

Vitulia Ivone

Identità sessuale e diritti della persona nel nuovo millennio

Abstract

Quando il tema dell'identità sessuale attraversa diritti della persona umana, inevitabilmente, la discussione si concentra sul diritto all'uguaglianza, come garantito a livello costituzionale. L'analisi degli strumenti giuridici - compreso l'uso di un linguaggio normativo - rivela le lacune e le contraddizioni di una tendenza che a volte trascura la complessità dei fenomeni sociali e la profondità della natura umana.

Keywords: Identità, Genere, Diritti.

Premessa

Il presente contributo – che riprende il mio intervento alla giornata seminariale organizzata a Fisciano il 14 maggio 2012 dall' OGEPO sul tema delle “differenze” sessuali e di genere – induce ad esplorare la rilevanza e la multiformità della differenza sessuale nel diritto. La riflessione prende avvio dal “significato” dei diritti al loro impatto sulla costruzione giuridica e simbolica del genere, dal riconoscimento dell'identità di genere alla loro costruzione in chiave di subordinazione attraverso il linguaggio e i concetti giuridici, dalla presunta neutralità delle regole del diritto privato alle disuguaglianze che si radicano proprio in virtù di tale neutralità, dalla preconcepita separatezza dei diversi settori del diritto che sono interessati dalle relazioni di genere – il lavoro, la famiglia, il contratto, i diritti della persona, la responsabilità civile – alla loro interazione nel produrre l'attuale assetto distributivo in termini di risorse e potere sociale. L'analisi della differenza sessuale nel diritto ha natura e percorsi trasversali. E si è modellata su un linguaggio scarno - scelta non libera da implicazioni ideologiche – e su percorsi circoscritti.

Nel tentativo di costruire categorie e regole semplificate, al fine di ridurre la realtà in schemi comprensibili e normalizzati, talvolta il diritto ha trascurato la complessità dei fenomeni e le storie di tutte quelle persone che esprimono la loro identità di genere in modi non “tradizionali”, vale a dire in modi personali, e non direttamente associati alle categorie di sesso e di genere. Persone, quindi, che transitano, che sono in movimento, che cercano di abbattere i confini tra i generi, che chiedono il rispetto delle individualità e delle particolarità delle persone. Il tema dell'identità sessuale costituisce un osservatorio privilegiato dei cambiamenti sociali, ma è anche il territorio nel quale si gioca la difficoltà di individuare soluzioni che dialoghino con le norme e non vi si contrappongano soltanto.

1. *L'identità sessuale e l'identità di genere*

Le differenze tra donne e uomini sono state ricondotte a due grandi dimensioni: quella che dell'identità sessuale e quella dell'identità di genere. Il sesso è determinato dalle specificità dei caratteri che, all'interno della stessa specie, contraddistinguono soggetti diversamente preposti alla funzione riproduttiva: il riferimento è ai livelli ormonali, agli organi sessuali interni ed esterni, alle capacità riproduttive ecc. La sessualità non si atteggia come una entità a sé stante, ma va inquadrata nel contesto globale della personalità, come dimostrato ampiamente dagli studi psicoanalitici¹.

Il vero, sostanziale mutamento d'interpretazione che la sessualità subisce nella cultura e nella vita del Novecento, è di origine scientifica: il sesso è inserito nella legalità che presiede alla natura vivente, è colto in relazione ai vissuti profondi della psiche umana, è analizzato nella statica e nella dinamica sociali. A questo si aggiunge un momento medico-scientifico basati su studi e ricerche. Dal sesso come comportamento si passa a una sessualità intesa come momento della vita, che la psiche recupera nella pienezza del suo significato, in una dinamica di rapporti interpersonali e di spazi simbolici². Il riferimento al "genere" identifica l'insieme dei processi e delle modalità di comportamenti e di rapporti con i quali la società trasforma i corpi sessuati e organizza la divisione dei ruoli e dei compiti tra donne e uomini, differenziandoli socialmente l'uno dall'altro.

L'identità sessuale è costituita dalle caratteristiche sessuali biologiche di una persona: cromosomi, genitali esterni, genitali interni, composizione ormonale, gonadi e caratteristiche sessuali secondarie. Nello sviluppo normale, questi aspetti formano un quadro coerente, cosicché una persona non ha dubbi sul proprio sesso.

L'identità di genere è considerata come la sensazione di una persona di essere maschio o femmina: essa riguarda la percezione intima e profonda della collocazione di un preciso genere ed esprime la presenza delle strutture mentali di "mascolinità" o di "femminilità" che si attribuisce a se stessi e agli altri.

Pertanto, il genere ha a che fare con le differenze socialmente costruite tra i due sessi e con i rapporti che si instaurano tra essi in termini di comportamenti distintivi, appropriati, culturalmente approvati ecc. Correlata all'identità di genere è l'identità di ruolo che qualifica l'insieme dei comportamenti – che si muovono all'interno delle dinamiche relazionali con gli altri – e delle attitudini che nell'alveo di un dato momento storico-culturale sono riconosciuti come propri dei maschi o delle femmine. Tale identità – che parte concettualmente all'età di due anni ed è suscettibile di molte

¹Dopo gli studi di citogenetica e la psicanalisi, nasce il programma di una "scienza della sessualità" che Michel Foucault ha ricostruito in *Histoire de la sexualité* (1976), individuando due momenti di cambiamento e di rottura col passato: l'una nel Seicento, caratterizzata da "nascita delle grandi proibizioni, valorizzazione della sola sessualità adulta e matrimoniale, imperativi di decenza, elusione del corpo, silenzi e pudori espressivi", l'altra avvenuta nel nostro secolo, quando "i meccanismi della repressione avrebbero cominciato a disserrarsi". Si ricordi il ruolo svolto da Sigmund Freud la cui teoria ha dimostrato che, attraverso la scoperta nell'età infantile, la sessualità ha un ruolo centrale nello sviluppo umano, dimostrando altresì i rapporti tra disturbi sessuali e sessualità normale.

² I quattro fattori psicosessuali cui fa riferimento la dottrina più attenta – che vivono una autonomia pur nella necessaria colleganza tra gli stessi – sono l'identità sessuale, l'identità di genere, l'orientamento sessuale e il comportamento sessuale. Così, Franco Giberti, Romolo Rossi, *Manuale di psichiatria*, Padova: Piccin & Vallardi, 2009.

trasformazioni nel corso del tempo – esprime adattamento sociale alle norme condivise su condizioni fisiche, atteggiamenti, gesti, abitudini e addirittura vocabolari³.

Nella specie umana, femminilità e maschilità non sono rigidamente determinate dalla dimensione fisica e biologica: risultano determinanti altri fattori quali l'educazione e la cultura, intese come l'insieme dei valori che i membri di un dato gruppo condividono, delle norme, regole e principi che rispettano e sono tenuti ad osservare, dei beni materiali che producono. Risultano determinanti anche le diverse dimensioni tra cui la vita familiare, i modelli lavorativi, le cerimonie religiose e l'uso del tempo. L'approccio di genere assume e fa propria la critica al determinismo biologico⁴ e porta alla luce l'essenzialità della componente relazionale quale base della costruzione dei ruoli maschili e femminili. L'identità di genere connota gli aspetti psicologici del comportamento correlati alla mascolinità e alla femminilità⁵: il genere viene considerato come fattore sociale e il sesso come un fattore biologico.

2. *Il corpo come appartenenza e come esperienza*

Il rapporto tra sesso e genere ha una forte dimensione dinamica e storica. L'identità di genere è una delle componenti fondamentali del processo di costruzione dell'identità: si tratta di un processo in divenire, plasmato dalle relazioni sociali, che può subire trasformazioni e cambiamenti nel corso della vita di un essere umano. L'essere donna e l'essere uomo sono il prodotto di un processo storico che ha attraversato le diverse culture e società, all'interno delle quali sono stati diversamente definiti il maschile e il femminile, creando specifiche identità collettive e individuali.

Se il genere è stato un potente concetto classificatorio, esso al contempo ha prodotto anche un sistema di definizione di uomini e donne di tipo meramente descrittivo in cui le differenze non sono state adeguatamente interpretate e spiegate. Lo sviluppo dell'identità di genere è in diretto rapporto con la fisiologia del corpo: la naturale bipolarità sessuale dell'essere umano – ovvero le caratteristiche dei corpi femminile e maschile – non è più un dato immutabile, attesa la presenza di sfumature tra i due generi sessuali.

L'aspetto – e il possesso – degli organi genitali rappresenta l'atto di inizio della costruzione dell'identità di genere: questa consapevolezza comporta l'assegnazione "personale" e "sociale" ad una categoria sessuale. Nei neonati, l'osservazione degli organi genitali al momento della nascita, colloca il nato in una categoria predeterminata dal diritto. Tale riconoscimento è molto importante perché costituisce la base sulla quale si va ad instaurare il processo di apprendimento dell'identità di genere.

La chiara appartenenza sessuale è un momento distintivo con ineliminabili caratteri sociali: l'appartenenza definisce e avvia l'identità che seppur passa attraverso

³ Adele Nunziante Cesaro, *Del genere sessuale*, Napoli: Guida, 1996.

⁴ Richard Lewontin, *Biologia come ideologia. La dottrina del DNA*, Torino: Bollati Boringhieri, 1993, secondo il quale il tradizionale darwinismo ha dipinto l'organismo come un recipiente passivo nei confronti delle influenze ambientali, una corrente interpretazione enfatizza invece l'organismo come un attivo costruttore del suo proprio ambiente. Gli ambienti non sono vuoti ricettacoli pre-formati nei quali gli organismi sono inseriti, bensì sono definiti e creati dagli organismi stessi. La relazione organismo-ambiente è reciproca e dialettica.

⁵ Robert Stoller, *Sex and Gender: on the Development of Masculinity and Femininity*, New York: Science House, 1968, il quale afferma che "più spesso le due cose sono relativamente congrue, cioè i maschi agiscono da maschi e le femmine da femmine".

meri gesti indicativi (fiocchi rosa o azzurri), ha comunque un forte potere evocativo e definitorio. Qualora i dati sessuali siano poco definiti, la chirurgia neonatale spesso interviene per “normalizzare” i genitali e renderli adatti alla socializzazione: la chirurgia definisce il sesso e qualifica l’identità di genere. L’“anomalia” della indeterminazione genetica è oggetto di studio: i medici intervengono in questi casi per una correzione e una terapia. Non sono i genitori o la società che possono fare una scelta (in modo arbitrario, sulla base di preferenze soggettive); è il medico che deve intervenire sulla natura con finalità terapeutica, ossia modificandola nel modo meno invasivo che consenta di rispettarne la direzionalità obiettiva al fine di esplicitarne la costitutiva identità⁶.

L’idea prepotente che si percepisce è che il femminile e il maschile siano le uniche opzioni naturali: il possesso di identità sessuali chiaramente qualificabili apre la strada di una bambina alla sua vita di donna e indica al bambino il suo preciso ruolo di maschio. Tuttavia, la consapevolezza che – oltre ai fattori biologici – vi siano altri elementi culturali e sociali a dare dimensione all’identità sessuale, produce come corollario la definizione del corpo come luogo privilegiato sul quale si plasma e si sviluppa il discorso sociale⁷.

Dunque, atteso che il sesso è un dato biologico su cui la società ha costruito un potente sistema di ruoli e di rappresentazione delle differenze – rappresentato appunto dal genere – è proprio sulle caratteristiche fisiche di cui i corpi sono portatori che si va ad innestare il processo di apprendimento dell’identità di genere, la costruzione dei significati sociali dati alle differenze biologiche. Tale costruzione passa attraverso l’incentivazione dei comportamenti appropriati (ovvero quelli che la cultura identifica come funzionali e caratteristici dei ruoli “maschile” e “femminile”) e può generare sentimenti e vissuti di appartenenza (sia positivi, sia negativi) ad un genere o ad un altro⁸.

⁶ “Pur in assenza di un orientamento condiviso in ambito scientifico sulle modalità di gestione delle ambiguità genitali, è importante notare la considerevole attenzione (accanto alla valutazione degli indici somatici e funzionali) dell’influenza dei fattori genetici ed endocrini nella fase prenatale sulla sessualizzazione cerebrale, come uno degli indici predittivi dell’identità sessuale”. Così, Laura Palazzani, *Identità di genere? Dalla differenza all’indifferenza sessuale nel diritto*, Milano: San Paolo, 2008.

⁷ Judith Butler, *Corpi che contano. I limiti discorsivi del 'sesso'*, tr. it., Milano: Feltrinelli, 1996; *La disfatta del genere*, tr. it., Roma: Meltemi, 2006; *Scambi di genere. Identità, sesso e desiderio*, tr. it., Milano: Sansoni, 2004. L’autrice individua nella eterosessualità l’ordine simbolico patriarcale. Punto di partenza del suo pensiero è la decostruzione di un concetto di genere che naturalizzi le nozioni di maschile e femminile, ritenendole le uniche praticabili. Ella sostiene la necessità di distinguere i due significati della normatività: da un lato, questa indirizza i comportamenti che devono essere conformi ai precetti posti dalle norme e dall’altro lato, essa implica un processo di normalizzazione che impone alla norma di stabilire criteri coercitivi di normalità per uomo e donna che finiscono per dominare le vite incarnate. E’ facile comprendere come esistano delle relazioni socialmente istituite formatesi nel tempo che hanno prodotto un senso del comune sulla base dell’esclusione di quelle vite che sono escluse perché non si conformano alla norma.

⁸ Di diverso (e più restrittivo) avviso è Laura Palazzani, (*Sex/gender. Gli equivoci dell’uguaglianza*, Torino: Giappichelli, 2011), secondo la quale: “la ‘sessualità’ (dato naturale da riconoscere) lascia lo spazio al ‘genere’ (categoria convenzionale da attribuire): le *gender theories* assorbono il sesso nel genere, veicolando con l’uso del termine una teorizzazione dell’uomo, dei rapporti interpersonali e della società, con inevitabili implicazioni biopolitiche. Si parla addirittura di una ‘guerra di genere’ e di una ‘rivoluzione di genere’: si tratta della ribellione dell’uomo alla natura (intesa in senso ontologico), considerata ormai un peso ingombrante che frena il progresso della scienza e ostacola la realizzazione dell’uomo e la trasformazione della società: l’uomo è sollecitato, grazie anche all’uso delle tecnologie, a liberarsi dai

3. *La costruzione giuridica delle differenze individuali*

L'uguaglianza giuridica – il più alto e nobile dei riferimenti normativi del giurista – è principio che si connette ad un più vasto insieme di valori etici di cui si palesa come corollario⁹. Tale valore comporta il dovere di considerare in misura pari gli interessi e i desideri di ciascuno, ovvero di non considerare alcuno strumentalizzabile a favore di altri. Ciò si lega alla pari dignità dell'uomo e genera il principio giuridico di uguaglianza¹⁰: deriva da ciò, sia dal punto di vista morale e sia dal punto di vista giuridico, che ogni diverso trattamento deve risultare ragionevolmente giustificato. Nondimeno, nel momento in cui l'uguaglianza si concettualizza come "equal concern", principio dell'eguale dignità dinanzi alle norme e nelle norme, la differenza come statuto costitutivo dell'individualità può pretendere un "eguale rispetto" delle tutele e delle garanzie che riguardano le persone¹¹.

Se il termine persona, rimanda all'individualità, alla singolarità, al fatto che ciascuna persona sia un soggetto unico e speciale, con le proprie aspettative, attitudini, qualità, bisogni, allora la sua specificità sessuale e/o di genere è solo una delle tante caratteristiche che contribuiscono a formarla. Il "luogo" costituzionale ha tracciato i confini della tutela da apprestare alla persona in quanto titolare dei diritti fondamentali, sia nel senso di insieme di regole vigenti, sia come tavola dei valori alla quale fare riferimento per avere ristoro e ascolto delle singole istanze¹².

limiti imposti dalla natura, per riacquisire la sua piena autonomia 'oltre' la natura. È una ideologia che parte da una ricerca empirica e da una elaborazione filosofica, si insinua e si diffonde a livello giuridico e politico con una rapidità sconcertante che non consente una adeguata presa di coscienza critica da parte della società civile; una ideologia che guida una vera e propria 'agenda politica' ('Agenda di Genere') usufruendo dell'ambiguità del linguaggio (non immediatamente comprensibile, almeno per i non esperti) per ottenere modifiche legislative o creare nuove leggi (il termine 'gender' è già stato inserito in documenti ufficiali, a livello internazionale e nazionale); una ideologia che sostiene il biopotere contro la legge naturale e il diritto naturale, contro ogni teoria che intenda difendere la natura ontologica umana". Di analoga impostazione ideologica anche Francesco D'Agostino, *Dialettica dei sessi e dimensioni della familiarità (tra dimensioni teologiche e dimensioni filosofiche)*, in *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1991, pp. 81-114.

⁹ Il merito di aver affermato, per la prima volta, l'uguaglianza di tutti gli uomini si attribuisce, generalmente, al pensiero stoico e a quello giudaico-cristiano (Sergio Cotta, "Né giudeo né greco, ovvero della possibilità dell'uguaglianza", in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1976, p. 331. Tuttavia, vi è chi sostiene che vi siano state significative anticipazioni di questa acquisizione nel pensiero greco classico (Gustave Glotz, *La città greca*, Torino: Einaudi, 1948, p. 225).

¹⁰ La non considerazione della differenza può divenire ragione di disuguaglianza di trattamento e di discriminazione. L'evoluzione di tale quadro teorico è ben riflesso nella filosofia giuridica di Ronald Dworkin, che gira intorno alla nozione di "equal concern", ed in quella assai potente di John Rawls dove il "principio di differenza" si collega al principio di uguale libertà. Cfr. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 227; John Rawls, *Una teoria della giustizia*, tr. it. di Ugo Santini, revisione e cura di Sebastiano Maffettone, Milano: Feltrinelli, 1999.

¹¹ L'individuazione del ruolo sistematico spiegato dal principio generale di uguaglianza e la determinazione della sua portata configurano un obiettivo conseguibile unicamente attraverso un'attività interpretativa unitaria e sistematica del precetto costituzionale. Ciò comporta che la norma dell'art.3 della Costituzione rappresenta oggetto di considerazione unitaria da parte dell'interprete, pur nella consapevolezza della differente portata del primo comma rispetto al secondo dei quali appare fondamentale il senso precettivo. Per ulteriori approfondimenti, si veda, in questo numero, il contributo di Francesco Bilotta.

¹² È importante sottolineare questa doppia valenza del principio costituzionale, soprattutto in relazione alla condizione delle persone trans genere, di cui si parlerà diffusamente più avanti. Infatti, se da un lato, vi è la rivendicazione legittima - vale a dire legittimata dall'esistenza di regole all'interno dell'ordinamento giuridico - di non essere discriminate attraverso la semplice applicazione delle norme

Il diritto civile aveva risolto il problema della distinzione delle persone, la differenziazione dei singoli e dei gruppi attraverso il concetto di status: strumento e criterio ordinatore della società e quindi dei rapporti personali e dei rapporti tra individuo e Stato, esso è stato un presidio di certezza del diritto. Nel linguaggio grigio e neutro del giurista, gli uomini sono distinti soprattutto per vincoli personali e diritti di libertà (*status libertatis*), per appartenenza ad uno Stato o nazione (*status civitatis*) e a seconda dei vincoli familiari (*status familiae*)¹³.

Il tempo presente registra più ampie coordinate delle relazioni sociali e delle fisionomie umane tali da suggerire il carattere della restrittività dell'attuale dimensione dello *status*. Tale espressione – indicativa tanto del modo di essere di un individuo nella società, quanto del modo di essere identificati nella società – rappresenta più un catalizzatore che una forza esclusiva e determinante. Gli strumenti concettuali del giurista si arricchiscono delle istanze della prassi e si dirigono alla organizzazione della vita sociale: l'analisi delle differenze tra gli individui induce il legislatore a creare lo strumento adatto alla istituzionalizzazione e alla relativa classificazione delle medesime. Il giurista, come peraltro lo storico, deve guardarsi dal sovrapporre terminologia e concetti: gli *status* della tradizione avevano funzione e significato diversi in epoca romana, dove si avanza perfino il dubbio che fossero usati in modo consapevole e “moderno”¹⁴.

Laddove le classiche fisionomie degli *status* così come concepiti in origine, mostrano i segni di cedimento, le riflessioni dei giuristi hanno mantenuto una concezione di *status* collegata con la natura, hanno successivamente rivendicato uno *status* di libertà per tutti gli uomini giustificando però la schiavitù, hanno esaltato l'uguaglianza, con le rivoluzioni del Settecento e con le codificazioni del primo Ottocento, mantenendo però in vita status differenziatori. Nel Novecento, hanno alimentato le spinte egalarie e incrementato i diritti dell'uomo: tuttavia, il formalismo e la rigidità degli status codificati ha lasciato poco spazio alla ricomprensione, nell'incedere della riflessione, alla mutevolezza della condizione umana. Se non *esistono* qualità naturali della persona giuridicamente rilevanti, esistono però valori attribuiti ai singoli dalla società, che hanno carattere cangiante nel tempo e dunque sono relativi¹⁵. L'identità di genere è, quindi, frutto di una molteplicità di caratteristiche tra le quali quella biologica non è detto che risulti essere la più importante.

giuridiche già esistenti e vigenti nel nostro Paese, che tutelano - o dovrebbero tutelare - le persone senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali, dall'altro lato, vi è anche la pretesa che l'ordinamento giuridico si occupi di tutelare, attraverso la creazione di una normativa ad hoc, quelle situazioni e quegli interessi specifici che ancora non trovano pieno riconoscimento giuridico all'interno dell'ordinamento italiano.

¹³ Guido Alpa, *Status e capacità*, Roma-Bari: Laterza, 1993, p. 22. L'autore sottolinea che “Lo *status civitatis* riguardava il rapporto del singolo con la famiglia; lo *status libertatis* la condizione di libero o di servo; e questo è il più mutevole nel tempo perché oltre alla connotazione di qualità essenziali, riassume il ruolo sociale, ed è il più ricco di implicazioni. Si tratta di tre diversi approcci o diramazioni della persona tra loro talvolta intrecciati, altre volte del tutto separati”.

¹⁴ Riccardo Orestano, voce “Status libertatis, civitatis, familiae”, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino: Utet, 1982, p. 383.

¹⁵ Martin Rehbinder, “Status, Contract and Welfare State”, in *Stanford Law Review*, 23, 1971. Prima ancora, le riflessioni di Richard H. Graveson (*Status in Common Law*, London: Athlone Press, 1953), il quale, nell'argomentare circa i presupposti del passaggio dallo *status* al contratto, avverte subito che

4. *Il corpo nel linguaggio normativo: la legge sul mutamento del sesso*

La disciplina giuridica del corpo mette in luce i modi in cui il diritto e i diritti contribuiscono a limitare o viceversa a promuovere capacità, laddove le capacità sono un prerequisito della libertà, intendendo con libertà la facoltà concreta di scegliere chi si vuole essere a partire da come e chi si è. I corpi, oggi, tendono a sparire in due modi: da un lato attraverso un estremo riduzionismo biologico (dominanza della genetica); dall'altro, mediante l'enfasi sulla possibilità di disfarsene, di mutarli continuamente grazie alle tecnologie elettroniche, di contraffarli (attraverso la chirurgia estetica) perché rispondano ad un imperativo esteriore che vuole gli esseri umani come rispondenti a standard precisi e imitabili.

Studiare e approfondire il tema dell'identità e delle differenze di genere conferisce attenzione al linguaggio normativo. Con "linguaggio normativo" si fa qui riferimento non solo al linguaggio del legislatore, ma anche quello della giurisprudenza, che talvolta intende rimediare al processo di istituzionalizzazione delle differenze quando esso non vede contemplati tutti i fattori di potenziale marginalizzazione e di effettiva esclusione¹⁶. Il diritto è pertanto un fattore essenziale nel determinare la distribuzione dei ruoli e delle categorie: si pensi al caso della famiglia nella quale la distribuzione del potere è, in primo luogo, affidata all'assegnazione di rigidi ruoli di genere, al di là dell'ipotesi in cui il collante sia rappresentato dal principio solidaristico nelle relazioni affettive.

Nel caso del mutamento del sesso, il legislatore è intervenuto con una legge (Legge 14 aprile 1982, n. 164 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 1982 n.106) avente carattere "sanatorio", cioè di legittimazione e di soluzione di situazioni di fatto esistenti: in altri termini, la volontà individuale viene messa in discussione dalla presenza di un giudizio di idoneità fondato quasi esclusivamente sulla presenza di requisiti psico-sessuali effettuato da un "esperto".

Anche se spesso le persone transessuali non giudichino indispensabile il ricorso ad un intervento chirurgico di riattribuzione del sesso, in realtà, il problema è legato alla necessità di collegare il corpo ad uno status giuridicamente riconosciuto, *status* che, con la legge n.164, viene subordinato esclusivamente ad una effettiva trasformazione chirurgica irreversibile. Tuttavia, il diritto ha intuito in questo strumento l'unico valido per consentire una pratica inesistente nel sistema e difficile da rendere omogenea con il disegno di valori già presenti nell'ordinamento¹⁷.

l'esaltazione della libertà, della libera scelta, dell'uguaglianza di potere (formale) non deve ingannare: è più apparente che reale, più formale che sostanziale.

¹⁶ Nel 1998, il Consiglio d'Europa ha definito il genere come un processo socialmente costruito: "è l'immagine sociale della diversità di sesso biologica, determinata dalla concezione dei compiti, delle funzioni e dei ruoli attribuiti a donne e uomini nella società e nella sfera pubblica e privata". Il genere trasforma le differenze biologiche in differenze sociali e culturali.

¹⁷ Paola D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli: ESI, 1983, p. 89; Roberto Romboli, "La 'relatività' dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo", in *Politica del diritto*, 4, 1991, p. 568; Adriano De Cupis, "I diritti della personalità", in Antonio Cicu e Francesco Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano: Giuffrè, 1982, p. 111; Mario Bessone, Gilda Ferrando, voce "Persona fisica, Diritto Privato", in *Enciclopedia del diritto*, XXX, III, 1983, p. 200 e ss.; Massimo Dogliotti, "La vita e l'integrità fisica", in Pietro Rescigno (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Torino: Utet, 1982, p. 77 e ss.

Prima dell'emanazione della legge n.164, l'ordinamento giuridico italiano negava la possibilità di effettuare degli interventi chirurgici volti a modificare i caratteri sessuali. Anche coloro che si sottoponevano a tali interventi all'estero non potevano poi ottenere la rettificazione degli atti dello stato civile per adeguare il nome e il sesso anagrafici alle nuove caratteristiche fisiche. Determinanti, per la definizione e conseguentemente per l'attribuzione del sesso, erano solo le caratteristiche biologiche (cromosoma, gonadi, genitali), mentre, al contrario, nulla contavano le caratteristiche psichiche e psicologiche delle persone.

Con l'entrata in vigore della legge n. 164, in base alla quale "la rettificazione si effettua in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona un sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali", anche nell'ordinamento giuridico italiano si inizia a considerare l'identità sessuale come una caratteristica da tutelare e l'azione di rettificazione degli atti dello stato civile viene ammessa ogniqualvolta vi siano delle modificazioni dei caratteri sessuali accertate con sentenza passata in giudicato.

La novità di questa normativa è quella di considerare come elementi che costituiscono l'identità sessuale non solo i caratteri fisici, ma anche quelli psichici e psicologici. In questo quadro viene anche interpretato l'art. 5 del codice civile, riletto in modo da farvi ricomprendere la tutela non solo dell'integrità fisica dell'individuo, ma anche di quella psicologica: gli interventi chirurgici volti alla modificazione dei caratteri sessuali non solo non vengono più considerati come interventi che menomano la persona - e quindi in contrasto con l'art. 5 - ma, addirittura, come interventi che rendono possibile la sua piena realizzazione. Tralasciando tutte le problematiche che tale normativa ha prodotto nelle ipotesi concrete¹⁸, è dato certo che essa non si è fatta carico delle tutele dei diritti delle persone intersessuali e bisessuali, delle persone cioè che si percepiscono in movimento tra i generi e che non si riconoscono all'interno di una realtà sessuale binaria, nonché delle persone che non considerano il passaggio definitivo tra un genere e l'altro come momento necessario alla realizzazione della propria identità personale.

Dalla lettura degli articoli della legge 164, si comprende bene come il legislatore italiano non abbia assolutamente preso in considerazione la tutela di tutti quei soggetti che non ritengono di poter o non vogliono identificarsi in modo univoco e definitivo in un unico sesso e in un unico genere. La legge italiana si occupa, infatti, solo di consentire il cambiamento di nome e di genere laddove le persone abbiano già effettuato

¹⁸ Esplicita, in questo senso, è stata la sentenza della Corte Costituzionale del 24 maggio 1985, n. 161 chiamata a giudicare sulla legittimità degli articoli 1 e 5 della legge. In particolare la Corte sottolinea come la norma accoglie «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero "naturalmente" evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Inoltre, ha creato problemi la circostanza che il testo della legge non faccia esplicito riferimento alla condizione transessuale: ciò, se da un lato ha potuto rappresentare un sottrarsi alla tentazione di "classificare" e ghettizzare, dall'altro lato, però, nega il riconoscimento di una condizione e perciò stesso nega la tutela diretta per chi in quella situazione si trova a vivere. Le altre questioni sollevate dalla legge 164 riguardano da un lato la differenza di interpretazioni che i Tribunali hanno fornito su alcuni articoli e dall'altro lato la difficoltà della norma a comprendere le esigenze di tutela delle persone transessuali.

il mutamento di sesso biologico¹⁹. Anche quei Tribunali che riconoscono la possibilità di effettuare la rettificazione di sesso in assenza di intervento chirurgico, infatti, legano comunque il cambiamento del nome al fatto di essere già pienamente riconoscibili come persone di sesso diverso da quello attribuito alla nascita, sia per quanto attiene l'aspetto fisico, sia per quanto attiene il modo di vestire, il modo di comportarsi, il modo di pensare, il modo di vivere il proprio genere e il proprio sesso²⁰.

Conclusioni

Il compito che i giuristi hanno tentato di assolvere nel creare i segni e i simboli giuridici, nel delineare le categorie e le regole distintive tra le persone può essere comprensibile soltanto se – contestualmente all'analisi del singolo strumento normativo – la riflessione si allarghi a considerare il clima culturale nel quale una scelta di legge viene operata.

Ogni giurista è figlio dell'epoca nella quale agisce.

Nella riflessione giuridica è spesso percepibile una sorta di impermeabilità ad un approccio che non si fermi dietro la presunta neutralità dei saperi. Tuttavia le esperienze giuridiche non possono essere relegate nel mondo delle simulazioni, ma devono essere calate nella realtà sociale. Le leggi sono insieme specchio della società e guida dei comportamenti. Nel primo senso dovrebbero essere il risultato dell'ascolto di dinamiche sociali; nel secondo senso ne sono un fattore propulsore. In uno stato di diritto, le leggi – nell'impegno di salvaguardare i diritti fondamentali delle persone, primo fra tutti l'uguale dignità - non possono coprire le paure e produrre norme che abbiano come scopo riempire il vuoto etico, non possono mascherarsi da strumento per il controllo della società. Per accettare la legalità occorre riflettere sulle opportunità offerte dalle relazioni con gli altri, sulle schiavitù vere e quelle virtuali che si determinano per necessità o debolezza e sui modi per affrancarsene. In queste riflessioni, il diritto può e deve porsi in ascolto, cercando di decifrarne le fisionomie, comprenderne i bisogni, tradurne le dinamiche.

¹⁹ Molto interessante è l'esperienza argentina sul tema. Il Senato argentino ha approvato, in data 9 maggio 2011, una legge molto avanzata sull'identità di genere che consente a qualsiasi persona maggiore di 16 anni, di rettificare nei pubblici registri il sesso, l'immagine e il nome di battesimo con il quale era stato iscritto al momento della nascita, nei casi in cui questi dati non coincidessero più con l'identità di genere "autopercepita", senza obbligo di provvedere ad alcun intervento chirurgico conseguente e senza terapie ormonali o altri trattamenti psicologici o medici. Uno dei punti più controversi della legge riguarda le persone minori di diciotto anni rispetto alle quali la dottrina argentina si chiede se possano iniziare la rettifica nei pubblici registri, con l'ausilio dei rappresentanti legali che devono dare il consenso. Tale legge stabilisce, altresì, che tutti i maggiorenni possono sollecitare interventi chirurgici allo scopo di adeguare la propria genialità all'identità di genere auto percepita, intendendo tali interventi come trattamenti necessari per la tutela della propria salute.

²⁰ Tribunale di Benevento, sentenza 10 gennaio 1986, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, pp. 614 e ss.; Tribunale di Roma, sentenza 18 ottobre 1997, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1998, pp. 1035 e ss.; Tribunale di Milano, sentenza 2 novembre 1982, in *Foro italiano*, 1984, I, pp. 582 e ss.; Tribunale di Roma, sentenza 3 dicembre 1982, in *Giustizia civile*, 1983, I, pp. 996; Tribunale di Sanremo, sentenza 7 ottobre 1991, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1992, pp. 242 e ss.

Identità sessuale e diritti della persona nel nuovo millennio

Vitulia Ivone è Professore Associato di Diritto Privato al Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Salerno, dove è membro del Comitato Direttivo dell'OGEPO (Osservatorio interdipartimentale per la diffusione degli Studi di Genere e la cultura delle Pari Opportunità), e Responsabile scientifico del Laboratorio OGEPO di Diritto e Scienze della vita. È inoltre Direttore del Comitato Scientifico della Fondazione Scuola Medica Salernitana e Membro del Comitato di redazione dei “Cuadernos de Bioetica y Biodiritto”. E-mail: vituliaivone@unisa.it