto alla identità sessuale (ancora attuale Patti, 1984), sotteso alla disposta rettificazione dell'attribuzione di sesso, provvede di conseguenza alla rettificazione del prenome, affermando che esso non va necessariamente convertito nel genere scaturente dalla rettificazione, dovendo il giudice tenere conto del nuovo prenome, indicato dalla persona, anche se del tutto diverso da quello precedente, ove tale indicazione sia legittima e conforme al nuovo stato.

In definitiva, la soluzione delle richiamate questioni in tema di transessualismo è affidata alla giurisprudenza, che certamente con sensibilità cerca di trovare un punto di equilibrio fra le opposte esigenze. Tuttavia, non sempre questo è sufficiente. Anzi, ogni nuova sentenza richiama l'esigenza di un intervento del legislatore, che per oltre trent'anni è rimasto silenzioso e sordo alle sollecitazioni provenienti dal tessuto sociale.

6. La maternità surrogata

Se con riguardo al fenomeno del transessualismo l'interprete avverte l'esigenza di un intervento del legislatore, esso si fa addirittura urgente con riguardo alla materia della cosiddetta gestazione per altri (o maternità surrogata).

Con tale termine si intende una forma di procreazione medicalmente assistita (Ascone e Rossi Carleo, 1986), in Italia vietata dall'art. 12 della 19 febbraio 2004, n. 40 (Scalisi, 2017; Santosuosso, 2004; Stanzione e Sciancalepore, 2004; Martini, 2006), in cui una donna provvede alla gestazione per conto di una o più persone, che saranno il genitore o i genitori del nascituro (Sesta, 2020; Cipriani, 2015). Essa viene di regola disciplinata mediante un contratto, in cui il futuro genitore (o i futuri genitori) e la gestante regolano i reciproci

rapporti e, solo in alcuni paesi, l'eventuale retribuzione della gestante stessa per il servizio offerto: in quest'ultimo caso, ricorre l'espressione "utero in affitto" (Scia, 2010; Torino, 2002; Corti, 2000; Anceschi, 2010).

La recente evoluzione giurisprudenziale in materia di maternità surrogata testimonia come nell'ambito del diritto della filiazione (Ballarani, 2018; Di Masi, 2015) l'autonomia privata (Rossi Carleo, 2016; Caricato, 2020) tenti di trovare un varco e la "chiave di accesso" sia costituita dall'interesse del minore (La Rosa, 2005), impiegato per riconoscere, e non per restringere, tale autonomia.

Non è questa la sede per dare conto del vivace dibattito dottrinale (Varano, 2017) e giurisprudenziale (Casaburi, 2019) in materia, per cui ci si limiterà a richiamare le ultime importanti decisioni al riguardo.

In proposito, viene in considerazione in primo luogo la recentissima sentenza delle sezioni unite della Suprema Corte²¹: l'occasione è stata fornita dal ricorso del pubblico ministero avverso una sentenza che aveva riconosciuto l'efficacia di un provvedimento emesso all'estero, attributivo ai minori dello *status* di figli di uno dei due istanti, con il quale essi non avevano alcun rapporto biologico, essendo stati generati con materiale biologico fornito dall'altro, già dichiarato loro genitore con un precedente provvedimento regolarmente trascritto in Italia, e con la cooperazione di due donne, la donatrice degli ovociti e la madre gestazionale (Salanitro, 2019; Spadafora, 2019; Winkler, 2019; Luccioli, 2020; Casaburi, 2019; Dogliotti, 2019; Ferrando, 2019; Gorgoni, 2019).

Pronunciandosi su tale questione, la Cassazione a sezioni unite ha enunciato il seguente principio di diritto:

In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico (Benanti, 2015), richiesta della l. n. 218 del 1995, artt. 64 e ss., dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella

²¹ Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

ricostruzione della nozione di ordine pubblico (Cassetti, 2006), quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico.

Di conseguenza, la Suprema Corte ha cassato la decisione impugnata: invero, ad avviso delle sezioni unite, la stessa – pur riconoscendo che l'art. 12, 6° comma, l. n. 40/204 rappresenta la sintesi e il punto di equilibrio attualmente raggiunto dalla legge nella tutela dei differenti interessi fondamentali in materia – ha preteso di sostituire la propria valutazione a quella compiuta in via generale dal legislatore, attribuendo prevalenza all'interesse del minori alla conservazione dello *status filiationis*, nonostante la pacifica insussistenza di un rapporto biologico con il genitore intenzionale. A tale riguardo, la Suprema Corte – ad avviso di chi scrive – non conferisce adeguato rilievo alla circostanza per cui le scelte dei genitori non possono e non devono riverberarsi sui figli innocenti, il cui interesse alla conservazione dello *status filiationis* dovrebbe considerarsi preminente, non solo alla luce delle indicazioni derivanti dalle Convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti dell'infanzia, ma anche della giurisprudenza formatasi in materia. Viceversa, secondo le sezioni unite, tale interesse si affievolisce in caso di ricorso alla surrogazione di maternità, il cui divieto, nell'ottica delineata dalla Corte costituzionale, «viene a configurarsi come anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di auto-responsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica» (Baldini e Cassano, 2002; Casaburi, 2018). L'interesse del minore sarebbe comunque tutelato dalla presenza di strumenti alternativi volti a garantire il legame con il genitore d'intenzione, quale l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44 lett. d) l. adoz., considerata “clausola di chiusura” del sistema, idonea a salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Successivamente a tale decisione, in data 10 aprile 2019, è stato pubblicato il parere

consultivo²² della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla richiesta preventiva dell'Adunanza Plenaria della Corte di cassazione francese²³.

La vicenda che ha condotto alla richiesta di parere consultivo è nota: in due *leading cases*²⁴, la Corte di Strasburgo aveva affermato la violazione da parte della Francia del diritto, di cui all'art. 8 CEDU, alla vita privata e familiare dei minori e la non adeguata considerazione del loro superiore interesse per effetto del diniego di riconoscimento della filiazione – acquisita negli Stati Uniti in seguito a gestazione per altri – nei confronti del padre intenzionale e biologico (Casaburi, 2014). A fronte del rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile il riconoscimento della filiazione anche nei confronti della madre intenzionale (che non aveva contribuito al concepimento mediante donazione dei propri gameti) veniva avanzata richiesta di riesame del giudicato.

Le questioni sottoposte alla Grande Camera sono:

a) se uno Stato parte della Convenzione, rifiutando di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita di un bambino nato all'estero mediante gestazione per altri, nella parte in cui tale atto designa come madre legale la madre intenzionale – mentre la trascrizione dell'atto di nascita è ammessa laddove designa come padre legale il padre intenzionale in quanto padre biologico – eccede il margine di apprezzamento concesso dall'art. 8 CEDU e se deve distinguersi a seconda che il bambino sia stato concepito o meno con i gameti della madre intenzionale;

b) in caso di risposta positiva, se la possibilità per la madre intenzionale di adottare il figlio del suo coniuge, padre biologico, rappresenti un modo alternativo di instaurazione del rapporto di filiazione rispettoso del predetto art. 8 CEDU.

Fornita risposta positiva al primo quesito, sul secondo la Grande Camera ha affermato che l'adozione da parte della madre intenzionale può costituire un modello alternativo di instaurazione del rapporto legale di filiazione, a condizione che: a) le modalità previste dal diritto interno per l'adozione garantiscano la effettività e celerità del riconoscimento e b) che esso risulti conforme all'interesse superiore del minore.

²² CEDU, decisione del 10 aprile 2019, n. 16.

²³ Decisa con *arrêt interlocutoire* il 5 ottobre 2018, n. 638.

²⁴ CEDU, *Menesson c. Francia*, decisione del 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11 e n. 65941/11, *Labassee c. Francia*.

In tale contesto si inserisce la recentissima ordinanza interlocutoria di rimessione alla Corte costituzionale (Bianca, 2020; Ferrando, 2020; Recinto, 2020) emanata dalla prima sezione della Corte di cassazione in data 29 aprile 2020²⁵.

Secondo la Corte di cassazione, poiché non è praticabile una soluzione conforme alla Costituzione e alla CEDU, se non ponendosi in contrasto con i principi di diritto fissati dalla citata sentenza delle sezioni unite, l'unica via percorribile rimane quella di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, dell'art. 64, 1° comma, l. n. 218/1995 e dell'art. 18 d.p.r. n. 396/2000,

se interpretati, come attualmente nel diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, della trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione dal genitore intenzionale non biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico.

Ad avviso del giudice rimettente, tale interpretazione contrasterebbe con l'art. 117 Cost., 1° comma, in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, 10 e 18 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite, nonché all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Cassazione ricorda come la Convenzione di New York del 1989 detti lo statuto dei diritti inviolabili dei minori, sancendo l'obbligo per gli Stati parti di rispettare e garantire i diritti enunciati nella Convenzione a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione, politica o altra, del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza; la tutela da ogni forma di discriminazione o di sanzione, motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari; la considerazione preminente dell'interesse superiore del minore in tutte le decisioni delle pubbliche autorità che lo riguardano; d) il diritto del minore alla registrazione immediata al momento della nascita e, da allora, a un nome, ad acquisire una

²⁵ Cass., ord. Interloc. 29 aprile 2020, n. 8325.

cittadinanza e nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere allevato da essi, a veder preservata da ingerenze illegali la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge; il diritto a non essere separato dai suoi genitori, se non quando sia necessario nel suo preminente interesse, e di intrattenere rapporti personali e contatti diretti regolari con entrambi i genitori anche se risiedono in Stati diversi; il riconoscimento ad entrambi i genitori della responsabilità comune nei confronti del figlio per ciò che concerne la sua educazione e la cura del suo sviluppo.

Alla luce del parere consultivo della Corte europea la Corte di cassazione rileva due profili di conflitto con il diritto vivente in Italia, così come conformato dalla richiamata sentenza delle sezioni unite.

In primo luogo, appare insuperabile la configurazione del divieto di maternità surrogata (sanzionato penalmente dall'art. 12 l. n. 40/2004) in termini di principio di ordine pubblico internazionale prevalente sull'interesse del minore per effetto di una scelta legislativa che prescinde dalla valutazione del caso concreto. Secondo il parere consultivo della Grande Camera, infatti, se è legittimo che uno Stato parte della Convenzione imponga misure dissuasive nei confronti dei propri cittadini che intendano ricorrere all'estero a forme di procreazione vietate nel proprio ordinamento, non è tuttavia consentito agli stessi di adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l'effetto di negare i diritti inviolabili connessi alla identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine. Ciò comporterebbe un'indebita compressione dell'interesse del minore e l'affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* acquisito all'estero senza adeguata considerazione della situazione concreta.

Il secondo aspetto di conflitto con il diritto vivente configurato dalle sezioni unite riguarda la circostanza per cui risulterebbe adeguata alla tutela dell'interesse del minore la presenza nel sistema normativo italiano di una modalità alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita, consistente nella possibilità per il genitore di intenzione di richiedere l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44 lett. d) l. adoz.

L'ordinanza di rimessione appare interessante ai fini che qui rilevano e sollecita alcune riflessioni.

Innanzitutto, afferma la Corte che «Il riconoscimento della decisione straniera non comporta alcun riconoscimento del contratto di “maternità surrogata” [...] ma ha come effetto il riconoscimento dello status e dell'identità del figlio [...] e al diritto fondamentale a instaurare un rapporto familiare con coloro che si sono liberamente impegnati ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità e formando una famiglia». In altri termini, la Corte si preoccupa di chiarire che l'inammissibile bilanciamento fra i diritti inviolabili del minore e l'interesse dello Stato a impedire una forma di procreazione che ritiene lesiva della dignità della donna non comporta l'ingresso di alcuno strumento contrattuale che rimane vietato dall'ordinamento italiano. Tale concetto era stato già ribadito dalle sezioni unite, che – pur pervenendo a conclusioni opposte – avevano affermato che gli artt. 64 ss. l. n. 218/1995, «nel disciplinare l'ingresso nel nostro ordinamento di atti e provvedimenti formati all'estero, non prevedono affatto il recepimento degli istituti ivi applicati, così come sono disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limitano a consentire la produzione dei relativi effetti, nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la delineata nozione di ordine pubblico».

È chiaro però che, a prescindere da tale affermazione, il contratto di maternità surrogata – presupposto del riconoscimento della decisione straniera – fa ingresso nel diritto della filiazione aprendosi un varco, che – pur non andando esente da critiche (Spadafora, 2019) – offre orizzonti del tutto nuovi alla materia in esame. Difatti, l'interesse del minore si trasforma da limite, barriera invalicabile alla privatizzazione del diritto di famiglia, ad autorizzazione. La Corte perviene a questo risultato attraverso un ragionamento stringente:

- 1) la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cosiddetto ordine pubblico discrezionale) non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che rappresentano

un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cosiddetto ordine pubblico costituzionale);

- 2) non vi è alcun nesso indissolubile fra genitorialità biologica e giuridica, stante la possibilità per la donna di partorire anonimamente e di non costituire il legame di filiazione: invero, dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale non deriva per la donna alcuna tutela. Lo Stato protegge la dignità della donna (Palmeri, 2015), vietando la gestazione per altri, ma non può affievolire i diritti inviolabili di un minore, operando un improprio bilanciamento tra questi e l'interesse a scoraggiare il ricorso a forme di maternità surrogata elusive del divieto penale;
- 3) il mancato riconoscimento della decisione straniera, oltre che discriminatorio, ricollegando conseguenze diverse a seconda delle circostanze della nascita e delle modalità di gestazione, appare altresì irragionevole, perché distingue i genitori riconosciuti come tali dall'ordinamento straniero sulla base del loro apporto biologico alla procreazione;
- 4) non è adeguato alle prescrizioni del parere consultivo della Corte europea il metodo alternativo di riconoscimento, cui fa riferimento la decisione delle sezioni unite, e cioè l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44 lett. d) l. adoz.: ciò perché, in primo luogo, essa non crea un vero rapporto di filiazione, ma il riconoscimento di una situazione affettiva, cui attribuisce diritti e doveri, ponendo però il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico; inoltre, non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti (Morozzo Della Rocca, 2014); infine, non risponde alle esigenze di celerità richieste dalla Corte europea al fine di evitare al minore il lungo periodo di incertezza sulla propria condizione personale, lasciando comunque aperta l'astratta possibilità che il genitore d'intenzione, in caso di crisi della relazione di coppia, si sottragga alle responsabilità già assunte nel paese di nascita del minore;
- 5) posto che la pratica in esame non è realizzata a scopo di lucro, ma con intenti solidaristici, non si possono fare ricadere gli effetti negativi della condotta dei genitori su chi non ha alcuna responsabilità per le modalità del proprio concepimento e della

propria nascita.

Con riguardo a tale ultima considerazione, ricorrono a parere di chi scrive, le medesime esigenze di tutela riscontrabili tanto nella lunga e sofferta vicenda dei figli definiti fino a pochi anni fa «incestuosi» (Auletta, 2015), tanto quelle fatte proprie dalla giurisprudenza prima dell'emanazione della l. n. 40/204 in quelle ipotesi in cui si negava al padre, che aveva prestato il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, di revocarlo dopo la nascita, precludendogli l'azione di disconoscimento della paternità (Chiappetta, 2013).

Alla luce di quanto sopra appare inaccettabile l'affermazione contenuta nella più volte richiamata decisione delle sezioni unite, secondo cui la pretesa sanzionatoria dello Stato deve prevalere sui diritti e sull'interesse del minore (Tonolo, 2014;), attraverso il filtro dell'ordine pubblico (Irti, 2016).

Rimane il fatto che la scelta in materia non può che essere affidata al legislatore, il cui intervento si fa pressante. Lo dimostra la recentissima sentenza della Corte costituzionale²⁶, che – decidendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla prima sezione della Suprema Corte sopra richiamata – l'ha ritenuta inammissibile, affermando che

Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.

Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori – non può che spettare, infatti, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco.

²⁶ Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33.

Nel quadro “fluido” così delineato si inserisce una proposta di legge²⁷, con la quale si vorrebbe rendere possibile l’affitto di un utero anche sul territorio nazionale purché la donna che si presta a compiere la gravidanza per altri sia in età fertile, non abbia difficoltà economiche e già abbia un figlio vivente. Pur non essendo previsto un compenso – e per questo si è pensato a una sorta di “maternità surrogata solidale” – la gestante per altri avrebbe diritto a rimborsi spese per i controlli medici connessi alla gravidanza e per la eventuale perdita di reddito.

7. Conclusioni

Certamente la rivoluzione tecnologica e la globalizzazione hanno portato ad un ripensamento delle categorie civilistiche e, al loro interno, dei diritti fondamentali. Soprattutto per quanto riguarda i nuovissimi diritti, l’impatto delle nuove tecnologie ha una rilevanza che travalica il singolo individuo o il singolo ordinamento. Le grandi questioni, sempre più complesse, che emergono nel tessuto sociale impongono pertanto la necessità di un “cambio di paradigma” e di guardare all’impatto delle tecnologie sui diritti fondamentali, cui sono connesse inevitabili scelte di politica del diritto. La centralità dei bisogni dei cittadini nelle scelte degli interventi pubblici rappresentano, dunque, obiettivi prioritari nel moderno processo democratico, al fine di avvicinare gli individui a tutti i vari livelli delle istituzioni, rendendoli più partecipi nella gestione della propria comunità. Il rapporto diritto-politica è, per così dire, “circolare”, nel senso che quando il diritto avverte la necessità di nuove norme deve necessariamente attendere la politica e, nel frattempo, risolvere da sé le problematiche che insorgono. Ciò porta a una differenza temporale tra il momento in cui una nuova tecnologia vede la luce e il momento in cui si avrà una norma che vi si possa

²⁷ Proposta di legge n. C 3016, depositata alla Camera dei Deputati il 13/04/2021, a firma di Guia Termini, Dorian Sarli ed Elisa Siragusa (Gruppo misto, ex M5S), Riccardo Magi (Azione/+Europa/Radicali italiani) e Nicola Fratoianni (Liberi e Uguali). Pochi giorni fa (fine novembre 2021), nel calendario della Commissione Giustizia, era prevista un’audizione nell’ambito dell’esame delle proposte di legge C. 36 Meloni e C. 2599 Carfagna, recanti modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 49, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano, mentre è stata rigettata la richiesta di abbinare ad esse la discussione della proposta di legge Termini.

applicare.

Con riguardo ai fenomeni descritti il momento di rivedere (per il transessualismo) e di regolare (per la maternità surrogata) è ormai giunto.

Bibliografia

Amram D. (2015). Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso. Nota a Cass. 22 luglio 2015, n. 15138. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 11: 1068.

Anceschi A. (2010). *La famiglia nel diritto internazionale privato*. Torino: Giappichelli.

Ascone G., Rossi Carleo L. (1986). *La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro Paese*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Auletta T. (2015). La filiazione derivante da incesto. In Bianca C.M., a cura di, *La riforma della filiazione*. Padova: Cedam.

Baldini G., Cassano G. (2002). *Persona, biotecnologie e procreazione*. Milano: Ipsoa.

Ballarani G. (2018). Contenuti e limiti alla autonomia privata in ambito familiare tra sussidiarietà ed esigenze di tutela degli interessi dei soggetti deboli. In Sirena P., Zoppini A., a cura di, *I poteri privati e il diritto della regolazione*. Roma: RomaTrE-Press.

Bartolini F. (2015). Identità di genere: per cambiare l'intervento chirurgico non è (più) necessario (secondo il Tribunale di Genova). *Diritto civile contemporaneo*, 2, 2: 1.

Benanti C. (2015). La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3: 235.

Bilotta F. (2013). Transessualismo. In AA.VV., *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, VIII*. Torino: UTET.

Bonifacio A., Malannino S. (1983). Mutamento di sesso e «caratteri dominanti». *Giurisprudenza Italiana*, 1, 2: 665.

Caricato C. (2017). L'attuale normativa italiana in materia di attribuzione del cognome. In

- Fabbricotti A., a cura di, *Il diritto al cognome materno*. Napoli: Jovene.
- Caricato C. (2020). *La privatizzazione del diritto di famiglia*. Pisa: Pacini Editore.
- Casaburi G. (2014). La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata. *Il Foro Italiano*, 139, 12: 561.
- Casaburi G. (2018). Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata. (Nota a Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, Cass. ord. 18 dicembre 2017, n.30294, e 14 dicembre 2017, n. 30122) - Parte I. *Il Foro Italiano*, 143, 1: 21.
- Casaburi G. (2019). Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente. (Nota a Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, 8 maggio 2019, n. 12193, Trib. Roma, ord. 8 maggio 2019, Trib. Como 18 aprile 2019 e Trib. Venezia, ord. 3 aprile 2019) - Parte I. *Il Foro Italiano*, 144, 6: 2003.
- Cassetti L. (2006). sub art. 31. In Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., a cura di, *Commentario alla Costituzione*. Torino: Utet.
- Chiappetta G. (2015). L'azione di disconoscimento di paternità (artt. 235, 243bis-246). In Bianca C.M., a cura di, *La riforma della filiazione*. Padova: Cedam.
- Cipriani N. (2015). Coppie omosessuali, affidamenti e adozione di minori. *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1, 1: 25.
- Citarella G. (2012). Aggiornamento degli archivi online, tra diritto all'oblio e rettifica "atipica". *Responsabilità civile e previdenza*, 77, 4: 1147.
- Corti I. (2000). *La maternità per sostituzione*. Milano: Giuffrè.
- Crivelli E. (2007). I transessuali e il diritto europeo. In Cartabia M., a cura di, *I diritti in azione*. Bologna: il Mulino.
- De Cicco M.C. (2011). Cognome della famiglia e uguaglianza tra coniugi. In Ferrando G., Fortino M., Ruscello F., a cura di, *Trattato di diritto di famiglia*. Volume primo, *Famiglia e matrimonio*. Tomo I. Milano: Giuffrè.
- De Salvia M., Zagrebelsky V. (2007). *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*. Volume III. Milano: Giuffrè.

- Di Masi M. (2015). Coppie omosessuali e ricorso alla *surrogacy* in uno Stato estero: aperture dalla Germania. *GenIUS*, 2, 2: 214. Testo disponibile all'indirizzo web: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/12/genius-2015-02.pdf> (12/12/2021).
- Dogliotti M. (1987). Transessualismo (profili giuridici). In AA.VV., *Novissimo Digesto Italiano*. Appendice VII. Torino: Utet.
- Dogliotti M. (2019). Le sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri. *Famiglia e Diritto*, 7: 653.
- Ferrando G. (2019). Maternità per sostituzione all'estero: le sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento. *Famiglia e Diritto*, 7: 677.
- Ferrando G. (2020). I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale. *Famiglia e Diritto*, 7: 679.
- Gorgoni A. (2019). Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero. *Persona e Mercato*, 4: 141. Testo disponibile all'indirizzo web: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/02/Gorgoni.pdf> (03/12/2021).
- Irti C. (2016). Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 3: 481.
- La Rosa E. (2005). *Tutela dei minori e contesti familiari*. Milano: Giuffrè.
- La Torre M.E. (2011). La rettificazione di attribuzione di sesso. In Ferrando G., Fortino M., Ruscello F., a cura di, *Trattato di diritto di famiglia*. Volume primo. *Famiglia e matrimonio*. Tomo II. Milano: Giuffrè.
- Laghezza P. (1998). Il diritto all'oblio esiste (e si vede). Nota a Cass., 9 aprile 1998, n. 3679. *Il Foro italiano*, 121, 6: 1835.
- Loré C., Martini P. (1986). Le esperienze straniere. In Loré C., Martini P., *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*. Milano: Giuffrè.
- Lorenzetti A. (2013). *Diritti in transito. La condizione giuridica della persona transessuale*. Milano: FrancoAngeli.
- Luccioli G. (2020). Qualche riflessione sulla sentenza delle sezioni unite n. 12193 del 2019

in materia di maternità surrogata. *GenIUS*: 7, 1: 152. Testo disponibile all'indirizzo web: http://www.geniusreview.eu/wp-content/uploads/2020/05/Luccioli_sezioni_unite.pdf (03/12/2021).

Mantovani M. (1985). Legge 14 aprile 1982, n. 164. Norme in materia rettificazione di attribuzione di sesso. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2: 1.

Marchisio S. (2000). L'educazione ai diritti umani. *Affari esteri*, 159: 761.

Martini A. (2006). *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*. Napoli: Editoriale Scientifica.

Morozzo Della Rocca P. (2014). *La nuova disciplina della filiazione*. Milano: Maggioli Editore.

Palmeri G. (2011). Il cambiamento di sesso. In Canestrari S., Ferrando G., Mazzoni C.M., Rodotà S., Zatti P., a cura di, *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*. Tomo I. Milano: Giuffrè.

Palmeri G. (2015). Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012). *GenIUS*, 2, 2: 199. Testo disponibile all'indirizzo web: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/12/genius-2015-02.pdf> (12/12/2021).

Paradiso M. (2016). Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è. *Rivista di Diritto Civile*, 62, 5: 1306.

Patti S., Will M.R. (1982). La "rettificazione di attribuzione di sesso": prime considerazioni. *Rivista di Diritto Civile*, 2: 729.

Patti S. (1983). "Attribuzione" di sesso e "mutamento" di nome: lacune della legge e soluzioni giurisprudenziali. *Giurisprudenza Italiana*, I, 2: 589.

Patti S. (1984). Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale. *Rivista critica del diritto privato*, 2: 335.

Patti S. (1986). Sul diritto alla riservatezza della persona transessuale. *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3: 907.

Patti S. (1999). Transessualismo. In AA.VV., *Digesto delle discipline privatistiche, sezione*

civile. XIX. Torino: Utet.

- Patti S. (2007). Rettificazione di sesso e trattamento chirurgico. *Famiglia, persone e successioni*, 3, 1: 28.
- Patti S. (2015a). Mutamento di sesso e “costringimento al bisturi”: il Tribunale di Roma e il contesto europeo. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 31, 1: 39.
- Patti S. (2015b). Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 31, 11: 643.
- Patti S. (2016). Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali). *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 32, 1: 143.
- Patti S., Will M.R. (1986). *Mutamento di sesso e tutela della persona*. Padova: Cedam.
- Pignataro G. (2016). Il cognome materno. In Di Stasi A., a cura di, *CEDU e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*. Vicenza: Cedam.
- Recinto G. (2020). Un inatteso “revirement” della Suprema Corte in tema di maternità surrogata. *Famiglia e diritto*, 7: 690.
- Repetto G. (2011). *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*. Napoli: Jovene.
- Rossi Carleo L. (2016). Status e contratto nel mosaico della famiglia. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 1: 221.
- Salanito U. (2019). Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 35, 4: 737.
- Santosuosso F. (2004). *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge*, 19 febbraio 2004, n. 40. Milano: Giuffrè.
- Scalisi V. (2017). Come “far cose con regole”. *Rivista di diritto civile*, 63, 5: 1097.
- Scia F. (2010). *Procreazione medicalmente assistita e status del generato*. Napoli: Jovene.
- Sciancalepore G., Stanzione P. (2002). *Transessualismo e tutela della persona*. Milano: Ipsoa.
- Sesta M. (2020). L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il

riconoscimento di due madri. *Famiglia e diritto*, 4: 325.

Spadafora A. (2019). *Procreare semper licet? Il diritto di famiglia e delle persone*, 48, 3: 1062.

Stanzione P. (1980). La soluzione normativa del transessualismo: l'esperienza tedesco-occidentale. *Rassegna di diritto civile*, 4: 1226.

Stanzione P. (1992). Transessualità. In AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, XLIV. Milano: Giuffrè.

Stanzione P. (2001). *Il nuovo ordinamento dello stato civile - Commento al d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396*. Milano: Giuffrè.

Stanzione P., Sciancalepore G. (2004). *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*. Milano: Giuffrè.

Theilen J.T. (2014). Depathologisation of Transgenderism and International Human Rights Law. *Human Rights Law Review*, 14: 327. DOI: 10.1093/hrlr/ngu010.

Tonolo S. (2014). La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 50, 1: 81.

Torino R. (2002). Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia. *Famiglia*, 1: 179.

Trucco L. (2003). Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo alla luce del diritto comparato. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1: 371.

Varano C. (2017). La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali. *Famiglia e diritto*, 8-9: 825. Testo disponibile all'indirizzo web: <https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/168239/240042/Articolo%20Maternit%C3%A0%20surrogata%20e%20interesse%20del%20minore%20di%20Cristina%20Varano.pdf> (03/12/2021).

Varano F. (2009). Il sistema di attribuzione del nome e del cognome nel diritto italiano. *Lo Stato civile italiano*, 105, 6: 421.

Vecchi P.M. (1994). Transessualismo. In AA.VV., *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI.

Roma: Treccani.

Winkler M. (2019). Le sezioni unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza? *Il Corriere giuridico*, 10: 1225.