

Le nuove frontiere giuridiche della transessualità: brevi osservazioni comparatistiche.

Maria Chiara Di Gangi *

* Avvocato del Foro di Palermo e Dottore di Ricerca in “Diritto Privato Comparato” presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Palermo.

1. Introduzione. - 2. La giurisprudenza italiana antecedente l’emanazione della legge n° 164/1982. - 3. Dalla legge 14 aprile 1982 n° 164 al riconoscimento costituzionale di un diritto all’identità sessuale. - 4. La giurisprudenza inglese antecedente l’emanazione del Gender Recognition Act del 2004. - 5. Il Gender Recognition Act del 2004. - 6. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo. - 7. La giurisprudenza spagnola antecedente l’emanazione della Ley 3/2007 del 15 marzo. - 8. La Ley 3/2007, del 15 marzo. - 9. Conclusioni.

1. Introduzione.

Dinanzi alla tela di Jenny Seville¹, *Passage*, restiamo “simple men in the street”, per i quali “there are only two sexes. A person is either male or female, Adam or Eve”. Poi, continuando a seguire le riflessioni del professore Benjamin², “with more learning comes more doubt. The more sophisticated realize that every Adam contains elements of Eve and every Eve harbors traces of Adam, physically as well as psychologically”. Così l’ultimo pensiero corre all’interrogativo posto da Lord Nicholls of Birkenhead³: “should self-perceived gender be recognised”?

La transessualità nel tempo è stata differentemente catalogata. Il sessuologo H. Benjamin, il primo ad usare tale termine in relazione ad un fenomeno dapprima sconosciuto e poi reso pubblico dal clamore suscitato dal caso Jorgensen⁴, preferendo fuggire dalla convenzionale bipartizione anatomica del sesso ed indicando l’esistenza di più di dieci⁵ manifestazioni dello stesso, riferiva il termine transessualità al momento in cui il “psychological sex” fosse “in opposition to all other sexes”. I transessuali - “male or female”- essendo una delle estrinsezioni delle “sex-split personalities”, erano descritti come “deeply unhappy as a member of the sex (or gender) to which he or she was assigned by the anatomical structure of the body, particularly the genitals”. Gli stessi “feel that they *belong* to the other sex, they want to *be and function* as members of the opposite sex, not only to appear as such”. In Italia, nel 1985, “transessuale viene considerato il soggetto che presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso sente in modo profondo di

¹ Jenny Saville, *Passage*, 2004, olio su tela, 336 x 290 cm.

² H. Benjamin, *The transsexual phenomenon*, New York, 1966.

³ Cfr. *Bellinger v. Bellinger* [2003] UKHL 21.

⁴ Per una descrizione del trattamento medico seguito in tale caso o in altro parallelo cfr. C. Hamburger, G. K. Stürup, E. Dahl-Iversen, *Transvestism. Hormonal, psychiatric, and surgical treatment*, in *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 152, May 30, 1953, pp. 391 ss.

⁵ Cfr. H. Benjamin, *op. cit.*, nell’edizione italiana, *Il fenomeno transessuale*, traduzione a cura di F. Pintore, Astrolabio, Roma, 1968, p. 15: “In luogo dei due sessi convenzionali con le loro differenze anatomiche possono darsi sin dieci o più distinte concezioni e manifestazioni del sesso e ciascuna potrebbe essere di vitale importanza per l’individuo. Ecco qui alcune delle modalità del sesso che ho d’occhio: sesso cromosomico, sesso genetico, sesso anatomico, sesso legale, sesso gonadico, sesso germinale, sesso endocrino (ormonico), sesso psicologico e, inoltre, sesso sociale, ordinariamente basato sul sesso dell’educazione ricevuta”.

appartenere ad un altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio"⁶, al fine di "adapt their physical characteristics to their psychological nature"⁷. Anche la giurisprudenza inglese, nel 1970, ascrisse la transessualità a quelle anomalie del sesso di carattere psicologico, per le quali i transsexuals "come to think of themselves as females imprisoned in a male bodies, or vice versa, and dislike for their own sexual organs which constantly remind them of their biological sex"⁸. Successivamente, nel 2003, la transessualità viene qualificata "psychiatric disorder often known as gender dysphoria or gender identity disorder" per il quale "transsexual people are born with the anatomy of a person of one sex but with an unshakeable belief or feeling that they are persons of opposite sex"⁹. Infine, nel 2007, la "transexualidad" è "considerada como un cambio de la identidad de genero"¹⁰.

Nel tempo numerose questioni sono state sollevate in relazione al possibile riconoscimento giuridico di coloro i quali, abbracciando la propria psicosessualità, sceglievano di sottoporsi ad un intervento chirurgico irreversibile. Se *ab origine*, nell'assenza di alcuna disposizione legislativa, tale legittimazione venne negata con la conseguente esistenza nel mondo sociale di esseri intermedi, dalle fattezze non corrispondenti alle certificazioni anagrafiche, successivamente la raggiunta identità ebbe la prevalenza rispetto all'altra visibile soltanto al microscopio.

Il presente studio vuole ripercorrere le tappe di tale evoluzione giuridica, soffermandosi su alcuni istituti - quali l'identità di sesso, il diritto al nome, il matrimonio - guardando all'ordinamento italiano, inglese e spagnolo - e avendo quali strumenti d'indagine le rispettive giurisprudenze primigenie e foriere della necessità delle successive legislazioni nonché l'esperienza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, al fine di conoscere le discipline giuridiche legittimanti la nuova epifania dei soggetti transessuali.

2. La giurisprudenza italiana antecedente l'emanazione della legge n° 164/1982.

La giurisprudenza italiana, sia di legittimità che di merito, in tempo antecedente all'emanazione della legge n° 164/1982, rifiutava di riconoscere ad un soggetto un sesso diverso da quello anagrafico, qualora la discordanza fosse stata determinata da un fatto volontario ed artificiale dell'uomo. Tale modificazione dei caratteri morfologici genitali poteva essere scriminata allorquando avesse favorito una mutazione naturale¹¹ e già sviluppata degli stessi ed *a contrario* non veniva giustificata da una discrasia tra i caratteri sessuali cromosomici, gonadici, genitali ed il c.d. sesso psicologico¹². Infatti la psicosessualità non assurgeva ad elemento

⁶ Così la sentenza della Corte Cost., 6 maggio 1985, n° 161, in *Giurisprudenza Italiana*, 1986, I, col. 806 ss.

⁷ Così la Corte di Strasburgo nel caso *Rees v. The United Kingdom*, 17 ottobre 1986, in *Rivista di Diritto internazionale*, 1987, p. 735 ss., di cui si dirà *infra*.

⁸ *Corbett v. Corbett* [1971] P 83.

⁹ *Bellinger v. Bellinger*, *cit.*

¹⁰ Così la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, in BOE núm. 65, viernes 16 marzo 2007, p. 11251.

¹¹ Cfr. Tribunale di Palermo, 17 marzo 1972, in *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 1972, p. 507 ss., che così si esprime: "In tali casi, infatti, non si tratta di un cambiamento di sesso ma di attribuzione di quello vero, essendosi rivelata erronea quella avvenuta al momento della nascita".

¹² In tal senso cfr. Cass. 3 aprile 1980, n° 2161 in *Giustizia Civile*, 1980, I, p. 1513 ss.

decisivo volto a determinare il sesso¹³ di un soggetto, ma veniva valutata solo in presenza di una condizione sessuale somatica ambigua¹⁴. Il genere risultante dai registri dello stato civile, dunque, era immodificabile anche a seguito di un effettuato intervento chirurgico che, di fatto, avesse attribuito al soggetto transessuale il sesso al quale sentiva di appartenere. Le Corti di legittimità, in tal modo, metabolizzavano il sentire della coscienza comune circa il risultato raggiunto da un'operazione chirurgica, qualificandolo come un "fatto ripugnante" e indirizzavano la protezione giuridica verso l'esclusiva necessità di tutelare gli eventuali partner del soggetto "trasformato" dal pericolo di poter essere ingannati, da quest'ultimo, circa la reale e primigenia condizione sessuale dello stesso, abbracciando argomentazioni relegate alla certezza dei rapporti giuridici. Tale consolidato orientamento era osteggiato, tuttavia, da quella isolata giurisprudenza di merito¹⁵ che si appellava al "criterio di prevalenza" reale *ex post*, qualificando irrilevante per la vita di relazione il fatto che un soggetto, al microscopio, potesse essere dotato di cromosomi XY, qualora, a seguito di mirata chirurgia plastica, proprio il suo inserimento nella società in veste di uomo desse origine a gravi inconvenienti, determinanti confusione e pregiudizio per l'ordine sociale. Da ciò scaturiva la necessità di adeguare "il sesso più vicino alla realtà con quello legale".

Con la sentenza n° 98 del 1° agosto 1979¹⁶, la Corte Costituzionale venne chiamata a decidere se gli articoli 165 e 167, del R.D.L. 9 luglio 1939 n° 1238 e l'art. 454 c.c.¹⁷ fossero in contrasto con gli artt. 2 e 24 della Costituzione, poiché le suddette norme, secondo la costante giurisprudenza della Cassazione, escludevano il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita a seguito di operazione chirurgica legittimante il riconoscimento di un sesso psichico. La Corte ritenne che le norme costituzionali invocate non includessero "tra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica", poiché l'art. 2 della Costituzione "nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo non può non essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali". Così optando per una c.d. tipicità¹⁸ dei diritti dell'uomo *ex art. 2*

¹³ Cfr. Cass. 13 giugno 1972 n° 1847, in *Giustizia Civile*, 1972, p. 1798 ss.

¹⁴ Così Cass. 3 dicembre 1974 n° 3948, in *Giustizia Civile*, 1975, p. 633 ss., che conferma la sentenza della Corte d'Appello di Bologna 23 gennaio 1970, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, sez. II, col. 60 ss.

¹⁵ Cfr. Tribunale di Lucca, 17 aprile 1972, in *Giurisprudenza Italiana*, 1973, I, sez. II, col. 374 ss., con nota di M.E. Poggi, *Mutamento di sesso e domanda di rettificazione*, *ivi*, col. 373 ss.

¹⁶ Corte Cost. 1° agosto 1979, n° 98, in *Giurisprudenza Italiana*, 1981, I, col. 23 ss., con nota di M. Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*; anche in *Il Foro Italiano*, 1979, I, col. 1929 ss.; altresì in *Giustizia Civile*, 1980, p. 32 ss.

¹⁷ Il R.D.L. 9 luglio 1939 n° 1238 e l'art. 454 c.c. sono stati abrogati dall'art. 110, rispettivamente, comma 1 e comma 3, del D.P.R. 3 novembre 2000, n° 396.

¹⁸ Di contraria opinione: P. Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 95 ss.. L'Autore, infatti, afferma che "la presenza nella Costituzione di numerose previsioni di diritti civili (diritto alla salute, allo studio, alla vita libera e dignitosa, ecc.), di libertà civili, unitamente alla clausola generale di tutela del libero sviluppo della persona umana (art. 2), induce ad escludere la tipicità dei diritti della personalità in termini quantitativi e consente altresì di considerare in forma qualitativamente diversa il tema della persona umana (...) sì da farne assumere il ruolo centrale nell'ordinamento giuridico (...). Così esigenze esistenziali della persona umana, quali il mutamento di sesso o la riservatezza dei fatti privati (...) trovano nella previsione generale di tutela della persona un fondamento normativo preciso, idoneo a qualificare tali esigenze come giuridicamente meritevoli con immediate conseguenze nelle stesse relazioni intersoggettive".

Cost., desumeva l'inesistenza di un "diritto all'identità sessuale"¹⁹ e, proprio per la mancanza di un diritto sostanziale propedeutico, faceva derivare la non operatività dell'art. 24 della Cost.. Tale pensiero cercava di trovare un riscontro anche nell'assenza di tutela prevista a livello di legislazione ordinaria ed, evidentemente, paventava le conseguenze che potevano essere collegate ad un riconoscimento legale del mutamento del sesso in relazione all'istituto del matrimonio, all'accertamento dell'idoneità di alcune attività lavorative²⁰ o alla preclusione delle stesse per il genere femminile, all'obbligo di prestare il servizio militare, alla disciplina religiosa, alla disposizione nelle carceri, ecc....

3. Dalla legge 14 aprile 1982 n° 164 al riconoscimento costituzionale di un diritto all'identità sessuale.

La lacuna *legis* veniva reiteratamente denunciata dalla dottrina ed anche dalla Corte Costituzionale. Il Legislatore così intervenne con la Legge 14 aprile 1982 n° 164²¹ e dettò poche norme al fine di rettificare²² l'attribuzione di sesso. A partire dagli anni '80, quindi, in Italia venne data la possibilità ad un soggetto, a seguito di "interventive modificazioni"²³, di acquisire un sesso diverso da quello dichiarato nell'atto di nascita ed, ove necessario, non si escluse aprioristicamente di procedere ad un accertamento delle proprie condizioni psicosessuali²⁴. L'organo che a tutt'oggi dà l'impulso all'ufficiale di stato civile al fine di procedere alla rettificazione è il giudice del tribunale adito, attraverso l'emanazione di una sentenza che accoglie il ricorso di rettificazione depositato dall'interessato, qualificato "attore". La sentenza

Cfr. anche P. D'Addino Serravalle, *Le trasformazioni chirurgiche del sesso nella sentenza n° 98 della Corte Costituzionale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 507 ss.

¹⁹ Cfr. M. Garutti e F. Macioce, *Il diritto all'identità sessuale*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1981, p. 273 ss. Gli Autori, invece, individuano il fondamento normativo del diritto all'identità sessuale negli artt. 2, 3, 32 Cost.

²⁰ Così P. Perlingieri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1970, p. 830 ss.

²¹ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale 19 aprile 1982, n° 106, il cui art. 1, a seguito del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, risulta modificato.

²² Già nel 1980 il Finocchiaro, critico verso l'orientamento restrittivo della Corte di legittimità e della sentenza della Corte Costituzionale n° 98/1979, affermava come "in realtà non esiste, nell'ordinamento, una norma da cui possa desumersi la definitività o l'immutabilità delle risultanze degli atti dello stato civile quanto al sesso"; cfr. M. Finocchiaro, << *Ei fu* >> (*qualche osservazione sugli interventi chirurgici c.d. demolitori degli organi genitali esterni*), in *Giustizia Civile*, 1980, p. 1517 ss.

²³ Per una disamina critica del testo di legge si rinvia a S. Patti e M.R. Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona – saggi di diritto civile e comparato* – Padova, 1986, in particolare: *Commentario della Legge 14 aprile 1982, n° 164*, p. 17; *La <<rettificazione di attribuzione di sesso>>: prime considerazioni*, p. 41; cfr. inoltre P.M. Vecchi, *Der Transsexualismus im deutschen und italienischen Recht*, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 1991; infine, cfr. M.G. Branca, *Rettificazione di attribuzione del sesso. La rilevanza del fattore psicosessuale: tutela giuridica di << inclinazioni morbose >>*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1984, p. 584, per la quale il pregio della legge sta "proprio nel consentire, agli individui che ne facciano richiesta, la rettificazione, senza valutare l'importanza tra l'uno e l'altro dei caratteri sessuali o la prevalenza di un carattere sull'altro".

²⁴ Cfr. Tribunale Trieste, 21 dicembre 1982, in *Giurisprudenza Italiana*, 1983, I, sez. II, col. 666 ss., con nota di A. Bonifacio – S. Malannino, *Mutamento di sesso e <<caratteri dominanti>>*, ivi, col. 665 ss. La sentenza utilizza quale parametro di riferimento, per l'accertamento del sesso di un soggetto ed eventuale rettificazione dei propri dati anagrafici, la sua unità psicosomatica ed adotta il metodo della prevalenza dei caratteri dominanti.

de qua non ha effetto retroattivo, e - divenuta cosa giudicata - oltre a determinare la rettificazione provoca²⁵ lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Inoltre, la Legge tutela il diritto alla riservatezza dell'interessato poiché, effettuata la rettificazione, le attestazioni di stato civile a lui riferibili dovranno essere rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome. Quindi, soltanto indirettamente la legge prevede quale conseguenza della rettificazione anche il mutamento del nome²⁶. La Corte Costituzionale²⁷, adita al fine di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della L. 164/1982 con riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost., incentrando il proprio ragionamento giuridico sull'opinione medico-legale della c.d. transessualità, accolse - pronunciando la sentenza n° 161/1985 - un nuovo concetto di identità sessuale, non più riferito esclusivamente agli organi genitali esterni ma, anche, ad elementi di carattere psicologico e sociale nella convinzione di un "sesso come dato complesso formato da diversi fattori". Ai sensi della pronuncia della Corte, la legge 164/1982 intendeva fornire tutela alla piena esplicazione della personalità dei soggetti transessuali, proprio perché espressione di una civiltà giuridica *in progress*, maggiormente attenta ed orientata alla valorizzazione della libertà e della dignità della persona umana "anche nelle situazioni minoritarie ed anomale". Così l'identità sessuale, riconosciuta dalla Corte quale "aspetto e fattore di svolgimento della personalità" *ex art. 2 Cost.*, conquistata anche attraverso un intervento chirurgico, non venne considerata in contrasto con l'art. 5 c.c.. Infatti, il principio dell'indisponibilità del proprio corpo non si considerava violato, poiché l'intervento chirurgico, da un lato è, *ex art. 3 L. 164/1982*, preventivamente autorizzato²⁸ dal giudice - sulla base di una norma positiva - e dall'altro, ha natura

²⁵ Il Tribunale di Roma, con la sentenza 3 dicembre 1982, in *Giustizia Civile*, 1983, I, p. 996 ss., riconosce la cumulabilità, nel medesimo giudizio volto all'attribuzione della rettificazione di sesso, della richiesta di pronunciare lo scioglimento del matrimonio ed attribuire un nuovo nome.

Di contrario avviso è M. Finocchiaro, *Divorzio e transessualismo*, in *Giustizia Civile*, 1983, p. 998 ss., per il quale le domande non possono cumularsi in un medesimo giudizio, da un lato perché la sentenza di rettificazione è causa di scioglimento una volta passata in cosa giudicata, dall'altro poiché la legge 164/1982 espressamente richiama la L. 1° dicembre 1970 n° 898 e la competenza territoriale del Tribunale cui fa riferimento la prima (luogo di residenza dell'attore) è inconciliabile con il foro speciale proprio del giudizio di divorzio (luogo di residenza del coniuge convenuto). Inoltre cfr., M. Finocchiaro, *I transessuali di nuovo davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giustizia Civile*, 1983, p. 3247 e ss., per il quale "la pronuncia che dispone la rettificazione del sesso enunciato nell'atto di nascita (...) non importa che automaticamente venga meno il precedente vincolo ma è una delle cause che legittimano la richiesta di divorzio". Infatti, l'art. 7 della legge 6 marzo 1987 n° 74 aggiunge la lettera g) all'art. 3 n° 2) della L. 898/1970, per la quale: "lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi nei casi in cui è passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge 14 aprile 1982, n° 164". Cfr. anche D. Visintin, *Che cosa è cambiato con la nuova disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1988, p. 409 ss.

²⁶ Per ciò che concerne il mutamento del nome cfr. S. Patti, *Transessualismo* (voce), in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, IV ed., p. 425 ss.; cfr. altresì M. Botton, *Sesso, identità e nome nel mondo transessuale*, in *Famiglia e Diritto*, n° 2, 2007, p. 116 ss., per la quale nulla osta affinché il nome possa essere cambiato in uno con la concessa autorizzazione alla rettificazione; M. C. La Barbera, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento medico-chirurgico*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1998, p. 1036 ss.

²⁷ Corte Cost., 6 maggio 1985 n° 161, *cit.*

²⁸ A tal proposito, si veda il dibattito suscitato dalla sentenza del Tribunale di Brescia, 15 ottobre 2004, in *Famiglia e Diritto*, 2005, n°5, p. 527 ss., laddove si rifiuta la rettifica dell'atto di nascita di un

terapeutica tale da escluderne l'illiceità. L'intervento artificiale dell'uomo, quindi, aiuta il transessuale a raggiungere lo stato di benessere in cui consiste la salute *ex art.* 32 Cost.. La certezza dei rapporti giuridici da tutelare - in nome della quale prima degli anni '80 non venne riconosciuto al soggetto di rettificare i registri di stato civile - prende nuova forma poiché, adesso, si realizza proprio con l'esigenza di far coincidere "l'identificazione anagrafica del sesso al suo orientamento psicologico o comportamentale". Infine, la sentenza n° 161/1985 dichiarò inammissibili per irrilevanza le questioni di legittimità costituzionale dell'artt. 1 e 5 della L. 164/1982 con riferimento agli artt. 29 e 30 Cost., affermando come l'ordine naturale della società familiare possa essere lesa solo dalla sindrome transessuale da cui è affetto uno dei coniugi e non dalla rettificazione anagrafica del mutamento di sesso dello stesso, il cui effetto è lo scioglimento del matrimonio tra persone che, *ex post*, sono divenute dello stesso sesso. Pertanto il soggetto, ottenuta la rettificazione, potrebbe contrarre un nuovo matrimonio²⁹, e sarebbe tenuto all'adempimento degli obblighi *ex art.* 30 Cost. verso i figli avuti dal matrimonio precedentemente contratto ovvero nati dal nuovo.

Ulteriore questione dibattuta dalle corti di merito è quella di stabilire se ai fini della rettificazione del sesso possa prescindere da un intervento chirurgico. La sopracitata sentenza della Corte Costituzionale n° 161/1985 potrebbe, al limite e forse un po' forzatamente, essere letta in tal senso. La legge, tuttavia, nonostante la ben nota e contraria prassi giurisprudenziale, sembra a tal proposito essere chiara: l'adeguamento dei caratteri sessuali da realizzarsi mediante trattamento medico-chirurgico deve essere preventivamente autorizzato dal tribunale allorché risulti necessario (*ex art.* 3, 1° comma, L. 164/1982) mentre la rettificazione si esegue in forza di sentenza passata in giudicato per le "intervenute modificazioni dei caratteri sessuali". Quest'ultima espressione non può non essere foriera di un sesso assimilato dal Legislatore al plurale, quindi fisico ma fortemente psichico³⁰. Del resto considerare il trattamento chirurgico quale *condicio sine qua non* della rettificazione,

soggetto sottoposti ad intervento chirurgico in mancanza di previa autorizzazione, poiché quest'ultima, ai sensi della pronuncia di merito, sarebbe necessaria ed imprescindibile.

In senso contrario cfr.: Corte di Appello di Genova, 23 aprile 1990, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1991, p. 550 ss., con nota di S. Boccaccio, *Mutamento di sesso e autorizzazione preventiva*, p. 554 ss.; inoltre, Tribunale di Salerno, 5 marzo 1998 in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1998, p. 1057, ai sensi del quale "non sembra che l'atto di autorizzazione possa essere elevato al rango di presupposto processuale o di procedibilità" del giudizio di rettificazione poiché ammette che possa compiersi una valutazione anche a posteriori - ovvero successiva ad un praticato intervento chirurgico seppure non autorizzato - sulla derivazione delle intervenute modificazioni sessuali da validi presupposti psico-sessuali; così anche Tribunale di Milano, 5 ottobre 2000, in *Famiglia e Diritto*, n°3, 2000, p. 324 ss., con commento di A. Crovetto; altresì cfr. P. Veronesi, *Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica*, in *Famiglia e Diritto*, 2005, n° 5, p. 528 ss.

²⁹ In tal senso anche A. Chaves, *Il diritto all'identità sessuale*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1981, p. 60 ss.

³⁰ In relazione alla non propedeuticità di un'operazione chirurgica al fine della rettificazione dell'atto di nascita, cfr.: Tribunale di Roma, 18 ottobre 1997, in *Il Diritto di famiglia e delle Persone*, 1998, p. 1033 ss., per il quale "La legge n. 164/82 non pone siffatto trattamento (chirurgico) come indispensabile per la rettificazione, ma dispone solo la sua autorizzazione quando ciò si riveli necessario. Tale necessità (...) deve ritenersi sussistente quando sia indispensabile per assicurare un equilibrio psicofisico stabile, qualora la discrepanza tra la psicosessualità ed il sesso anatomico determini nel soggetto un atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi sessuali".

da un lato troverebbe conferma nella statica definizione medica di transessualità, dall'altro comporterebbe un obbligo per il transessuale di sottoporsi allo stesso.

4. La giurisprudenza inglese antecedente l'emanazione del Gender Recognition Act del 2004.

Il caposaldo della giurisprudenza inglese è costituito dal caso *Corbett v. Corbett*³¹ del febbraio 1970, in cui il giudice Ormrod, in virtù del legame matrimoniale che univa le parti in lite, preferiva optare, tra i criteri volti ad assegnare la condizione sessuale di un individuo – “chromosomal, gonadal, genital, psychological factors” - per quello biologico³², non dando alcuna rilevanza al fattore psicologico. In relazione al fatto che “marriage is a relationship which depends on sex and not on gender” ed adottata una concezione immutabile³³ del sesso risultante dall'atto di nascita, la condizione di Mrs April³⁴ Ashley venne descritta come uno zibaldone di femminilità: “a pastiche of femininity”, tale da non essere “a woman for the purposes of marriage”. L'operatività del metodo Corbett venne successivamente affermata anche in casi non concernenti il riconoscimento di un'unione coniugale celebrata tra transessuali. Infatti, il caso *Re: P and G*³⁵, del 16 febbraio 1996, escluse che potesse essere

³¹ *Corbett v. Corbett, cit.* - in cui Mr Arthur Cameron Corbett, già sposato, travestito ed omosessuale, conosce April Ashley, sei mesi dopo l'intervento chirurgico a cui la stessa si era sottoposta a Casablanca, e si definisce “a full man in love with a girl”, pur consapevole delle vicissitudini che avevano segnato la vita di April, la quale intanto svolgeva la professione di modella. Pertanto, ottenuto il divorzio dalla prima moglie, Mr Corbett decide di sposare April. Dopo soli 14 giorni di matrimonio tuttavia presenta ricorso al fine di dichiarare il matrimonio *void* perché April doveva considerarsi uomo – quindi del suo stesso sesso - ovvero di emettere un decreto di nullità del matrimonio per mancata consumazione. La Corte, proprio a causa della riconosciuta identità di sesso tra gli sposi, constatò la nullità dell'unione coniugale. Cfr. anche S.M. Cretney, *Family Law in the Twentieth Century. A History*, Oxford, 2005, p. 70 ss.

³² Cfr. opinione del giudice Ormrod: “Having regard to the essentially heterosexual character of the relationship which is called marriage, the criteria must, in my judgment, be biological, for even the most extreme degree of transsexualism in a male or the most severe hormonal imbalance which can exist in a person with male chromosomes, male gonads and male genitalia cannot reproduce a person who is naturally capable of performing the essential role of a woman in marriage. In other words, the law should adopt, in the first place, the first three of doctors' criteria, ie the chromosomal, gonadal and genital tests, and, if all three are congruent, determine the sex for the purpose of marriage accordingly, and ignore any operative intervention”.

³³ Cfr. opinione del giudice Ormrod: “It is common ground between all medical witnesses that the biological sexual constitution of an individual is fixed at birth (at least), and cannot be changed, either by the natural development of organs of the opposite sex, or by medical or surgical means. The respondent's operation, therefore, cannot affect her true sex. The only cases where the term <<change of sex>> is appropriate are those in which a mistake as to sex is made at birth and subsequently revealed by further medical investigation”.

³⁴ E' importante ricordare come circa un anno dopo l'operazione, la stessa riesce “by deed poll” a mutare il proprio nome in April Ashley ed a ottenere un passaporto con quel nome, nonostante fallissero i tentativi volti a mutare il suo certificato di nascita. Cfr. a tal proposito, Halsbury's Laws of England, 4th ed., London, 1981, vol. 12, para. 1303, laddove si legge: “a deed poll is so called because the parchment required for such deeds has usually been shaved even or polled at top”.

³⁵ *Re: P and G* [1996] 2 FLR 90; P, dopo essersi sottoposto ad un intervento chirurgico, il 21 agosto 1994, scrisse al “Registrar General”: “I wish for my birth certificate to be corrected. At birth, I was mistakenly identified as male; since then I have been diagnosed as transsexual and treated successfully with the medication and surgery appropriate to gender reassignment. I should be grateful, therefore, if you would inform me as to the procedure for correcting my birth certificate to show my sex at birth as <<girl>> rather than <<boy>>”. Il “Registrar General” rispose il 26 settembre 1994: “A birth certificate is a document revealing not the current situation but historical facts only. Legislation does

riconosciuto il diritto di due soggetti, già sottoposti ad un intervento chirurgico, ad ottenere il mutamento - nei propri certificati di stato civile - dell'espressione "boy" in "girl". Il giudice Kennedy ancorò tale decisione al fatto che "the register of births is a historical record. It is not a statement of current identity", e, affermando l'operatività del metodo Corbett, dichiarò che non era stato commesso alcun errore tale, *ex lege*³⁶, da legittimare l'auspicata modifica.

Lord Nicholls of Birkenhead, il 10 aprile 2003, nel decidere il caso *Bellinger v. Bellinger*³⁷ affermò come "the state of English law regarding the sex of transsexual people is represented by the well known decision of Ormrod J in *Corbett v. Corbett*" nonostante il medesimo fosse stato seguito da numerose critiche, per l'evidente emarginazione del fattore psicologico, nonché superato - con l'affermazione della validità del matrimonio del transessuale - da alcune pronunce in Nuova Zelanda³⁸ ed in Australia³⁹. Riconoscere Mrs Bellinger quale "female for the purposes of section 11(c) of the Matrimonial Causes Act 1973 would necessitate giving the expressions <<male>> and <<female>> in that Act a novel, extended meaning: that a person may be born with one sex but later become, or become regarded as, a person of the opposite sex". La House of Lords, con le parole di Lord Nicholls, auspicò un futuro intervento del Parlamento volto ad affrontare una così delicata questione comportante "a change in the traditional concept of marriage", a formulare criteri chiari e facilmente individuabili, al fine di fornire a coloro i quali volessero sposarsi la consapevolezza di sapere se il matrimonio sia valido o meno ed assicurare il massimo grado di certezza. Così in relazione all'essenza stessa del matrimonio⁴⁰, alle

provide for the correction of errors in a birth registration, but an amendment to the statutory record can be carried out only if an error was made when the birth was registered, for example where the person concerned was not, at birth, of sex recorded. Where a person undergoes gender reassignment surgery the historic information contained in the birth entry cannot be said to be incorrect and no amendment can be made. It follows from this that a revised or annotated birth certificate may not be issued to show a change of sex". All'ulteriore richiesta avanzata da G, il Registrar General rispose in maniera analoga, aggiungendo però: "The criteria for determining an individual's sex, for this purpose, are biological, and are the same as those laid down for the purposes of marriageability in the legal case of *Corbett v. Corbett* in 1970. If you have any evidence that these criteria were incorrectly determined at birth we will be happy to consider any medical evidence concerning the alleged error". Così P e G, adirono la Queens Bench Division al fine di tutelare il loro preteso diritto.

³⁶ *Births and Deaths Registration Act*, 1953.

³⁷ *Bellinger v. Bellinger*, *cit.*; Mrs Elizabeth Bellinger, originariamente uomo era convolato a nozze con una donna, dalla quale successivamente aveva divorziato. Dopo essersi sottoposto ad intervento chirurgico, aveva sposato Mr Bellinger, consapevole del suo *background*, e con il quale viveva felicemente come moglie e marito. Così chiedeva alla House of Lords una dichiarazione di validità dello stesso ed in subordine che la medesima Corte dichiarasse incompatibile la section 11 (c) del Matrimonial Causes Act del 1973 con gli articoli 8 e 12 della C.E.D.U.. Cfr. anche ME Rodgers, *Understanding Family Law*, London, 2004, p. 20 ss.; K. McK. Norrie, *Bellinger v. Bellinger, the House of Lords and the Gender Recognition Bill*, in *The Edinburgh Law Review*, 2004, vol. 8, p. 93 ss.

³⁸ *Attorney-General v. Otahuhu Family Court* [1995] 1 NZLR 603.

³⁹ *Re Kevin* [2001] Fam CA 1074.

⁴⁰ Lord Nicholls: "Marriage is an institution, or relationship, deeply embedded in the religious and social culture of this country. It is deeply embedded as a relationship between two person of the opposite sex. There was a time when the reproductive functions of male and female were regarded as the primary *raison d'être* of marriage. (...) There is much more emphasis now on the <<mutual society, help and comfort that the one ought to have of other>>. Against this background there are those who urge that the special relationship of marriage should not now be confined to persons of opposite sex. It should be possible for persons of the same sex to marry. This, it is said, is the

situazioni di incertezza⁴¹ che la riattribuzione di genere - raggiunta attraverso un intervento chirurgico - desterebbe, l'unione felice dei Bellinger non venne riconosciuta valida proprio perché fu idealmente assimilata all'unione tra persone del medesimo sesso biologico. Venne, tuttavia, accolta la seconda richiesta avanzata da Mrs Bellinger, anche in relazione all'intervenuta sentenza *Goodwin v. United Kingdom*⁴² della Corte di Strasburgo; il mancato riconoscimento della riassegnazione del sesso per lo scopo del matrimonio venne dichiarato incompatibile con il diritto di Mrs Bellinger alla propria vita privata e al matrimonio, rispettivamente *ex artt.* 8 e 12 della *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

5. Il Gender Recognition Act del 2004.

Le suddette pressioni portarono il Parlamento inglese, nel 2004, ad emanare il noto *Gender Recognition Act*⁴³. Così oggi l'interessato maggiorenne può avanzare domanda per il rilascio di un "gender recognition certificate" al "Gender Recognition Panel"⁴⁴ – composto da esperti di diritto e professionisti di medicina o psicologia – che deve acconsentire alla richiesta allorquando il richiedente da un lato dimostri di avere una "gender dysphoria"⁴⁵, di avere vissuto "in the acquired gender"⁴⁶ per un periodo di due anni, culminante con la data in cui sia stata inoltrata la richiesta -, di volere continuare a vivere in the "acquired gender" fino alla morte, e dall'altro alleggi due "report", realizzati da medici professionisti, attestanti la diagnosi della "gender dysphoria" del richiedente ovvero, nel caso in cui quest'ultimo si sia sottoposto a trattamenti aventi lo scopo di modificare le caratteristiche sessuali, i dettagli del trattamento stesso. Invece, qualora il richiedente abbia già cambiato sesso, il Panel acconsente alla richiesta ove sia fornita la prova che il territorio in cui il richiedente ha cambiato genere sia un "approved country". In entrambi i casi il richiedente deve dichiarare se sia o meno sposato. Qualora il richiedente non abbia un vincolo di matrimonio con alcuno ed il Panel ammetta la richiesta, quest'ultimo rilascia un "full gender recognition certificate"; in caso contrario, viene rilasciato un

appropriate way to resolve problems such as those confronting Mrs Bellinger. It hardly needs saying that this approach would involve a fundamental change in the traditional concept of marriage".

⁴¹ Lord Nicholls: "There seems to be no <<standard>> operation or recognised definition of the outcome of completed surgery. Today the case before the House concerns Mrs Bellinger. Tomorrow's case in the High Court will relate to a transsexual person who has been able to undergo a less extensive course of surgery. The following week will be the case of a transsexual person who has undergone hormonal treatment but who, for medical reasons, has not been able to undergo any surgery. Then there will be a transsexual person who is medically able to undergo all or part of the surgery but who does not wish to do so".

⁴² *Goodwin v. United Kingdom*, [2002] 35 EHRR 18 – vedi infra.

⁴³ Per un commento cfr. R.E. Rains, *Legal Recognition of Gender Change for Transsexual Persons in the United Kingdom: The Human Rights Act 1998 and "Compatibility" with European Human Rights Law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2005, vol. 33, p. 333 ss.

⁴⁴ Ai sensi del *Gender Recognition Act 2004*, Schedule 1, 6: (3) "Panels are to determine applications in private"; (4) "A Panel must determine an applications without a hearing unless the Panel considers that a hearing is necessary"; (6) "Panel must give reasons for their decisions".

⁴⁵ *Gender Recognition Act 2004*, Section 25. Interpretation. "In this Act <<gender dysphoria>> means the disorder variously referred to as gender dysphoria, gender identity disorder and transsexualism".

⁴⁶ *Gender Recognition Act 2004*, Section 1 (2). "In this Act <<the acquired gender>> (...) means (...) the gender in which the person is living or (...) the gender to which the person has changed under the law of the country or territory (outside the United Kingdom)".

“interim gender recognition certificate”, che assurge a causa⁴⁷ di annullabilità del matrimonio⁴⁸. Così la Corte che renderà assoluto il “decree of nullity” dovrà al contempo rilasciare un “full gender recognition certificate”. In ogni caso, soltanto quando quest’ultimo viene ottenuto, il “gender” della persona diventa per tutti gli scopi, tra i quali rientra la possibilità di contrarre validamente matrimonio, quello dell’ “acquired gender” : “so that, if the acquired gender is the male gender, the person’s sex becomes that of a man and, if it is the female gender, the person’s sex becomes that of a woman”⁴⁹.

Il Registrar General, ricevendo una copia del “full gender recognition certificate”, infine, deve annotare tale registrazione nel Gender Recognition Register ed assicurare una connessione tra il primo e la registrazione fatta nel UK Birth Register, la quale dovrà a sua volta essere “marked”.

6. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Anche la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha, nel tempo, mutato orientamento. Nel 1986, con il caso *Rees v. The United Kingdom*⁵⁰, giungeva a negare alcuna violazione degli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo in relazione alla mancata annotazione nel registro delle nascite del cambiamento di sesso, effettuato chirurgicamente da Mss Rees, in considerazione dell’assenza di omogeneità di orientamenti tra gli Stati parti della Convenzione, dalla quale derivava un loro ampio “margin of appreciation” di valutazione circa l’esistenza e l’ampiezza degli obblighi di carattere positivo che permettano di assicurare l’effettivo rispetto della vita privata degli individui. Abbracciando il metodo Corbett, volto alla predilezione del sesso biologico, la Corte negava altresì la violazione dell’art. 12 C.E.D.U. poiché la legge inglese non danneggiava la vera essenza del diritto al matrimonio in quanto “in the Court’s opinion, the right to marry guaranteed by article 12 refers to the traditional marriage between person of opposite biological sex”.

Un *revirement*⁵¹ si ebbe nel caso *Christine Goodwin v. The United Kingdom*⁵², del 11 luglio 2002, affrontato dalla Corte europea dei diritti umani⁵³, dove l’appellante

⁴⁷ Il *Gender Recognition Act 2004*, rispettivamente nel Schedule 2, sec. 4, 1 e Schedule 4, sec. 11, 5, introduce, tra le cause di annullabilità previste nel *Matrimonial Causes Act* del 1973, quella per la quale “an interim gender recognition certificate under the Gender Recognition Act 2004 has, after the time of marriage, been issued to either party to the marriage” e l’altra per la quale “the respondent is a person whose gender at the time of the marriage had become the acquired gender under the Gender Recognition Act”.

⁴⁸ Per una completa disamina dell’invalidità matrimoniale nel diritto inglese, cfr. G. Giaimo, *Il Matrimonio nel diritto inglese*, Padova, 2007, p. 101 ss.

⁴⁹ *Gender Recognition Act 2004*, section 9 (1).

⁵⁰ *Rees v. The United Kingdom*, 17 ottobre 1986, *cit.*. Così anche *Cossey v. The United Kingdom*, 27 settembre 1990 e *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, 30 luglio 1998, reperibili sul sito web - <http://hudoc.echr.coe.int/>. Cfr. anche K. Standley, *Family Law*, London, 2004, p. 33 ss.

⁵¹ Tale cambio di orientamento è stato così spiegato nella sentenza Goodwin: “While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interest of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases. However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved. It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the

lamentò la mancanza di una “legal recognition” del genere acquisito attraverso un intervento chirurgico, che era stata causa di numerose esperienze umilianti e discriminatorie patite nel corso della propria vita. Così denunciò la violazione degli artt. 8 e 12 della C.E.D.U..

La Corte evidenziò l'incongruenza tra il finanziamento da parte del National Health Service dell'intervento chirurgico e il mancato riconoscimento legale del genere acquisito, valutando l'incoerenza⁵⁴ tra l'atto amministrativo e quello legale alla luce dell'art. 8 C.E.D.U. ed affermò: “the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable”. Poiché “a test of congruent biological factors can no longer be decisive in denying legal recognition to the change of gender of a post-operative transsexual” e non ravvisando alcun fattore di pubblico interesse tale da ostacolare il desiderio di Miss Goodwin volto ad ottenere il riconoscimento legale della propria rettificazione di genere, la Corte statuì che “there has been a failure to respect her right to private life in breach of article 8 of the Convention”. Inoltre, considerato che la ricorrente viveva quale donna, aveva una relazione con un uomo e desiderava soltanto sposare un uomo senza tuttavia avere alcuna possibilità in tal senso, la Corte ritenne che l'appellante ben potesse sostenere la violazione del suo diritto al matrimonio poiché “while it is for the Contracting State to determine *inter alia* the conditions under which a person claiming legal recognition as a transsexual establishes that gender re-assignment has been properly effected or under which past marriages cease to be valid and the formalities applicable to future marriages (including, for example, the information to be furnished to intended spouses), the Court finds no justification for barring the transsexual from enjoying the right to marry under any circumstances”; pertanto affermò “there has been a breach of article 12 of the Convention”.

7. La giurisprudenza spagnola antecedente l'emanazione della Ley 3/2007 del 15 marzo.

Il fenomeno della transessualità in Spagna è stato affrontato *ab initio* da alcune pronunce del Tribunal Supremo. In particolare tra le prime si annovera la sentenza

Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement”.

⁵² Reperibile sul sito web - <http://hudoc.echr.coe.int/> . Mrs Christine Goodwin, cittadina inglese, nacque maschio nel 1937. Già durante la fanciullezza mostrava la tendenza ad indossare abiti femminili. Decise di sottoporsi a terapia nel 1963-64 e così venne dichiarata transessuale. Si sposò ed ebbe quattro figli. Continuò ad indossare abiti da uomo durante le ore lavorative, mentre nel tempo libero vestiva come una donna. Soltanto nel 1987 venne ammessa nella lista di attesa per un intervento chirurgico finalizzato al gender re-assignment, che effettuò nel 1990 a 53 anni, e che venne pagato dal National Health Service. Così divorziò dalla moglie ma continuò ad accudire i propri figli.

⁵³ A tal proposito cfr.: L. Trucco, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, I, p. 371 ss; P. Morozzo della Rocca, *Recenti orientamenti di diritto Europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2004, 3, p. 989 ss.; A. Anselmo, *I transessuali hanno diritto di sposarsi... e di ottenere la pensione di reversibilità*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 4, p. 719 ss.

⁵⁴ “Where a State has authorised the treatment and surgery alleviating the condition of a transsexual, financed or assisted in financing the operations and indeed permits the artificial insemination of a woman living with a female-to-male transsexual, it appears illogical to refuse to recognise the legal implications of the result to which the treatment leads”.

del 2 luglio 1987⁵⁵, che considerò il transessuale quale “ficción de hembra” meritevole di protezione da parte del diritto, accogliendo la richiesta volta alla rettificazione del sesso nei registri di stato civile, con il conseguente cambio del nome “de varón por el de hembra”, specificando, tuttavia, come tale modifica non comportasse “una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar detreminados actos o negocios jurídicos”. Risulta così evidentemente sottinteso l’istituto del matrimonio.

La successiva sentenza del Tribunal Supremo del 15 luglio 1988⁵⁶ ancorò l’accoglimento della richiesta di rettificazione ad “una interpretación extensiva” dell’art. 10.1 della Costituzione spagnola⁵⁷, che include tra i diritti fondamentali della persona il “libre desarrollo de la personalidad”. Inoltre relegò l’ipotizzato matrimonio del transessuale all’operatività dell’art. 73, núm. 4⁵⁸, del Código Civil, considerandolo nullo. In tal senso decise anche la sentenza del Tribunal Supremo del 19 aprile 1991⁵⁹, per la quale “el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el limite de no poder contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los arts. 44 y 73, núm. 4, del Código Civil y 32.1 de la Constitución”⁶⁰. Infine, merita un richiamo la sentenza del Tribunal Supremo del 6 settembre 2002⁶¹, poiché afferma come propedeutico al cambio della menzione del sesso nei registri di stato civile il trattamento ormonale e chirurgico volto alla soppressione dei caratteri secondari e primari dell’istante. In tal caso, a differenza dei precedenti citati, si trattava di un percorso di transizione da donna a uomo, laddove il transessuale – Yolanda - non poteva economicamente affrontare l’operazione chirurgica *de qua* e si era limitata ad effettuare una conversione “de la parte superior de su cuerpo, al fin de erradicar los rasgos femeninos de la misma”. Il Tribunale Supremo conscio del fatto che il sesso cromosomico non sia decisivo per il

⁵⁵ STS de 2 de julio de 1987, in *Revista de Derecho Privado*, Marzo 1988, p. 238 ss, per la quale “ la transexualidad supone una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los femeninos, unidos a una serie de caracteres de que ya se hizo mérito anteriormente. Será una ficción de hembra si se quiere; pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones. (...) Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber debajo de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unas órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propia de este sexo”.

⁵⁶ STS de 15 de julio de 1988, reperibile in: www.poderjudicial.es/jurisprudencia. Ivi ed in conformità, cfr. anche la STS de 3 de marzo de 1989.

⁵⁷ Per un’analisi comparata della costituzione italiana e spagnola circa l’istituto giuridico della “Famiglia”, cfr. P. Perlingieri, *La Familia en el sistema constitucional español*, in *Revista de Derecho Privado*, Febrero, 1988, p. 107 ss.

⁵⁸ Per una disamina dell’operatività dell’art. 73, núm. 4, del Código Civil, cfr. L. Ruano Espina, *El error de cualidad, como causa de nulidad matrimonial, en los ordenamientos canónico y civil*, in *Revista de Derecho Privado*, Enero, 1992, p. 3 ss.

⁵⁹ STS de 19 de abril 1991, reperibile in: www.poderjudicial.es/jurisprudencia.

⁶⁰ In senso contrario, cfr. la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 2001, sobre matrimonio de transexual*, in J. M. González Porras, *El matrimonio y la familia en la sociedad actual*, in *Revista de Derecho Privado*, Marzo-Abril 2003, p. 147 ss, per la quale, al fine di evitare il riconoscimento di un ambiguo “tercer sexo”, un transessuale operato chirurgicamente, avendo ottenuto il cambio del proprio sesso con sentenza, può contrarre matrimonio con persona dal sesso legale differente anche se di medesimo sesso biologico.

⁶¹ STS de 6 de septiembre de 2002, reperibile in: www.poderjudicial.es/jurisprudencia.

riconoscimento dell'identità sessuale di una persona affermò che “tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para ceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no solo de sus caracteres sexuales secundarios sino, también y fundamentalmente, para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio”.

8. La Ley 3/2007, del 15 marzo.

La necessità di una operazione chirurgica per l'accoglimento della richiesta di rettificazione del sesso non è stata ratificata dalla recente legge n° 3 del 15 marzo 2007⁶². Infatti, l'art. 4.2 della legge citata prevede come non necessaria la chirurgia di rassegnazione sessuale, al fine della positiva rettificazione del sesso nei registri di stato civile; né il trattamento medico volto a conciliare le caratteristiche fisiche al sesso preteso, nel caso in cui vi siano condizioni di salute o di età, medicalmente accertate, tali da non poterne effettuare alcuno.

La legittimazione a richiedere la rettificazione appartiene a tutte le persone di nazionalità spagnola, aventi la maggiore età. L'autorità competente a conoscere il ricorso è lo “Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante”, che acconsente alla rettificazione qualora il ricorrente dimostri: da un lato, di avere avuto diagnosticata una “disforia de género”, mediante la produzione di un certificato medico che attesti la dissonanza persistente tra il sesso inizialmente attribuito al richiedente e l'identità di genere sentita dallo stesso; dall'altro, e ove sia possibile, che tale “disforia de género” sia stata “tratada médicamente” per almeno due anni. La rettificazione del sesso, infine, comporta il cambio del nome del richiedente, che così può esercitare tutti i diritti inerenti alla sua nuova condizione⁶³. Il transessuale, quindi, anche se non operato chirurgicamente o, laddove vi siano precarie condizioni di salute, non sottoposto ad alcun trattamento medico, può, sulla base di un certificato clinico, che attesti la presenza di una dissonanza stabile tra sesso fisico e sesso psichico, ottenere la “rectificación registral de la mención relativa al sexo”, quindi convolare a nozze con persona avente sesso legale opposto o eguale al proprio.

9. Conclusioni

L'analisi elastica della metamorfosi degli istituti giuridici del matrimonio e del diritto al nome relativamente al fenomeno della transessualità, presieduta dalla evoluzione del diritto all'identità sessuale e contestualizzata nelle diverse fasi temporali antecedenti e successive alle più o meno recenti legislazioni, conduce alle seguenti conclusioni.

Per ciò che concerne il diritto al nome, le vigenti normative, italiana e spagnola, riconoscono la necessità di un cambiamento dello stesso quale effetto della

⁶² Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, *cit.*

⁶³ Cfr. R. Bercovitz Rodriguez-Cano, *Transsexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre*, in *Aranzadi Civil*, n° 3, 2007 p. 11 ss., ed in www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina.

documentale rettificazione di genere. Per contro e a giustificare l'assenza di una specifica disposizione legislativa in tal senso, il diritto inglese, già nella fase in cui non ammetteva la possibilità di effettuare una modifica circa il genere nei registri di stato civile, riconosceva ad un soggetto di potersi scegliere altro nome, a lui più congeniale⁶⁴.

Inoltre, il riconoscimento di un nuovo genere, ottenuto attraverso una sentenza del tribunale passata in giudicato, con l'emanazione di un "full gender recognition certificate", con atto amministrativo proprio dell'Encargado del Registro Civil, comporta la possibilità incontestata di esercitare tutti i diritti riferibili alla nuova condizione, pertanto anche l'accesso all'istituto del matrimonio.

Qualora il soggetto transessuale sia già legato da un vincolo matrimoniale, in tempo antecedente alla rettificazione di genere, l'operatività di quest'ultima assurgerebbe, in Italia, alla discussa nuova ipotesi di possibile scioglimento dello stesso. Invece, ai sensi del Gender Recognition Act del 2004, la condizione di "acquired gender" riferibile ad uno dei coniugi nonché l'emanazione di un "interim gender certificate" assurgerebbero a causa di annullamento del pregresso matrimonio poiché in entrambi i casi i medesimi continuano a rimanere di sesso biologico differente. Ciò spiega il motivo per il quale lo stato di "acquired gender" ("living or changed") e l'emanazione di un "interim gender certificate" non si sostanziano in una delle cause di nullità, qual è quella dell'identità di sesso, elencate nel Matrimonial Causes Act del 1973. Viene pertanto ammessa l'eventualità che gli sposi scelgano di non rendere operativa la causa di annullabilità suddetta: in tal caso, quindi, è legislativamente legittimata l'intangibilità di un vincolo matrimoniale intercorso tra soggetti di sesso psicologico identico. Tuttavia, allorché il pregresso matrimonio si sciogla e venga emanato un conseguente "full gender certificate", il sesso psicologico, divenuto legale, assurge a sesso legittimante la possibilità che due soggetti, anche se dal medesimo sesso biologico, possano convolare a nozze. La legislazione spagnola, invece, non specifica gli effetti derivanti al matrimonio di un soggetto che ha ottenuto la rettificazione del sesso, probabilmente a causa dell'entrata in vigore della Legge 13/2005 del 1° luglio⁶⁵, che, com'è noto, ha rivoluzionato il concetto di matrimonio estrapolando da esso l'importanza del sesso dei contraenti⁶⁶.

Infine, e per tentare di rispondere all'interrogativo posto da Lord Nicholls of Birkenhead, sembra che le nuove frontiere della transessualità, così come segnate dalle legislazioni inglese e spagnola, guardino alla non propedeuticità di un intervento chirurgico, valorizzando quel "self-perceived gender", che potrebbe trovare dimora anche nell'alveo della legislazione italiana nonostante la riluttante prassi giurisprudenziale.

⁶⁴ Sulla libertà circa il cambiamento del nome, cfr. Halsbury's Laws of England, 4th ed., London, 1981, vol. 35, para.1173.

⁶⁵ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, in BOE núm 157, Sábado 2 julio 2005, p. 23632. Per il commento di quest'ultima, cfr. M. Carrillo, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali*, in *Il Foro Italiano*, 2005, P. V, col. 264 ss. ed E. Lauroba, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi del diritto civile spagnolo*, in *Il Foro Italiano*, 2005, P. V, col. 272 ss.

⁶⁶ Per consultare i progetti di legge forieri della riforma, cfr. C. Lasarte, *Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma*, in *Familia*, n°3, 2006, p. 545 ss.