

CEDAM

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO

C. CONSOLO - G. COSTANTINO

C. FERRI - R.E. KOSTORIS

S. LA CHINA - S. MENCHINI

G. MONTELEONE - R. ORIANI

N. PICARDI - A. SALETTI

B. SASSANI - F. TOMMASEO

N. TROCKER - R. VACCARELLA

Maggio-Giugno
2016

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

IL PROCESSO DI ACCERTAMENTO DEL GENERE DEL MINORE INTERSESSUALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Critica alla tesi dell'applicabilità alla fattispecie in esame della l. 164/1982 e dell'art. 31 d.lgs. 150/2011. – 3. *Segue*: L'azione esperibile è quella di rettificazione degli atti di stato civile ex art. 95 D.P.R. 396/2000. – 4. Profili comparatistici: il sistema giuridico francese tra *jugement de rectification* e *jugement de changement d'état*. – 5. Il procedimento di rettificazione degli atti di stato civile per la persona intersessuale: profili dinamici. In particolare: la natura del procedimento. – 6. *Segue*: La legittimazione attiva. – 7. *Segue*: La fase istruttoria. – 8. Il contenuto, la natura e l'efficacia del decreto di rettificazione. – 9. Il procedimento di correzione degli atti di stato civile ex art. 98 D.P.R. 396/2000. – 10. Conclusioni.

1. – Il sesso è uno degli elementi essenziali che definiscono l'identità di una persona e, come tale, deve necessariamente essere indicato nell'atto di nascita di ogni individuo, come prescritto dell'art. 30 D.P.R. 396/2000. Se, tuttavia, nella gran parte dei casi, la diagnosi clinica di tale attributo non si rivela in alcun modo problematica, così che anche la sua menzione nel registro di stato civile risulta del tutto agevole, in un numero non irrilevante di ipotesi si possono manifestare significative incertezze dovute alla presenza, nel medesimo soggetto, di caratteri sessuali – cromosomico-genetici, gonadici o fenotipici – sia maschili, sia femminili: si tratta del fenomeno dell'«intersessualismo», altrimenti conosciuto, in ambito medico, come «variazione della differenziazione sessuale» ⁽¹⁾; esso raggruppa una costellazione di condizioni tra loro eterogenee, accomunate dal dato indefettibile dell'ambiguità, più o meno marcata, degli organi sessuali, tale da rendere impossibile una sicura ascrizione dell'individuo all'uno o all'altro sesso ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Al fenomeno in base al quale un individuo possiede caratteri sessuali misti, sia maschili che femminili, sono state attribuite diverse denominazioni, spesso correlate all'ambito scientifico attraverso il quale il tema è stato approcciato: in ambito medico e psicologico, tali soggetti sono stati definiti come persone aventi un «DSD», ossia un «disordine» o «disturbo dello sviluppo sessuale», o una «VSD», una «variazione dello sviluppo sessuale»; secondo il più accreditato studio statistico in materia (v. Blackness, Charuvastra, Derryk, Fauso-Sterling, Lauzanne, Lee, *How sexually dymorphic are we? Review and Synthesis*, in *American Journal of Human Biology* 2000, 151), il fenomeno colpisce, in media, complessivamente, un individuo su 100; secondo Haas, *Who will make Room for the Intersexed?*, in *American Journal of Law and Medicine*, vol. 30, N. 1, 41-68, 2004, la percentuale varia tra l'1,7 e il 4 per cento; la più comune di queste condizioni è l'iperplasia congenita dei surreni, ma tra le altre si annoverano l'insensibilità totale o parziale agli androgeni, c.d. Sindrome di Morris, la Sindrome di Swyers, la Sindrome di Klinefelter, la sindrome di Turner, lo pseudoermafroditismo o l'ermafroditismo vero maschile o femminile, etc.

⁽²⁾ Tra i molti studi comparsi nella letteratura giuridica straniera in materia di inter-

A differenza di quanto previsto in alcuni sistemi giuridici stranieri, tra cui, in Europa, come si vedrà nel proseguo, quello francese, la normativa italiana in materia di stato civile non consente di apporre nell'atto di nascita un'indicazione del sesso neutra o, quantomeno, provvisoria: nei casi di incertezza è infatti obbligatorio optare per il sesso ritenuto «prevalente» tra quello maschile e quello femminile, all'esito di un accertamento talvolta inevitabilmente sommario e, di conseguenza, potenzialmente erroneo ⁽³⁾; spesso, infatti, la persona intersessuale, durante i primi anni

sessualismo – relativi sia al crescente riconoscimento da parte degli ordinamenti giuridici della possibilità di indicare un «terzo sesso» o un «sesso indeterminato» nel Registro di stato civile o nel registro equivalente, sia al dibattito sulla legittimità degli interventi chirurgici cosmetici praticati su minori intersessuali per ricondurne il sesso anatomico a quello maschile o femminile pur in assenza di necessità terapeutica, sia, più in generale, alle svariate pronunce su tali questioni di alcune Corti supreme straniere, tra cui quella di Messico, Colombia, Australia, India, Nepal, Germania, si segnalano, tra i più recenti: Vanderhorst, *Whither Lies the Self: Intersex and Transgender Individuals and A Proposal for Brain-Based legal sex*, in *Harvard Law & Policy Review*, vol. 9, 1, 2015, 241 ss.; Antonopoulos, *The Unconstitutionality of the Current Housing Arrangements for Intersex Prisoners*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 42, 2, 415; White, *Preferred private parts: importing intersex autonomy for M.c. V. Aaronson*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 37, 3, 2014, 777; Scherpe, *Changing One's Legal Gender in Europe: the «W» Case in Comparative Perspective*, in *Hong Kong Law Journal*, vol. 41, 1, 2011, 109; Bochenek Knight, *Establishing a third gender category in Nepal: process and prognosis*, in *Emory International Law Review*, vol. 13, 2, 2012, 890; Moscati Phuyal, *The «third gender case» decision of the Supreme Court of Nepal on the rights of lesbian, gay, bisexual and transsexual and intersex people*, in *The journal of comparative Law*, vol. 4, 2, 2009; Kloppel, *«Who has the right to Change Gender Status? Drawing Boundaries between inter- and Transsexuality»*. *Critical Intersex*. London: Morgan Holmes, 2009, 171; per ulteriori richiami alla letteratura e giurisprudenza straniere, si rinvia a: Greenberg, *Intersexuality and the law*, New York: New York University Press, 2012; il tema è stato affrontato, seppur con enfasi minore, anche nella dottrina italiana: Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *Riv. biodiritto* 2015, 2, 109; CERRINA FERONI, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Dir. pubbl. comp. ed europ.* 2015, 2, 303; Schillaci, *Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India*, in *Genius* 2014, 2, 175; GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della «normalità»: il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2012, 4, 597; CECCHI MARROCCO, *Stati intersessuali e questioni medico legali*, in *Riv. it. med. leg.* 2009, 101.

⁽³⁾ E d'altra parte, questa soluzione ha radici lontane nei secoli: si veda, ad esempio, Ulpiano, D. 1, 5, 10: «Quaeritur hermaphroditum cui comparamus; et magis puto, eius sexus aestimandum qui in eo prevalet»; la questione si è posta da lungo corso anche nel diritto musulmano, ove viene attribuita all'uomo una parte di successione doppia rispetto a quella che compete alla donna (allorché l'individuo chiamato a succedere sia intersessuale, viene trattato alla stregua del sesso dominante, sebbene alcuni autori abbiano proposto, per sopprimere le difficoltà, di escluderlo dalla successione): cfr. Millot, Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Ed. Sirey 1987, 513, n° 699; per un'analisi della condizione giuridica del soggetto ermafrodita nel diritto islamico, v. anche, più in generale: Sanders, Paula, *Gendering the Ungendered body: Hermaphrodites in Medieval Islamic Law*, in Keddie, Baron, *Women in Middle Eastern History*, New Haven: Yale University Press, 1991.

di vita o finanche durante l'età puberale, manifesta un'identità di genere opposta rispetto a quella «legale», assegnata al momento della nascita, così che diviene necessario «sincronizzare» il sesso registrato allo stato civile con quello psichico e sociale ⁽⁴⁾.

A tale riguardo, sorge quindi la necessità di individuare quale sia l'azione da esperire al fine di ottenere un simile risultato: e ciò tanto più in quanto la giurisprudenza in materia si mostra ondivaga, così che, in sede applicativa, si assiste all'alternanza di tre differenti orientamenti: da una parte, come si vedrà, viene ritenuto applicabile, anche ai soggetti intersessuali, il procedimento speciale disciplinato dalla l. 164/1982 e dall'art. 31 d.lgs. 150/2011, rubricati, rispettivamente, «norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso» e «delle controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso»; dall'altra, si riscontrano pronunce di segno diverso, in cui questa fattispecie viene fatta convogliare nel procedimento generale di rettificazione degli atti di stato civile, disciplinato dall'art. 95 D.P.R. 396/2000, il quale a sua volta rinvia agli artt. 737 ss. del codice di rito; dall'altra ancora, si riscontrano pronunce che ritengono necessario esperire un'azione di *status*, nelle forme e secondo i crismi del rito ordinario di cognizione, *ex art.* 163 ss. La distinzione tra ciascuna di queste opzioni non è di poco conto, poiché involge non solo la natura dell'atto introduttivo del giudizio e del rito, ma ulteriori e delicati profili, quali la competenza territoriale, l'efficacia e la stabilità della pronuncia, i poteri officiosi del giudice, l'oggetto e i limiti dell'istruzione probatoria.

Nel presente saggio si tenterà dunque di individuare quale, tra le soluzioni invalse nella prassi, risulti più corretta su un piano dogmatico, e, una volta che sia stata data soluzione a questo quesito, si cercherà di sviscerare i profili più critici e problematici che possono profilarsi nel corso di tale giudizio.

⁽⁴⁾ E ciò alla luce del fatto che il sesso indicato nell'atto di nascita, a seguito dell'introduzione della l. 164/1982, va riferito «non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero 'normalmente' evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Presupposto della normativa» è «dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – i fattori dominanti» (così Corte cost. 6 maggio 1985, n. 161, in *Riv. it. med. leg.* 1985, 1289, con nota di Martini, *Diritto alla sessualità come diritto alla salute* e in *Nuova giur. civ. comm.* 1986, 349, con commento di Patti).

2. – Secondo una prima corrente interpretativa, la persona intersessuale che intenda rettificare l'indicazione del sesso e del prenome dichiarati alla nascita all'ufficio di stato civile sarebbe tenuta a esperire l'azione speciale disciplinata dalla l. 164/1982 e dall'art. 31 d.lgs. 150/2011 ⁽⁵⁾: in tal senso militerebbe la *rubrica legis* di entrambi, che il legislatore avrebbe lasciato intenzionalmente generici, a differenza, verrebbe da aggiungere, di quanto accaduto in altri ordinamenti giuridici europei, come quello tedesco, in cui si fa espresso riferimento al fenomeno del transessualismo ⁽⁶⁾; in altri termini, si potrebbe *prima facie* asserire che, in assenza una circoscrizione netta ed esplicita del novero dei destinatari della legge in parola, essa dovrebbe trovare la più ampia applicazione possibile, ovvero sia in tutti i casi in cui un soggetto intenda ottenere una «sentenza che accolga la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso», a prescindere dai motivi, di natura metagiuridica, per i quali tale rettificazione viene domandata, e quindi, indiscriminatamente, sia nei casi di transessualismo, sia nei casi di intersessualità, sia, *a fortiori*, nei casi di errore materiale di scrittura ⁽⁷⁾.

Una simile ricostruzione, fondata su un'interpretazione letterale del dettato normativo di cui all'art. 12 c.c., tuttavia, non pare del tutto accettabile, per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, va infatti detto che

⁽⁵⁾ Per un'analisi della legge citata, in una prospettiva processuale, anche comparata, sia consentito il rinvio a Cardaci, *Per un «giusto processo» di mutamento di sesso*, in *Dir. fam.* 2015, 4, 1459; Id., *Access to justice for trans-genders: towards a quick, accessible, and unified procedure of gender reassignment in Europe?*, in Aa. Vv., *LGBTI persons and access to justice*, a cura di Lorenzetti e Moscati, Londra 2015, 50 ss.

⁽⁶⁾ La legge tedesca, infatti, è rubricata «transsexuellengesetz-TSG».

⁽⁷⁾ Ritengono che l'ambito di applicazione della l. 164/1982 si estenda anche ai soggetti intersessuali, in dottrina: Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. IV, Padova 1992, 758; Dogliotti, voce *Transessualismo (profili giuridici)*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. VII, Torino 1987, 789; Id., *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della nuova normativa*, in *Giust. civ.* 1982, II, 469; Farina, *Alcune osservazioni riguardo alla legge sul mutamento di sesso*, in *Riv. it. med. leg.* 1983, 341; in giurisprudenza: Cass. 20 giugno 1983, n. 515, in *Giust. civ.* 1983, 3242, con nota di Finocchiaro, *I transessuali di nuovo innanzi alla Corte costituzionale*; Trib. Pisa 20 gennaio 1984, in *Foro it.* 1984, II, 1982 e in *Giust. civ.* 1985, I, 2066, secondo cui l'interessato può optare alternativamente sia per il procedimento di rettificazione di cui all'art. 454 c.c. (oggi 95 D.P.R. 396/2000) sia per quello di cui alla l. 164/1982, per cui «spetterà all'interessato valutare, in relazione alla particolarità della fattispecie concreta, la convenienza ad intraprendere l'uno o l'altro tipo di azione»; cfr., al riguardo, anche: Trib. Bari 25 giugno 2012, n. 2295, in materia di risarcimento del danno cagionato da alcuni medici per aver erroneamente diagnosticato un'ipospadia scrotale, in luogo di una sindrome androgenitale, ed aver altrettanto erroneamente attribuito al neonato il sesso maschile: il tribunale ha riconosciuto, tra gli altri, il danno patrimoniale sopportato dai genitori del neonato per aver dovuto avviare il «giudizio ex l. 164/1982».

l'intera struttura della legge sembra essere stata architettata in funzione di persone che intendono *mutare* il proprio sesso, a seguito, peraltro, di intervenute modificazioni chirurgiche dei loro caratteri sessuali secondari, autorizzate attraverso sentenza giudiziale, ex art. 31, comma 4°, d. lg. 150/2011, al fine di ottenere quindi una sentenza di natura *costitutiva* che incida, modificandola, su una situazione che al momento della nascita risultava chiara ed inequivocabile (8).

In secondo luogo, va detto che la legge di cui si tratta venne promulgata – come emerge chiaramente dagli atti parlamentari in cui sono trascritte le discussioni che ne precedettero l'approvazione (9) –, per porre una pietra tombale sui disorientamenti che agitavano la giurisprudenza di merito dell'epoca, chiamata a pronunciarsi rispetto alle domande di rettificazione dell'atto di nascita delle persone transessuali sottopostesi a intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali all'estero (essendo tale ritenuto illegittimo e penalmente rilevante in Italia, in quanto contrario all'art. 5 c.c.) (10): l'atteggiamento di netta chiusura da parte della corte di legittimità rispetto alle domande di mutamento anagrafico del sesso poste dalle persone transessuali, in netto contrasto con alcune pronunce

(8) Sulla natura costitutiva del giudizio in esame, in giurisprudenza, *ex multis*: Trib. Pisa 20 gennaio 1984, cit., 2071; in dottrina: Pezzini, *Transsexualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.* 1984, 463.

(9) Nei lavori parlamentari, infatti, si fa espresso riferimento esclusivamente alla condizione delle persone transessuali (peraltro, soltanto a coloro che da maschi intendono diventare femmine, e mai viceversa); cfr., *ex multis*: Camera dei deputati, *Proposta di legge. Modifica dell'articolo 454 del codice civile*, n. 1442, VIII legislatura, 27 febbraio 1980; Camera dei deputati, Commissione IV Giustizia, *Resoconto stenografico. Seguito della discussione della proposta di legge De Cataldo ed altri: Modifica dell'articolo 454 del codice civile (1442)*, VIII legislatura, 2 ottobre 1981, 788 ss., ove si legge che «qui non si parla dell'ermafroditismo vero e proprio, ma si intende affrontare il problema del cambiamento di sesso»; è stata infatti abbandonata una proposta di legge (Senato della Repubblica, *Proposta di legge. Norme in materia di riconoscimento di mutamento di sesso*, n. 1621, VIII legislatura, 5 novembre 1981), che prevedeva sia, al primo comma, la rettificazione per «modificazioni dei caratteri sessuali della persona intervenute in riferimento a situazioni di sesso non definito nell'atto di nascita, ovvero relative ad evoluzione naturale», sia, al secondo comma, la rettificazione «nel caso di transsexualismo irreversibile».

(10) Cfr. Trib. Milano 2 ottobre 1969, in *Nuovo dir.* 1970, 272, con nota di Aricò, *Se sia lecito il volontario cambiamento di sesso a mezzo intervento chirurgico*, in cui si legge che «il riconoscimento del cambiamento di sesso dovuto al volontario intervento chirurgico cui il soggetto si è sottoposto, condurrebbe all'assurdo di dover riconoscere efficacia ad un fatto chiaramente conseguente ad illecito, posto che secondo l'art. 5 c.c. gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionano una diminuzione permanente della integrità fisica, e quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume»; non a caso, l'art. 7 della l. 164/1982 prevede una scriminante del reato (di lesioni personali gravissime, ex art. 585 c.p.), sancendo che l'accoglimento della domanda di rettificazione «estingue i reati cui abbia eventualmente dato luogo il trattamento medico-chirurgico».

di merito maggiormente permissive, rese necessario e inevitabile un intervento *ad hoc* del legislatore, invitato a colmare il vuoto normativo, peraltro, da una pronuncia del giudice delle leggi che aveva ad oggetto, per l'appunto, esclusivamente la condizione della persona transessuale ⁽¹¹⁾; ben diversa era, già all'epoca, la condizione giuridica delle persone intersessuali: la giurisprudenza infatti riteneva pacificamente accoglibili, in questo caso, le istanze di rettificazione dell'atto di nascita da loro promosse, in considerazione della loro condizione di «naturalità», da contrapporsi a quella, ritenuta del tutto «artificiosa» (*non ope naturae sed artis*) ⁽¹²⁾, delle persone transessuali, cosicché il problema che più di tutti si poneva in sede applicativa era quello relativo al rito processuale da esperire per ottenere tale rettificazione, e non già, in linea astratta, all'ammissibilità nel merito della domanda. In altri termini, risulta evidente come la *mens legis* – quale ulteriore parametro interpretativo che guida l'interprete nell'individuazione della legge applicabile, *ex art. 12 c.c.* – fosse tutta rivolta al caso dei soggetti transessuali, e non già a quello dei soggetti intersessuali, che trovavano unanime accoglimento delle loro pretese già in un'epoca di gran lunga precedente alla promulgazione della l. 164/1982.

De jure condito, poi, allo stato odierno, nemmeno il criterio residuale dell'interpretazione per analogia, fornito anch'esso dall'art. 12 c.c., può essere invocato per allargare in via interpretativa l'orizzonte applicativo della legge in parola alle persone intersessuali: risulta oltremodo evidente, infatti, come la condizione della persona intersessuale sia del tutto differente da quella della persona transessuale, essendo la prima connotata dalla presenza, sin già da un momento che precede la nascita, di connotati cromosomico-genetici, gonadici o fenotipici riconducibili sia al sesso maschile che a quello femminile, ed essendo invece la seconda connotata da un disallineamento tra «soma» e identità di genere avente natura eminentemente psichica: così che qualsiasi equiparazione tra le due situazioni

⁽¹¹⁾ Corte cost. 1 agosto 1979, n. 98, in *Rass. dir. civ.* 1980, 507, con nota di D'Addino Serravalle, *Le trasformazioni chirurgiche del sesso nella sentenza n. 98 della Corte Costituzionale*, la quale ha statuito che nel contenuto precettivo degli artt. 165 e 167 r.d.l. n. 1238 del 1939, sulla rettificazione degli atti di stato civile, possono essere fatte rientrare «l'ipotesi in cui intervengano modificazioni dei caratteri sessuali a seguito di evoluzione naturale, che rivelino una realtà sessuale diversa da quella accertata al momento del generico esame fatto alla nascita», mentre il problema del transessualismo «può suscitare in Italia, come in altri paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio».

⁽¹²⁾ Così si esprime Cass. 20 giugno 1983, n. 515, cit., 3245.

risulterebbe scorretta sia su un piano clinico che, di converso, su un piano giuridico ⁽¹³⁾.

3. – Una volta esclusa l'applicabilità alla fattispecie in esame del procedimento speciale disciplinato dalla l. 164/1982 e dall'art. 31 del d.lgs. 150/2011, sorge dunque la necessità di individuare quale sia l'azione che la persona intersexuale deve instaurare al fine di ottenere la modifica dell'indicazione del sesso e del prenome fissati nell'atto di nascita, quale «specchio giuridico» di ogni persona fisica e, di conseguenza, quale fonte primaria a cui è necessario attingere per la susseguente compilazione di

⁽¹³⁾ Va aggiunto peraltro che dall'applicabilità della l. 164/1982 conseguirebbe *a fortiori* l'obbligo di ottenere un'autorizzazione giudiziale a sottoporsi ad ogni intervento chirurgico di «adeguamento dei caratteri sessuali» del soggetto intersexuale ritenuto necessario (ex art. 31, comma 4°, d. lg. 150/2011): sì che tutti gli interventi – talvolta, nella prassi, piuttosto numerosi e spesso dilazionati nel tempo – dovrebbero essere preceduti da più procedimenti autorizzativi, oggi disciplinati dal rito ordinario di cognizione ex art. 163 ss. c.p.c., o in alternativa da un'unica sentenza autorizzativa *ad nutum*; tale soluzione pare del tutto abnorme e ingiustificata, atteso che in questo caso non può in alcun modo dirsi violato l'art. 5 c.c. sul divieto di atti che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, sì che non verrebbe in alcun modo consumato, da parte del medico, il reato di cui all'art. 585 c.p.c., nei confronti del soggetto intersexuale; secondo la giurisprudenza costante della Corte costituzionale e della Corte di legittimità, infatti, «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti» e protetti dall'art. 32 Cost. (cfr., *ex multis*: Corte cost. 6 maggio 1985, n. 161, cit., 1299); sul tema, *ex pluribus*: D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Camerino 1983, spec. 83 e 168 ss.; più in generale, sulla liceità degli atti dispositivi del proprio corpo a scopo terapeutico, previo consenso necessario e informato dell'avente diritto: Ansaldo, sub. art. 5, *Atti dispositivi del proprio corpo*, in *Il codice civile, Commentario*, a cura di Schlesinger, Milano 2013, 372; d'altra parte, prima della promulgazione della l. 164/1982 si riteneva che qualsiasi intervento sulla persona intersexuale potesse essere effettuato pur in assenza di una specifica autorizzazione giudiziale (cfr. Trib. Taranto 28 gennaio 1974, in *Dir. fam.* 1974, 465; per una soluzione analoga nel vigore della l. 164/1982: Trib. Macerata 12 novembre 1984, in *Giur. it.* 1985, I, 2, 195, il quale, adito ai sensi della l. 164/1982, ha precisato di dover disporre la rettificazione del neonato intersexuale esclusivamente sulla scorta dell'art. 454 c.c., oggi art. 95 D.P.R. 396/2000, ritenendo peraltro che eventuali interventi chirurgici di adeguamento dei caratteri sessuali non vadano autorizzati giudizialmente, trattandosi di soggetto intersexuale e non transessuale e che, di conseguenza, essi, eventualmente, «potranno essere eseguiti secondo la volontà dei ricorrenti e l'interesse della minore»); sulla scorta di considerazioni analoghe, la dottrina ha aspramente criticato altresì la scelta del legislatore di prevedere un'autorizzazione giudiziale, quale «scriminante» dal reato di lesioni personali gravissime, per il mutamento chirurgico del sesso della persona transessuale, atteso che in questo caso il trattamento sanitario trova «il suo fondamento nel diritto alla salute», intesa come benessere anche psichico, «e nella disponibilità di esso da parte del suo titolare quando incida nella sua sfera esclusivamente soggettiva», sì che «la prospettiva legislativa» di cui alla l. 164/1982 «appare inaccettabile, perché prevede un'autorizzazione per l'esercizio di un diritto che è invece nella piena disponibilità del soggetto» ed è tutelato dall'art. 32 Cost. (così Pezzini, *op. cit.*, 471).

tutti i relativi atti e documenti anagrafici ⁽¹⁴⁾: come anticipato *supra*, il dubbio che si pone è allora quello tra la possibilità di esperire un'azione di stato innominata, volta a mutare lo *status* di maschio o di femmina del soggetto intersessuale, e un'azione di rettificazione ai sensi dell'art. 95 D.P.R. 396/2000, volta ad una mera correzione di quanto scritto nel suo atto di nascita.

Appare del tutto evidente che l'incertezza tra l'una e l'altra azione – con tutte le conseguenze di capitale importanza che una simile scelta comporta – possa sussistere soltanto laddove si tenga saldo un primo postulato: e cioè, il dato, di matrice sostanziale, in forza del quale il sesso costituirebbe uno *status personae* assimilabile a quello di coniuge, di figlio nato nel o fuori dal matrimonio, o di cittadino, e non già una qualità della persona che, come tale, connota l'individuo al pari di altre caratteristiche individuali, e va pertanto indicata nei registri di stato civile ⁽¹⁵⁾; se si accede infatti alla tesi in base alla quale il sesso non è uno *status* – una nozione, questa, peraltro, già di per sé stessa da lungo corso posta in crisi dall'analisi della migliore dottrina sia civilista che processualcivilista ⁽¹⁶⁾ – ma una mera qualità della persona, non c'è dubbio che si dovrà procedere

⁽¹⁴⁾ Cfr. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 2, *Les personnes*, par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien, 8 éd., 1996, n.° 461, il quale definisce lo stato civile come «l'image juridique de la personne».

⁽¹⁵⁾ Come hanno ritenuto: App. Bari 22 marzo 1962, in *Foro it.* 1962, I, 1033 e *Riv. dir. proc.* 1962, 492, con nota critica di Carnelutti, *Rettificazione del sesso*; Trib. Roma 13 febbraio 1975, in *Dir. fam.* 1975, 188; Trib. Taranto 28 gennaio 1974, in *Dir. fam.* 1974, 459; Trib. Foggia 25 maggio 1965, in *Daunia giudiz.* 1965, 149.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova 1990, 33, il quale, nella sua critica alla teoria degli stati (definiti «figure puramente dottrinarie» e categorie «che i giuristi, dimentichi dell'ufficio pratico e mnemonico svolto dal linguaggio legislativo, s'illudono di studiare come individua e specifica realtà»), ricorda le parole di Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1960, 78, secondo cui «la sintesi ideale che si ricava dalla considerazione di tutti questi effetti giuridici e soprattutto dei rapporti sociali a cui si connettono, è quella di una particolare condizione sociale e giuridica creata dal soggetto (condizione di figlio o di cittadino), condizione cui si suole poi riportare immaginariamente a lui stesso la fonte e la causa, giungendo così per un fenomeno mentale assai frequente, a pensarla come una posizione od atteggiamento (qualità) particolare proprio del soggetto stesso e conservato da lui costantemente in tutte quelle intere categorie di rapporti sociali e giuridici, per es. (nell'esempio ora citato) qualità di figlio di una certa persona»; Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, *Il diritto, i soggetti, le cose*, Napoli 1985, 337, spec. nota 3, secondo cui «stato e qualità sono concetti identici»; Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, vol. I, Milano 1957, 116, spec. nota 185; Rescigno, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1973, 215, secondo cui nel diritto vigente nome e concetto di stato si convengono solo alla condizione di coniuge e figlio.

tout court con il rito della rettificazione (17): quest'ultima è, infatti, la soluzione invalsa in quella parte della giurisprudenza espressasi sulle istanze di rettificazione delle persone intersessuali che ha ritenuto, in molteplici occasioni, risalenti già, per il vero, a un passato piuttosto remoto, che «nessuna vera questione di stato è necessario preliminarmente risolvere per ordinare la chiesta rettificazione, inquantoché l'essere maschio o femmina è cosa di puro fatto che, una volta verificata, nessuno può contraddire, mentre la questione di stato presuppone sempre la possibilità di una contraddizione, sia da parte della persona di cui vuolsi immutare lo stato medesimo, sia da parte di altri interessati» (18).

(17) Per una critica alla qualificazione del sesso come *status*, si rimanda, se si vuole, a Cardaci, *Per un «giusto processo»*, cit., 1463, spec. nota 7.

(18) Con queste parole: App. Milano 15 giugno 1891, in *Giur. it.* 1891, vol. XLIII, II, la quale ha quindi ritenuto corretto doversi procedere con il rito della volontaria giurisdizione, ex art. 845 ss. del c.p.c. vigente, e ha ordinato di sostituire «alle parole di *sexu mascolino* le altre di *sexu femminino*, ed al nome di Giuseppe quello di Giuseppa», escludendo tuttavia che si potesse, in quella sede, aggiungersi all'infante il nome di Maria, poiché l'aggiunta di un nome è ottenibile solo con procedimento amministrativo (oggi disciplinato dall'art. 89 ss. D.P.R. 396/2000); dello stesso avviso: Trib. Firenze 10 giugno 1936, in *Riv. dir. proc.* 1937, II, 101, con nota di De Santis, *Legittimazione ad agire del P.M. e controversie di stato* e postilla di Calamandrei; App. Lecce 13 febbraio 1941, in *Foro it. Rep.* 1942, voce *Stato civile*, n. 2; successivamente, nel vigore del codice di rito del 1940, si sono espresse a favore del rito della rettificazione degli atti di stato civile, in caso di soggetti intersessuali, specificando che non si tratta di azione di stato: Trib. Palmi 7 novembre 1957, in *Foro it. Rep.* 1958, voce *Stato civile*, n. 17; App. Catanzaro 24 marzo 1958, in *Foro it. Rep.* 1958, voce *Stato civile*, n. 16; Trib. Pisa 9 marzo 1970, in *Giur. it.* 1971, I, 2, 61; Cass. 3 dicembre 1974, n. 3948, in *Giust. civ.* 1975, I, 638, in motivazione; Trib. Napoli 9 novembre 1977, in *Dir. fam.* 1978, 540 e *Dir. e giur.* 1978, 337, secondo cui «è ammissibile il procedimento camerale di correzione degli atti di stato civile, in luogo di quello contenzioso ordinario, nel caso in cui la precisazione dell'identità sessuale si sia palesata compiutamente attraverso la crescita del soggetto», atteso che «la rettifica degli atti dello stato civile deve disporsi non soltanto nei casi di errore nella compilazione dell'atto ma altresì quando l'atto non sia più conforme allo stato di fatto come, appunto, nel caso in cui taluno, per errore determinato dall'anomala configurazione dell'apparato genitale esterno ed in mancanza di più approfonditi esami, che al tempo della formazione dell'atto di nascita non poterono essere compiuti, sia stato ritenuto di sesso maschile anziché femminile»; Trib. Bari 29 gennaio 1962, in *Foro it.* 1962, 1036; Trib. Genova 16 luglio 1968, in *Giur. merito* 1969, I, 17, in motivazione; Trib. Milano 2 ottobre 1969, in *Nuovo dir.* 1970, 272, in motivazione; Trib. Palermo 17 marzo 1972, in *Dir. fam.* 1972, 509 e in *Temi* 1974, 178, in motivazione; Cass. 13 giugno 1972, n. 1847, in *Giust. civ.* 1972, I, 1978 e in *Dir. fam.* 1973, 452 e in *Foro it.* 1972, I, 1, 2399, in motivazione; Cass. 7 aprile 1975, n. 1236, in *Foro it.* 1975, I, 1688, in motivazione; nel vigore della l. 164/1982: App. Bologna 14 dicembre 1982, in *Giur. it.* 1984, I, 2, 114, con nota di Patti, *I destinatari della l. 14 aprile 1982, n. 164 ed il mutamento del nome*; Trib. Macerata 12 novembre 1984, cit., 195; Trib. Bologna 25 novembre 2009, in *Fam. pers. succ.* 2011, 11, 796, con nota di Costanzo, *L'erronea attribuzione di sesso al neonato giustifica la rettificazione dell'atto di nascita*; in dottrina, ritengono esperibile il procedimento di rettificazione: Ferri, *Degli atti dello stato civile*, sub art. 454, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja

Se invece, come si diceva, si accede alla diversa tesi che qualifica il sesso come uno *status*, le difficoltà rispetto all'individuazione dell'azione esperibile si fanno più marcate, dacché si ripropone, anche per questa fattispecie, la *vexata quaestio*, che ormai da diversi decenni torna ad assillare, ciclicamente, la dottrina processualcivilista, relativa alla definizione dei confini, da sempre rimasti piuttosto opachi, tra azione di rettificazione degli atti di stato civile ed azione di stato ⁽¹⁹⁾.

Al riguardo, dunque, il problema può essere districato soltanto sulla scorta dell'elaborazione teorica e pratica che, in passato, ha avuto ad oggetto i limiti di queste due azioni, le cui tendenze evolutive è quindi necessario ripercorrere, sia pur sinteticamente: l'interesse ultimo perseguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza espressesi in materia, infatti, è sempre stato quello di impedire che il procedimento camerale di rettificazione degli atti di stato civile venisse strumentalizzato per modificare, in maniera del tutto surrettizia, lo *status* di un individuo (si pensi all'esempio scolastico di chi intenda, mediante un domanda di rettificazione, spostare la propria data di nascita o modificare il proprio cognome, al fine di risultare figlio di un determinato soggetto).

Proprio per scongiurare l'avverarsi di simili abusi, è stato ritenuto da parte di una dottrina che si possa promuovere l'azione di rettificazione ex art. 95 D.P.R. 396/2000, come suggerisce la parola stessa, soltanto

Branca, Milano 1973, 130; Perlingeri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. e giur.* 1970, 842; Antignani, *Sulla natura della diagnosi di sesso*, in *Dir. e giur.* 1970, 213.

⁽¹⁹⁾ In questo senso si mostrano ancora attuali e profetiche le parole dell'Andrioli, *Intorno al processo di rettificazione degli atti dello stato civile*, in *Riv. dir. proc.* 1950, II, 54, secondo cui la scarsa chiarezza della normativa era la causa dei «dubbi sulla discriminazione tra rettificazione degli atti dello stato civile e controversie di stato, per vero mal perspicuamente risolti, dei quali era ed è eco nella giurisprudenza»; considerazioni analoghe vengono svolte da Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, cit., 739, che definisce «nebulosa» l'essenza del giudizio di rettificazione, avendo esso «natura composita, insuscettibile di rispecchiarsi in un'assiomatica definizione» e impermeabile a qualsiasi etichettatura; sul tema e sulle soluzioni variamente prospettate in dottrina e giurisprudenza, per ragioni di spazio soltanto sintetizzate nel testo, si vedano: Azzariti, *Sulla rettificazione degli atti di stato civile*, in *Giust. civ.* 1969, IV, 85 ss.; Id., voce *Stato civile*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVIII, Torino 1971, 300; Salvo, voce *Stato civile*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, VII, Torino 1987, 543; Marziale, voce *Stato civile*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Roma 1993, 7; Santoro Passarelli, in Santoro Passarelli, *Status familiae*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli 1961, 425; Iannelli, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Camerino – Napoli 1984, 353; Riccio, *Delle procedure giudiziali di rettificazione relative agli atti dello stato civile e delle correzioni (artt. 95 – 101)*, in *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, a cura di Stanzione, Milano 2001, 386; Buono, *Brevi appunti in tema di rettificazione degli atti di stato civile*, in *Stato civ.* 2002, XI, 811.

allorché si intenda correggere un atto di stato civile a causa di un vizio nel procedimento di formazione del medesimo, dovuto a un errore in cui sia incorso l'ufficiale di stato civile o il denunciante ⁽²⁰⁾: il caso del soggetto intersessuale interessato a modificare il «sesso» e «nome» legali risulterebbe, in questo senso, analogo, atteso che indubbiamente vi è stato, al momento della dichiarazione di nascita, un errore non riconoscibile dovuto ad un'incertezza *ab initio* sul sesso del neonato.

Tale assunto trova conferma altresì nell'analisi di quanto sostenuto dalla migliore dottrina processualcivilistica, che ha ritenuto, da una prospettiva parzialmente diversa, che lo scopo ultimo dell'azione di rettificazione sia quello di accertare che un fatto documentato negli atti di stato civile non corrisponde alla realtà materiale, e quindi di dichiarare che l'atto di stato civile contiene, a tutti gli effetti, un'informazione falsa (l'accertamento su tale fatto costituirà, poi, un dato fissato *una tantum*, utile alla risoluzione di tutte le eventuali controversie nelle quali esso risulti rilevante) ⁽²¹⁾: nondimeno, anche applicando anche questa interpretazione al caso che ci riguarda, si può affermare che l'azione di rettificazione mirebbe ad accertare una mera situazione di fatto – l'essere maschio o femmina – e, conseguentemente, a correggere l'eventuale discrasia tra quanto attestato nel registro di stato civile e la realtà materiale.

Visto in questa chiave, viene a noi allora da aggiungere, il giudizio di rettificazione degli atti di stato civile costituirebbe quindi una delle ipotesi di deroga espressamente prevista dalla legge al principio in base al quale l'accertamento giudiziale può avere ad oggetto esclusivamente i diritti

⁽²⁰⁾ Cfr. Cicu, *Azione di rettificazione di atti di stato civile e azioni di stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1949, 765 ss., il quale, partendo dalla tesi in base alla quale l'atto di stato civile costituirebbe «titolo di stato», «il giudizio di rettificazione non tende a modificare e non modifica lo stato della persona: ma soltanto l'atto di stato civile»: l'autore ammette che «non v'è correzione che, in tesi astratta, non possa modificare il titolo dello stato», e che proprio per questo, al fine di evitare espedienti surrettizi ed elusivi da parte dei ricorrenti, dovrebbe essere il giudice ad ordinare la comparizione delle parti per essere illuminato sulle finalità ed effetti della chiesta rettificazione; Id., *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino 1969, 151 ss.; in giurisprudenza, tra le altre, si veda: Trib. Firenze 10 giugno 1936, cit., 101, secondo la quale oggetto della procedura di rettificazione è la «riparazione di irregolarità occorse nella redazione degli atti di stato civile», tra cui la «erronea indicazione del sesso».

⁽²¹⁾ Così Attardi, voce *Atti dello stato civile*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 95 ss.; Id., *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello 1949, 36 ss.; Carnelutti, *Rettificazione del sesso*, in *Riv. dir. proc.* 1962, 494, secondo cui la rettificazione va disposta in caso di errori di fatto, o errori storici, in base ai quali sul registro dello stato civile figura «una storia diversa dalla storia vera», sì che non si tratta di una «controversia intorno al sesso della persona ma intorno alla veridicità dell'atto di nascita».

soggettivi (o gli interessi legittimi, *ex art. 24 Cost.*): e d'altra parte, non si può non riconoscere una certa analogia tra il procedimento in parola e quello di querela di falso *ex art. 221 c.p.c.*, assunto notoriamente a paradigma di azione mirante all'accertamento di un mero fatto giuridicamente rilevante; entrambi i giudizi mirano, infatti, a sondare la veridicità di un documento (e in entrambe le ipotesi si tratta, peraltro, di un atto pubblico); le differenze consistono tuttavia nell'oggetto dei due giudizi (in quello di rettificazione si accerta la veridicità di un dato «intrinseco», in quello di falso, invece, di un dato «estrinseco»), oltre che nei risultati ultimi cui essi pervengono (nel provvedimento che dispone la rettificazione vi è un *quid pluris*, atteso che attraverso esso non ci si limita all'eliminazione dell'efficacia di un documento falso, ma si ordina all'ufficiale di stato civile di sostituire il dato accertato come falso con un dato veritiero, ricostruito nel corso del processo; non vi è, in altri termini, soltanto una *pars destruens*, ma anche una *pars construens*, assente nel processo di querela di falso⁽²²⁾).

Passando ora ad analizzare la giurisprudenza in materia, vale la pena di innanzitutto ricordare come la Suprema Corte, superata una volta per tutte la tesi restrittiva in base alla quale il giudizio di rettificazione sarebbe esperibile soltanto nei limitati casi di *lapsus calami* in cui sia incorso l'ufficiale di stato civile nella redazione dell'atto (e quindi, di fatto, per la correzione di un mero errore ortografico)⁽²³⁾, affermi ormai da circa

⁽²²⁾ Cfr., rispetto al principio in base al quale l'accertamento giudiziale non può avere ad oggetto semplici fatti, anche se giuridicamente rilevanti (salva una specifica previsione derogatoria): Chiovenda, voce *Azione di mero accertamento*, in *Nuovo dig. it.*, vol. II, Torino 1937, 126, ripubblicata in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano 1993, 51, secondo cui «oggetto della sentenza d'accertamento non può essere un semplice fatto, quantunque giuridicamente rilevante», ma «a questa regola può fare eccezione per ragioni di opportunità una norma espressa di legge: tali sono le norme della legge italiana (art. 282, 296), francese (art. 193, 214) e tedesca (§ 256), che ammettono l'azione per l'accertamento di un mero fatto, quale la verità o falsità di una scrittura»; Ricci, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, 20; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 8^a ed., a cura di Coesanti e Merlin, Milano 2012, 171; Redenti, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1949, 257; Pavanini, voce *Accertamento giudiziale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino 1957, p. 125; Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Milano 1959, 44 ss.; Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova 1959, 59; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, Milano 1964, 139; Carpi, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano 1974, 46 ss.; Costa, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino 1980, 38; Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, vol. II, 1, Torino 1980, 221 ss.; Tommaso, *Appunti di diritto processuale civile, Nozioni introduttive*, 4^a ed., Torino 2000, 170; Mandrioli, *Carriera*, *Diritto processuale civile*, 23^a ed., I, Torino 2014, 15, spec. nota 34.

⁽²³⁾ Cfr. *ex multis*: Cass. 5 maggio 1967, n. 861, in *Giust. civ.* 1967, I; oggi, peraltro, la

tre decenni che il procedimento di rettificazione possa «essere promosso per la eliminazione di ogni ipotesi di difformità fra la realtà effettiva, alla stregua della normativa vigente, e quella riprodotta negli atti stessi, indipendentemente dalla ragione di tale difformità e dal soggetto che l'abbia causato» (24) (25).

Anche alla luce di questi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, non ci pare dubbio che sia proprio il procedimento di rettificazione degli atti di stato civile quello che il soggetto intersessuale deve esperire per la rettificazione dell'indicazione del prenome e del sesso nel proprio atto di nascita, proprio perché, come confermato da una parte della giurisprudenza espressasi su questa specifica fattispecie, giurisprudenza che quindi non può che essere avvallata, esso tende «alla riparazione di irregolarità occorse nella redazione degli atti di stato civile», tra le quali deve essere ricompresa l'«erronea indicazione del sesso» di un soggetto intersessuale, atteso che, da ultimo, «la rettificazione non tocca l'essenza

correzione dell'errore materiale di scrittura è possibile ex art. 98 del D.P.R. 396/2000, ed è effettuata direttamente dall'ufficiale di stato civile.

(24) In questi termini: Cass. 16 dicembre 1986, n. 7530 in *Foro it.* 1987, I, 1097 e in *Dir. fam.* 1987, 576; Cass. 28 ottobre 1978, n. 4922, in *Giust. civ.* 1979, I, 663, con nota di Finocchiaro, *Disaccordo tra genitori, imposizione del nome al neonato e rettificazione degli atti dello stato civile*, secondo cui l'azione di rettificazione investe la «corrispondenza fra la realtà del fatto e la riproduzione di esso nell'atto suddetto, cioè tra il fatto, qual è nella realtà (o quale dovrebbe essere nell'esatta applicazione della legge) e quale risulta dall'atto dello stato civile. Il non verificarsi di tale corrispondenza può dipendere da un errore materiale o da qualsiasi vizio che alteri il procedimento di formazione dell'atto dello stato civile, sia esso dovuto al dolo dell'ufficiale che lo redige o ad un suo errore, anche se scusabile in quanto imputabile ad uno dei soggetti chiamati dalla legge a fornire gli elementi per la compilazione dell'atto»; App. Roma 11 ottobre 1979, in *Giur. merito* 1981, III, 654; Cass. 20 febbraio 1984, n. 1204, in *Giust. civ.* 1985, I, 472; Cass. 30 ottobre 1990, n. 10519, in *Nuova giur. civ. comm.* 1991, I, 509, con nota di Di Nardo, *Status del figlio concepito da donna separata*; Trib. Ancona 7 giugno 1994, in *Giur. mer.* 1995, III, 597; Cass. 27 marzo 1996, n. 2776.

(25) Il caso qui in esame ben può essere fatto rientrare, dunque, anche in quest'ultima soluzione interpretativa: d'altra parte, lo stesso Carnelutti, dissentendo da una sentenza che riteneva doveroso esperire in caso di intersessualismo un procedimento ordinario di cognizione, perveniva al medesimo risultato, dubitando che il sesso fosse uno *status* e ritenendo peraltro, atteso che «il processo contenzioso suppone non soltanto una pretesa, ma anche la sua contestazione», si che priva di logica sarebbe la preferenza verso il rito ordinario, a pena di dover «fabbricare un contendente fittizio» (cfr. Carnelutti, *Rettificazione del sesso*, cit., 492); dello stesso avviso: Ferri, *op. cit.*, 131; dopo la promulgazione della l. 164/1982, ritengono in ogni caso applicabile il rito della rettificazione: Patti Will, *La «rettificazione di attribuzione di sesso»: prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.* 1982, II, 739 ss.; Id., *Legge 14 aprile 1982, n. 164, norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Nuove leggi civ. comm.* 1983, 739; Patti, voce *Transessualismo*, in *Dig. it. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIX, Torino 1999, 425; Vecchi, voce *Transessualismo*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma 1990, 4.

dell'atto e invariato, quindi, resta, lo stato della persona alla quale si riferisce» (26).

4. – Non sembra del tutto inutile, sulla scia dei risultati cui si è pervenuti, procedere ora a un confronto con l'elaborazione teorica e pratica del sistema giuridico francese, ove la questione in esame è stata sondata con maggiore frequenza e approfondimento dogmatico: pur nella consapevolezza, tuttavia, che si tratta di ordinamenti, quello italiano e quello francese, che pur affini non sono del tutto sovrapponibili, in particolare in materia di stato civile e, naturalmente, di diritto processuale civile.

E infatti, un primo significativo elemento di differenziazione appare manifesto già laddove si consideri che nell'ordinamento francese è consentito, in forza di una circolare del *Ministère de la justice et des libertés*, per i genitori del neonato intersessuale, chiedere all'ufficiale di stato civile che nell'atto di nascita venga menzionato un «sesso indeterminato» o, finanche, in casi eccezionali, previo accordo con il Procuratore della Repubblica, chiedere che venga omessa completamente l'indicazione del sesso: in quest'ultimo caso, tuttavia, secondo la circolare, siffatta omissione è destinata a durare per un periodo massimo di due anni, superati i quali è indispensabile, all'esito di una procedura giudiziaria – esperibile, in caso di inerzia dei genitori, da parte dello stesso Procuratore della Repubblica – optare per il sesso maschile o per quello femminile; proprio per queste ragioni, dunque, la normativa in esame prescrive all'ufficiale di stato civile di suggerire ai genitori del neonato intersessuale l'imposizione di un prenome neutro, idoneo «*par un fille et par un garçon*» (27), laddove invece

(26) Così Trib. Firenze 10 giugno 1936, cit., 101; per gli ulteriori rimandi alla giurisprudenza conforme, v. nota 18.

(27) Così infatti prescrive la *Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation*, in BOMJL, 2011, 11, 30 novembre 2011, spec. § 55, p. 27; la circolare, che peraltro in questo passaggio sostituisce il punto n. 288 della previgente *Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe)*, si contrappone ad un orientamento giurisprudenziale precedente, in base al quale «tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance» (così CA Paris, 18 janv. 1974: D. 1974, p. 196, concl. Granjon; conforme: TGI Dijon, 2 mai 1977, Gaz. Pal. 1977-2-577); nella dottrina italiana, è rimasta isolata l'opinione di Ferri, *Degli atti dello stato civile*, cit., 129, secondo cui «se l'ufficiale di stato civile, cui il neonato sia stato presentato, o gli stessi medici che hanno assistito al parto riconoscano di non essere in grado di stabilire il sesso, senza procedere ad accertamenti più delicati ed approfonditi, resterà sospesa la formazione dell'atto di nascita, che non potrebbe essere retto incompiutamente, cioè senza l'enunciazione del sesso. Penso che in questo caso, a

nel sistema italiano, «il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso» (sesso che, come si è visto, può essere o maschile o femminile, *ex art. 35 D.P.R. 396/2000*).

Nonostante, quindi, la circolare ministeriale «addolcisca» il dimorfismo sessuale che connota l'ordinamento giuridico francese ⁽²⁸⁾, anche in Francia si è posto il quesito se, in caso di divergenza tra il sesso di elezione e il sesso legale della persona intersessuale, l'armonizzazione tra i due debba avvenire mediante un *jugement de rectification* o mediante un *jugement de changement d'état* (non essendo in questo Paese stata introdotta alcuna legge specifica in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, al pari della l. 164/1982).

Al riguardo, la giurisprudenza e la dottrina convergono, con un orientamento che ormai si può definire granitico, anche se non unanime, verso la prima opzione: già dalla prima metà del '900 svariate pronunce di merito avevano ritenuto che nel caso in cui un soggetto presenti un'ambiguità congenita degli organi sessuali, si possa procedere *de plano* con l'azione di rettificazione disciplinata dall'art. 99 del codice civile francese ⁽²⁹⁾, e tale orientamento si è mantenuto costante e in assoluto maggio-

decidere del sesso del neonato, non possa essere che il Tribunale il quale vi procederà valendosi, naturalmente, dell'assistenza di un consulente tecnico (...). Il rito sarà quello della rettificazione, perché si tratta di formare un atto di stato civile omesso, sia pure per difficoltà obiettive».

⁽²⁸⁾ Cfr. l'affermazione di Nerson, Rubellin-Devichi, *Rev. trim. dr. civ.* 1982, 841, secondo cui: «En droit, l'ermaphrodite n'existe pas»; va osservato tuttavia come la giurisprudenza abbia, in un caso recente, ordinato all'ufficiale di stato civile di modificare l'atto di nascita di un soggetto intersessuale maggiorenne: così TGI Tours, 20 Août 2015, in D. 2015, 2295, note de Vialla, *Substitution à l'état civil de la mention «sexe neutre» à celle «de sexe masculin»* e in D. 2016, 20, note de Libchaber, *Les incertitudes du sexe*, da cui si evince che la persona ricorrente, «dont les organes génitaux ne correspondent pas à la norme habituelle de l'anatomie masculine ou féminine», non si riconosceva né nel sesso maschile, né in quello femminile, e chiedeva quindi la rettificazione dell'atto di nascita nella parte relativa al sesso, domandando la sostituzione da «sexe masculin» a «sexe neutre» o, in subordine, «intersex»; il Tribunale ha statuito come l'art. 55 della *Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation* debba essere interpretato nel senso in cui la determinazione, entro i due anni dalla nascita, tra sesso maschile o femminile, non debba necessariamente essere effettuata nei casi in cui «le sexe de l'intéressé ne pourrait jamais être déterminé»; tale soluzione, secondo la il Tribunale, è conforme al diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8 CEDU, e non è contraria all'ordine pubblico.

⁽²⁹⁾ Cfr. T. Corbeil, 15 juillet 1914, *RTD civ.*, 1915, 493, obs. Wahl; T. Chateau-Thierry, 26 janvier 1940, *DH*, 1940, II, 123; T. Soissons, 25 juillet 1945, *GP*, 1945, II, 141, e i precedenti *ivi* citati in nota (*non vidi*: T. Quimper, 20 juillet 1931, *Gaz. Pal. T. Q.*, 1930-1935, *Actes de l'état civil*, n. 47; T. Nîmes, 18 juin 1928, *Gaz. Pal. T. Q.*, 1925-1930, *Actes de l'état civil*, n. 29 e *La loi*, 23 mai 1929; T. Ambert, 15 avril 1925, *Gaz. Pal. T. Q.*, 1920-1925, *Actes de l'état civil*, n. 8 e in *La loi*, 12 novembre 1924; T. Angers, 27 février 1846,

ritario grazie altresì ad una sua recente «consacrazione», avutasi con una importante pronuncia della Corte di appello di Versailles ⁽³⁰⁾. L'adozione di tale rito infatti si fonda sul principio in base al quale, anche secondo la giurisprudenza francese, si procede con l'*action en rectification* qualora vi sia stata erronea formazione *ab initio* dell'atto di nascita, mentre è necessario esperire una *action d'état* nel caso in cui l'atto di nascita sia stato compilato correttamente, e si intenda ottenere una sentenza costitutiva di mutamento del sesso (come avviene nel caso, appunto, di soggetto transessuale: tanto è vero che, in Francia, in questo caso si procede con un *jugement d'état innomé*, che la dottrina ha peraltro battezzato come una «*action en réclamation de sexe*») ⁽³¹⁾. Argomentazioni del tutto analoghe vengono spese in dottrina, ove è stato affermato che in caso di soggetto intersessuale, «*il ne s'agit pas à proprement parler de changement de sexe*

DP, 46.2.85); CA Paris, 18 janvier 1974, RTD civ., 1974, 801, obs. Nerson, in cui si pone la distinzione, invalsa all'epoca anche nella giurisprudenza italiana, tra intersessualismo e transessualismo, ammettendosi la rettificazione soltanto nel primo caso e negandola in vece nel secondo, non potendo trovare tutela la condizione di chi abbia modificato artificialmente la morfologia del proprio corpo per l'ingestione di farmaci ormonali o per un intervento chirurgico; al riguardo, si veda anche CA Paris, 8 décembre 1967: JCP G 1968, II, 15518 *bis* e RTD civ., 1968, 536, obs. Nerson, in cui la domanda di rettificazione è stata accolta, previo esperimento di una *expertise* attraverso cui sono state accertate le anomalie congenite dell'istante e di converso l'errore nella compilazione dell'atto di nascita; *contra*: CA Paris, 31 mai 1966, JCP G, 1966, II, 14723, ove è stato statuito che il procedimento di rettificazione è esperibile solo in caso di errore materiale di scrittura.

⁽³⁰⁾ CA Versailles, 22 juin 2000, JCP G 2001, II, 10595, note de P. Guez, *Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite* e RTD civ. 2001, 849, obs. J. Hauser; in questo caso il sesso meramente cromosomico maschile dell'interessato era coerente con quello dichiarato alla nascita, ma il soggetto presentava organi sessuali «particulièrement insuffisants» e un'identità di genere femminile, motivo per cui era stato sottoposto, su consiglio medico, ad un'operazione chirurgica di castrazione e femminilizzazione, a seguito della quale veniva proposta, dai genitori, in qualità di rappresentanti legali, domanda nel corso del giudizio qualificata come rettificazione degli atti di stato civile, che veniva tuttavia rigettata in primo grado dal Tribunale di Nanterre, secondo cui «l'opération castratrice à laquelle il a été recourue... ne peut permettre à l'enfant de devenir une femme à part entière, que rien ne permet d'affirmer que l'enfant devenu majeur et libre de ses choix, présentera une apparence physique et un comportement social à dominante féminine»; in secondo grado la domanda veniva invece accolta e la rettificazione del sesso e del nome disposta (da maschile a femminile, e da Enzo, Fernand, Egidio a Victoria, Anne, Maryse), avendo la Corte d'appello ritenuto che il sesso legale di cui ai registri di stato civile dovesse corrispondere al sesso anatomico raggiunto chirurgicamente e a quello sociale e psichico ad esso conforme (il soggetto infatti si comportava e si rapportava agli altri come una femmina), essendo irrilevante il sesso cromosomico.

⁽³¹⁾ Si parla, a tale riguardo, anche di «*action en réassignation*» o «*action en concordance de sexe*»: cfr., per l'analisi della giurisprudenza in materia: J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes, Aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, 1993, préf. F. Terré, n° 1826 ss.

mais bien de la détermination du sexe depuis la naissance» ⁽³²⁾, così che «*il s'agit de mettre l'état civil en accord avec la réalité par une simple rectification»* ⁽³³⁾.

5. – Una volta appurato che il procedimento da adottare è quello di rettificazione degli atti di stato civile di cui agli artt. 95 ss. D.P.R. 395/2000, il quali, salvo alcune deroghe espressamente sancite – tra le quali quella relativa alla competenza territoriale, dovendo essere proposto il ricorso *ex art.* 125 c.p.c. presso il tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio di stato civile presso il quale è registrato l'atto di nascita –, rinviano *tout court* alla disciplina del rito camerale *ex artt.* 737 ss. c.p.c. ⁽³⁴⁾, restano da considerare alcuni profili rilevanti: la natura del giudizio; la legittimazione attiva; la fase istruttoria; la natura della decisione; il momento a partire dal quale decorrono i suoi effetti.

⁽³²⁾ G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Les persone*, LGDJ, 1990, n° 260, secondo cui «la rectification administrative ou judiciaire des actes de l'état civil prouve par l'article 99 du Code civil suppose qu'une erreur ait été commise lors de la rédaction de l'acte (...). C'est encore le cas si le sex edu nouveau né n'était pas clairement déterminé au moment de la déclaration de naissance (...); si une analyse plus précise établit que le 'sexe probable' n'était pas le vrai, qu'un traitement médical ou chirurgical peut aider à révéler, il y aura lieu à rectification de l'acte de l'état civil qui énonçait une information fausse»; conformi: P. Guez, *Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite*, JCP G 2001, 1781, secondo cui «une ligne de partage intangible semble ainsi se dessiner entre les transsexuels et les pseudo-hermaphrodites. Pour les premiers – don't le sexe est physiquement bien identifié mais qui ont la conviction d'appartenir au sexe oppose – le changement de sexe ne peut resulter que d'une action d'état. Pour les seconds, en revanche, il ne serait que la consequence d'une action en rectification dès lors que le sexe morphologique est à l'origine atteint de malformation»; J. Hauser, *Incertitude ab initio sur le sexe: rectification d'état civil*, RDD Civ. 2001, 849, second cui «le critère du changement volontaire, impuissant à discriminer les changements de sexe autorisés de ceux qui ne le seraient pas, garde un intérêt pour distinguer les actions d'état consecutives à un changement et les actions en simple rectification d'état civil».

⁽³³⁾ J.-P. Branlard, *op. cit.*, n° 1787 ss. (spec. n° 1816, ove è citata anche, in nota 85 e 86, la dottrina minoritaria, secondo cui è necessario esperire un'azione di stato); C. Saint Alary-Houin, *La sexualité dans le droit civil contemporain*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, tome 33, 1985, 15, n° 19.

⁽³⁴⁾ Sul procedimento camerale, in generale: Redenti, *Diritto processuale civile*, vol. III, Milano 1954, 347; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, 425; Carratta, voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano 2010, 928; Arieta, voce *Procedimenti in camera di consiglio*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino 1996, 435; Fazzalari, voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 330; Micheli, voce *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, 981; Montesano, voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. giur.*, XV, Roma 1989, 9; Laudisa, voce *Camera di consiglio I) Procedimenti in camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, V, Roma 2002; sul procedimento di rettificazione degli atti di stato civile, *ex plurimis*: Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, cit., 667.

Sulla natura del giudizio di rettificazione non vi è stata, in linea generale, soprattutto nel vigore della precedente disciplina, concordia di vedute tra gli studiosi, essendosi ritenuto da alcune Voci che si trattasse di un procedimento in ogni caso strutturalmente contenzioso, e da altre di un giudizio di volontaria giurisdizione in cui «il giudice fa quanto avrebbe dovuto fare o, di regola, fa, un'autorità appartenente all'ordine amministrativo»⁽³⁵⁾: al riguardo, alla luce della normativa odierna, così come riformulata dal D.P.R. 396/2000, non si può negare che in alcuni casi – come in quello in cui l'ufficiale di stato civile rigetti la domanda di trascrizione nei registri di un atto amministrativo o giurisdizionale straniero perché ritenuto contrario all'ordine pubblico, *ex art.* 18 – il giudizio veda contrapposti i diritti o gli interessi di più parti, acquisendo quindi natura contenziosa; tale assunto, tuttavia, non è sempre valido, e non lo è mai nel caso in esame: allorquando il procedimento in parola sia volto all'accertamento della veridicità di un fatto materiale così come indicato nell'atto di nascita – in questo caso: il sesso «prevalente» di un individuo avente organi genitali ambigui⁽³⁶⁾ –, non vi può essere quel contrasto tra *litigatores* tipico del giudizio avversariale della giurisdizione civile, scaturente dalla lesione attuale, potenziale o perpetrata di una situazione sostanziale⁽³⁷⁾ e dalla conseguente contrapposizione dell'interesse dello Stato e

(35) Queste le parole di Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, cit., 764, secondo cui il processo di rettificazione va annoverato tra i giudizi «a contenuto oggettivo»; prima della riforma avutasi con il D.P.R. 396/2000 parte della dottrina riteneva che la domanda di rettificazione degli atti dello stato civile non avesse natura contenziosa: Azzariti, voce *Stato civile*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino 1971, 292 ss.; Fazzalari, voce *Giurisdizione volontaria*, cit., 377, spec. nota 255; in giurisprudenza: Cass. 26 luglio 1952, n. 2365, in *Giur. compl. cass. civ.* 1953, III, 128; di opinione contraria: Allorio, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1948, 513; Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, III, Napoli 1965, 1299; Montesano, *op. ult. cit.*, 9; in giurisprudenza: Cass. 28 gennaio 1961, n. 157, in *Foro it.* 1961, I, 202; Cass. 6 ottobre 1977, n. 4252, in *Foro it.* 1978, I, 1508; secondo Micheli, *Processo per la rettifica degli atti dello stato civile e cosa giudicata*, in *Giur. compl. cass. civ.* 1949, II, 301 ss., si davano due diverse ipotesi di rettificazione (una regolata dall'art. 451 c.c., e un'altra dall'ordinamento di stato civile), e soltanto la prima avrebbe avuto natura contenziosa.

(36) Si pensi al caso in cui l'Ufficiale di Stato civile rigetti l'istanza di trascrizione di un atto straniero in quanto ritenuto contrario all'ordine pubblico *ex art.* 18 D.P.R. 396/2000 (tra i molti esempi possibili, un atto di nascita derivante dalla c.d. pratica di «gestazione per altri», o un atto di matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso); si pensi anche al caso in cui venga negata in egual modo la trascrizione di una decisione di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio *ex art.* 21 Reg. 2201/03/CE o di una sentenza avente il medesimo oggetto *ex art.* 64 l. 218/95 (caso in cui, secondo una parte della dottrina, si dovrebbe applicare il procedimento *ex art.* 95 D.P.R. 396/2000: Cafari Panico, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in *Riv. dir. int. proc.* 2002, 5).

(37) Cfr. Fazzalari, *Giurisdizione volontaria*, cit., 354, secondo cui, a differenza della

quello del privato cittadino, ma semmai un unico interesse, comune e convergente, di natura, come si vedrà meglio nel prosieguo, sia pubblica che privata, alla corrispondenza tra quanto attestato nello stato civile e la realtà dei fatti. Il giudizio camerale cui l'art. 95 D.P.R. 396/2000 rinvia, in altri termini, ha natura polimorfa e variabile, ma, in questo caso, sempre di volontaria giurisdizione «pura»: così che ad esso saranno applicabili tutti i principi invalsi su di essa ⁽³⁸⁾.

6. – Per quel che concerne la legittimazione attiva, questa competerà al soggetto intersexuale, eventualmente rappresentato, se minore di età, dai suoi genitori, in qualità di rappresentanti legali *ex art.* 70 c.p.c.: si tratta di un'ipotesi, quest'ultima, piuttosto frequente nella prassi, atteso che, come è dato riscontrare nelle pronunce edite in materia, la maggior parte dei procedimenti vengono instaurati nel corso della prima infanzia o, al più tardi, dell'età puberale del soggetto intersexuale, ovvero sia non appena si è definita con nitidezza e certezza la sua identità di genere ⁽³⁹⁾.

Qualora, tuttavia, vi sia un conflitto di interessi tra il minore intersexuale ed i suoi genitori – ad esempio, nel caso di inerzia o di renitenza di questi ultimi ad avviare il procedimento di rettificazione –, potrà essere proposta istanza per la nomina di un curatore speciale, *ex art.* 78 c.p.c., affinché anche in questa fattispecie, attraverso un soggetto terzo, trovi

giurisdizione volontaria, in quella civile l'attività giurisdizionale (sia di condanna, che di accertamento, che costitutiva: v. nota 116, seppur con sfumature diverse) «ha per presupposto l'illecito, più precisamente la violazione (perpetrata o attualmente minacciata) di un dovere sostanziale (cioè già imposto dalla legge sostanziale)»; v. anche Micheli, *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 551, secondo cui la giurisdizione volontaria si applica ad ipotesi di tutela «che prescindono dall'esistenza di parti contrapposte»; in senso critico: Denti, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, I, Milano 1989, 190.

⁽³⁸⁾ Il giudizio *ex art.* 95 D.P.R. 396/2000 avrà natura di volontaria giurisdizione anche allorquando un soggetto interessato intenda promuovere la «ricostruzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso»: come osservato da Fazzalari, *op. ult. cit.*, 377, in questi casi vi è il difetto di tutti i presupposti «in qualche modo ragguagliabili a quelli giurisdizionali», non sussistendo, «prima della sentenza di rettificazione, l'obbligo di ricevere l'atto omesso o rinnovare l'atto distrutto o correggere l'errore, giacché tale obbligo nasce appunto dalla sentenza di rettificazione».

⁽³⁹⁾ È questo il caso, ad esempio, di: Trib. Bologna 25 novembre 2009, in *Fam. pers. succ.* 2011, 11, 796, con nota di Costanzo, *L'erronea attribuzione di sesso al neonato giustifica la rettificazione dell'atto di nascita*; meno recentemente: Trib. Bari 29 gennaio 1962, in *Foro it.* 1962, 1036; App. Bari 22 marzo 1962, in *Foro it.* 1962, I, 1033 e *Riv. dir. proc.* 1962, 492; Trib. Foggia, 25 maggio 1965, in *Daunia giudiz.* 1965, 149; Trib. Roma 13 febbraio 1975, in *Dir. fam.* 1975, 188; Trib. Taranto 28 gennaio 1974, in *Dir. fam.* 1974, 459; Trib. Macerata 12 novembre 1984, *cit.*, 196.

piena realizzazione il *best interest of the child*, quale obiettivo ultimo in tutti i procedimenti che riguardano il soggetto minorenni (40). E d'altra parte, specularmente, sul versante sostanziale, già in passato si è assistito alla nomina, da parte del giudice minorile, di un curatore speciale, ex art. 333 c.c., in un caso in cui i genitori di uno pseudoermafrodita femminile erano rimasti renitenti a porre in atto gli «interventi necessari al benessere psicofisico del figlio» (41).

Del pari, in casi simili, potrà essere fatta istanza, anche informale, al pubblico ministero, affinché agisca per la promozione del procedimento di rettificazione: l'art. 95, comma 2°, D.P.R. 396/2000, infatti, lo legittima a instaurare detto giudizio (e anche in questo caso, la prassi ha dimostrato un uso piuttosto frequente di questa facoltà) (42); la *ratio* della norma

(40) Cfr.: Ruo, *Il curatore del minore, compiti – procedure – responsabilità*, Santarcangelo di Romagna 2014, 25, la quale, sulla scorta del principio del *best interest of the child* quale criterio preminente e determinante di giudizio ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di New York e dell'art. 24 della CEDU e della giurisprudenza della Corte costituzionale (che ha definito l'interesse generale del minore come clausola generale dell'ordinamento: cfr. Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7), osserva come «si è assistito solo negli ultimi anni a un'espansione dell'istituto del curatore speciale del minore anche in fattispecie diverse da quelle previste espressamente dalla normativa e da quelle patrimoniali»; lo stesso problema si è posto in passato per quel che concerne soggetti minori con disforia di genere (cfr., al riguardo: Trib. Roma 11 marzo 2011, in *Fam. min.* 2011, 499, con nota di Ruo, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*).

(41) Con la conseguenza per cui i genitori venivano altresì sospesi dalla responsabilità genitoriale: così Trib. Potenza 29 luglio 1993, in *Dir. fam.* 1993, 1199, ove la richiesta di nomina del curatore era stata effettuata, anche in questo caso, dal Pubblico ministero del tribunale per i Minorenni; il Tribunale ha disposto la nomina del curatore ex art. 333 c.c. (non già ex art. 321 c.c., non essendo tutti gli atti richiesti dal P.m. configurabili come «atti giuridici»: richiesta di pareri specialistici, sottoposizione del minore a visite ed analisi...).

(42) In giurisprudenza, è stato promosso il giudizio dal Pubblico Ministero per la rettificazione dell'atto di nascita del soggetto intersessuale nei seguenti casi: Trib. Bologna 25 novembre 2009, cit., 796; App. Lecce 13 febbraio 1941, in *Foro it. Rep.* 1942, voce *Stato civile*, n. 2, secondo cui «il tribunale può procedere, su richiesta della regia procura, alla rettifica dell'atto di nascita, per erronea indicazione del sesso, quando l'errore risulti dalle indagini d'ufficio»; nella giurisprudenza francese, *ex multis*: T. Château-Thierry, 26 janvier 1940, D.H. 1940-J-123; T. Angers, 27 février 1846, D.P. 1848-2-85, da cui si evince che la giovane Serpin, domestica cui vennero negate le pubblicazioni di matrimonio in forza dell'atto di nascita che le attribuiva il sesso maschile e il prenome di Louis Francois, avendo necessità di fare rettificare questo errore e non avendo la possibilità di ricorrere ad un avvocato (anche il padre giornalista e la madre erano egualmente indigenti), fece istanza al Pubblico ministero, affinché agisse *motu proprio*. Anche in Italia, d'altra parte, il Pubblico ministero in passato promuoveva l'azione di rettificazione anche «nell'interesse delle persone povere che gliene fanno richiesta direttamente» (così disponeva l'art. 167 r.d. 1238/1938, oggi abrogato e sostituito dalla l. 134/2001 in materia di gratuito patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti); il Pubblico ministero può agire per rettificazione o la correzione dell'indicazione del sesso e del prenome nell'atto di nascita anche per motivi di ordine pubblico (cfr., per un esempio al riguardo, nota 66).

giace nel principio secondo cui vi è un interesse dello Stato alla chiara e corretta enunciazione dei registri dello Stato civile, di cui il Pubblico ministero si pone, quindi, come «guardiano». Proprio per queste ragioni, il Pubblico Ministero dovrebbe avviare il procedimento in piena autonomia tutte le volte in cui abbia avuto, anche attraverso la segnalazione di terzi – si pensi ai medici pediatri, agli insegnanti, o ai parenti –, notizia del manifesto disallineamento tra identità di genere e sesso legale di un soggetto minorente intersessuale, attesa la necessità di tutelare il suo interesse preminente ad essere identificato nella società con un prenome armonizzato con la sua identità, interesse tutelato dall'art. 2 della Costituzione ⁽⁴³⁾.

Si può affermare, quindi, che gli interessi salvaguardati dal Pubblico Ministero nella procedura sono molteplici e di diversa natura, ma che senza dubbio, su di essi, debba prevalere quello del soggetto intersessuale, in particolare laddove minorente: è questa d'altra parte la ragione per cui, più in generale, anche nei casi in cui non abbia azionato il giudizio in qualità di ricorrente, il Pubblico ministero deve comunque, in ogni caso, essere sentito dal Tribunale, ai sensi dell'art. 96 D.P.R. 396/2000, così che il mancato deposito delle sue conclusioni motivate sarà motivo di nullità del decreto ⁽⁴⁴⁾.

7. – I profili più delicati del procedimento in esame, invero, sono quelli che attengono alla fase istruttoria: al riguardo, va innanzitutto precisato che l'art. 451 c.c., rubricato «forza probatoria degli atti», precisa come «gli atti dello stato civile fanno prova, fino a querela di falso, di ciò che l'ufficiale pubblico attesta essere avvenuto alla sua presenza o da lui compiuto» e che, tuttavia, «le dichiarazioni dei comparenti fanno prova fino a prova contraria»: atteso che l'ordinamento di stato civile, ex art. 30 D.P.R. 396/2000, dispone che la dichiarazione di nascita debba necessariamente essere «resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che hanno assistito al parto», ne consegue che l'identità di genere dell'interessato potrà essere accertata non necessariamente mediante querela di falso, ma con ogni

⁽⁴³⁾ Circa il diritto all'identità sessuale, il quale si estrinseca anche attraverso la corretta enunciazione degli atti di stato civile per la persona transessuale (e, *a fortiori*, intersessuale), cfr., *ex pluribus*: Corte cost. 6 maggio 1985, n. 161, cit., 1294; in dottrina: Pezzini, *op. cit.*, 468.

⁽⁴⁴⁾ È questo un caso in cui il Pubblico ministero fornisce un «parere» sul *thema decidendum*, non vincolante per il giudice ma comunque necessario; si tratta della c.d. «audizione» del Pubblico ministero, che ne sostituisce l'intervento nei processi ordinari ex art. 71 c.p.c. (cfr. Micheli, *op. cit.*, 987).

mezzo istruttorio, sia pur nei limiti – come noto piuttosto elastici, oltre che privi di barriere preclusive – di cui all'art. 738, comma 3°, c.p.c. (45).

L'onere della prova ricadrà, così come avviene in forza del principio generale di cui all'art. 2697 c.c., applicabile anche ai procedimenti camerale (46), sulla parte ricorrente, che sarà tenuta a dimostrare innanzitutto la propria condizione di persona intersessuale, anche attraverso la produzione in giudizio di prove atipiche, come ad esempio le perizie stragiudiziali o le c.d. «prove scientifiche» (47); va detto infatti che se lo stato intersessuale non costituisse oggetto di prova, sarebbe del tutto agevole per qualsiasi individuo – e in particolare per colui che abbia la disforia di genere –, eludere la più rigida procedura di cui alla l. 164/1982 e all'art. 31 del d.lgs. 150/2011.

In secondo luogo, sarà necessario dimostrare l'erroneità di quanto dichiarato nell'atto di nascita conservato nel registro di stato civile: sarà onere della parte ricorrente, in altri termini, dimostrare che il «sesso prevalente», inteso non già come sesso cromosomico-genetico, gonadico, fenotipico (attesa la loro insopprimibile ambiguità), ma come sesso psicosociale (*melius*: identità di genere), è diverso da quello legale, enunciato nell'atto di nascita.

Sia lo stato intersessuale che il sesso d'elezione potranno essere agevolmente provati, come si è visto, mediante una perizia di parte, ma il

(45) Sull'istruttoria nel procedimento camerale: Capponi, *Le «informazioni» del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 911; Tiscini, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, in *iudicium.it* 2010, 12, la quale ricorda come in un contesto sommario l'istruttoria può essere elevata al massimo livello di semplificazione, con sacrificio delle forme solenni, a favore del raggiungimento celere del risultato di giustizia, sicché anche le prove tipiche possono essere svincolate dal modello formale di assunzione previsto dalla legge, salvo in ogni caso il rispetto dei principi di azione e difesa.

(46) Sulla speciale declinazione che il principio dell'onere della prova assume in seno al procedimento di volontaria giurisdizione, cfr., *funditus*: Comoglio, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.* 1997, 739, secondo cui la ricerca «ufficiale» della verità preclude un'applicazione meccanicistica della norma sull'onere della prova; così anche: Redenti, *op. cit.*, III, 350; Micheli, voce *Camera di consiglio (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Milano 1959, vol. V, 985; *contra*: Ricci, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 434.

(47) Si pensi, tra i molti esempi possibili, nei casi di intersessualismo di natura cromosomica, al referto ospedaliero con i risultati degli esami ematochimici; più in generale, ritengono ammissibili le prove atipiche nel procedimento camerale, laddove utilizzato per la volontaria giurisdizione: Ricci, *op. ult. cit.*, 431; Comoglio, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1976, 1150; Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 389; in senso critico: Cavallone, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.* 1978, 679; Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 693.

tribunale potrà, se ritenuto necessario ai sensi dell'art. 61 c.p.c., disporre una consulenza tecnica d'ufficio ⁽⁴⁸⁾; ciò potrà apparire opportuno soprattutto laddove il beneficiario del decreto di rettificazione sia un soggetto minorenni, a maggior ragione se infradodicesimo ⁽⁴⁹⁾. In quest'ultimo caso, peraltro, la prova dell'identità di genere del destinatario degli effetti del provvedimento richiesto potrà essere desunta altresì da alcune produzioni documentali: si pensi agli scritti o ai disegni del bambino, o alle registrazioni audiovisive che lo ritraggono, nelle quali emerga la sua persistente e chiara identificazione con il genere opposto a quello assegnato alla nascita e registrato allo stato civile; si potrà altresì fare ricorso, naturalmente, anche alla testimonianza di terzi, come quella resa dagli insegnanti o dai parenti, che possono offrire una chiara descrizione sull'identificazione del sé del bambino, testimonianza che peraltro potrà essere assunta anche senza previa formulazione di specifici capitoli (e senza, in generale, la pedissequa osservanza dei canoni di cui agli artt. 244 ss. c.p.c.), attesa la semplificazione delle forme istruttorie da cui è caratterizzato il procedimento camerale ⁽⁵⁰⁾.

Naturalmente, trattandosi di un soggetto minorenni, dovrà essere data piena attuazione all'art. 315 *bis*, ribadito poi dall'art. 336 *bis* c.c., in base al quale «il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, è ascoltato dal Presidente del tribunale

⁽⁴⁸⁾ Cfr. App. Firenze 3 marzo 1995, in *Foro it.* 1995, I, 1323, secondo cui nel procedimento camerale è possibile «deferire al consulente tecnico d'ufficio indagini vaste e informali, intese alla ricerca di tutti i possibili elementi di giudizio; pertanto, lo stesso può acquisire in piena libertà fatti e notizie».

⁽⁴⁹⁾ Ai fini dell'accoglimento della domanda di rettificazione, non sarà quindi necessario oggi quanto richiesto dal Procuratore generale della Repubblica francese nelle conclusioni precisate, così come emerge da Cass. civ. 6 avril 1903, in D.P. 1904. I. 395, ovvero sia che una lavandaia faccia uno sforzo violento per infrangere una barriera, sì che soltanto in tal modo può essere rivelato il suo sesso maschile e possa quindi essere soddisfatta la sua aspirazione a diventare un maniscalco.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., in questo senso: Cass. 9 giugno 2005, n. 12173, in *Dir. e giust.* 2005, 34, 47, secondo cui nel procedimento camerale, nel quale è rimessa alla discrezionalità del giudice l'assunzione di sommarie informazioni, è esclusa l'applicabilità delle norme processuali sulla prova testimoniale dettate per il giudizio ordinario di cognizione, sì che è inammissibile «la censura genericamente accampata dal ricorrente con riferimento alla presunta violazione delle norme sul modo di deduzione della prova testimoniale (art. 244 c.p.c.), sulla prestazione del giuramento (art. 251 c.p.c.) e sulle modalità di interrogazione del testimone (art. 253 e 231 c.p.c.)»; in dottrina, di eguale avviso: Redenti, *op. cit.*, 356; Tiscini, *L'accertamento del fatto*, cit., 15, la quale ritiene altresì possibile una consulenza tecnica d'ufficio senza la formulazione solenne prevista nel codice; il carattere semplificato dell'istruttoria è confermato anche dal dettato dell'art. 95, comma 1°, D.P.R. 396/2000, secondo cui «il tribunale può, senza particolari formalità, assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l'audizione dell'ufficiale di stato civile».

o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano»⁽⁵¹⁾: proprio tale ascolto, disposto anche d'ufficio dal giudice, potrà, infatti, offrire elementi utili ai fini della delicata individuazione del nuovo prenome, con cui dovrà essere sostituito quello dell'interessato, sempre in forza di un ordine del tribunale diretto all'ufficiale di stato civile del comune ove è conservato l'atto di nascita (prenome che non necessariamente, come giustamente si evince dalla giurisprudenza in materia, dovrà corrispondere grammaticalmente con quello originario, ovverosia meramente convertito dal maschile al femminile o viceversa)⁽⁵²⁾. In ogni caso, la formulazione delle richieste istruttorie non sarà soggetta a rigide barriere preclusive, e vi potrà essere una deroga al principio dispositivo della prova, ammesso in generale nei procedimenti di volontaria giurisdizione, e qui più che mai indispensabile, essendo in gioco l'interesse al benessere psicofisico di un soggetto minore, sì che il giudice potrà disporre di maggiori facoltà di iniziativa officiosa rispetto alle regole invalse nel giudizio ordinario *ex art. 115 c.p.c.* ⁽⁵³⁾.

8. – Conviene ora interrogarsi sul contenuto del decreto di rettificazione ⁽⁵⁴⁾: al riguardo, va preliminarmente rilevato che in esso vi è, in-

⁽⁵¹⁾ Sul tema dell'ascolto del minore, si segnala, *funditus*: Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, Milano 2015, 482 ss., il quale ricorda il consolidato orientamento di legittimità secondo cui l'omessa audizione del minore è causa di nullità processuale deducibile *ex art. 161 c.p.c.* (cfr., tra le altre: Cass. 27 gennaio 2012, n. 1251).

⁽⁵²⁾ Si deve ritenere che la domanda di attribuzione di un nuovo prenome possa essere formulata in ogni momento del processo, attesa l'assenza di barriere preclusive nel procedimento camerale: cfr. Carratta, *Processo camerale*, cit., 938, che esclude l'immodificabilità della domanda proposta *ex art. 183 c.p.c.*; in giurisprudenza, si veda: Cass. 24 aprile 2008, n. 10650, in *Fam. e dir.* 2008, 772, con nota di Tommaseo, *Appello in cause di divorzio, rito camerale e deduzioni probatorie*; Cass. 25 ottobre 2000, n. 14022, in *Fam. e dir.* 2001, 393, con nota di Carratta, *Modifica delle condizioni del divorzio e interpretazione «costituzionalmente plausibile» dell'art. 9 legge divorzio*.

⁽⁵³⁾ In questo senso, in generale: cfr. Cass. 8 marzo 1999, n. 1947, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 518; Cass. 25 maggio 1982, n. 3180, in *Giust. civ.* 1982, I, 2663; cfr. anche: Cass. 16 giugno 2000, n. 8227, in *Fam. e dir.* 2001, 414, con nota di Falciano, *Reclamo di stato di figlio naturale e poteri ufficiosi nel giudizio di inammissibilità*; in dottrina: Comoglio, *Difesa e contraddittorio*, cit., 738; Cipriani, *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in *Riv. dir. proc.* 1974, 197, che parla di «istruttoria largamente inquisitoria»; Redenti, *op. cit.*, 350; Arieta, *Procedimenti*, cit., 457; Micheli, *Camera di consiglio*, cit., 984, secondo cui non trova applicazione il principio del giudicare *justa alligata et probata*; Ricci, *Atipicità della prova*, cit., 433.

⁽⁵⁴⁾ Secondo Montesano, *Giurisdizione volontaria*, cit., 9, in questo procedimento «si accerta costitutivamente» o «si nega (...) il potere – del pubblico ministero o del privato interessato – di obbligare l'ufficiale di stato civile' a 'rettificare un atto esistente nei registri'».

nanzitutto, l'accertamento di un fatto materiale (il sesso «prevalente» del ricorrente), «riflesso» per ciò che esso è ed è sempre stato; in secondo luogo, e consequenzialmente, il provvedimento contiene l'ordine all'ufficiale di stato civile di modificare l'atto di nascita erroneo, conservato presso il registro di stato civile ⁽⁵⁵⁾. Alcuni autori francesi, al riguardo, hanno ascritto tale provvedimento alla categoria delle decisioni di «mero accertamento» ⁽⁵⁶⁾: va soggiunto tuttavia che, seppur si tratti di un inquadramento suggestivo e forse ad una prima impressione utile a scopo descrittivo, in quanto idoneo ad evidenziare le differenze tra la rettificazione dell'atto di nascita della persona transessuale (la quale «muta» il proprio sesso con sentenza costitutiva) e la rettificazione di quello della persona intersessuale (la quale invece richiede un accertamento del proprio sesso), esso, in un'ottica di rigore, non risulta condivisibile, e non può in ogni caso essere riprodotto *de plano* in Italia; e infatti, alla luce della eterogeneità di effetti che i provvedimenti di volontaria giurisdizione sono idonei a produrre (l'Andrioli in proposito parlava di «lussureggiante varietà»), non pare possibile applicare ad essi, in generale, la tripartizione dogmatica invalsa per i provvedimenti resi all'esito dei procedimenti di cognizione (di accertamento, di condanna, costitutivi) ⁽⁵⁷⁾; essi possono essere semmai classificati in «classi» di provvedimenti che producono effetti simili, e si può quindi affermare che il decreto di rettificazione degli atti di stato civile è tra quelli che attengono alle c.d. «registrazioni», effettuate da un organo amministrativo, sotto la supervisione di un organo giudiziario ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Branlard, *op. cit.*, 570, secondo cui «une fracutre s'opère dans l'état; c'est la conséquence de la reconnaissance en deux temps des deux sexes au transsexuel. La rectification qui vaut pour l'avenir, ne rétroagit pas à la naissance»; la spiegazione di questa disciplina giace nel fatto che, in assenza di spiegazioni scientifiche certe, la legge italiana e la giurisprudenza francesi presuppongono ancor oggi che la disforia di genere sia una condizione personale che insorge nel tempo e che non sia, invece, innata nell'individuo (così che questa opinione dovrà essere riconsiderata in caso venga provata l'origine prenatale della disforia di genere).

⁽⁵⁶⁾ *Ex plurimis*: Hauser, *État civil et transsexualisme: nature juridique de la décision de changement*, RTD civ. 2008, 78.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Andrioli, *Commento*, cit., 463, secondo cui «non sarebbe teoricamente valido e praticamente opportuno prendere a mutò la classificazione delle sentenze, normalmente corrente (costitutive; dichiarative; condanna)» attesa la «varietà, davvero lussureggiante, di effetti, che le disposizioni speciali ricollegano ai provvedimenti camerali»; v. però Micheli, *op. cit.*, 991, secondo cui rispetto ai provvedimenti di volontaria giurisdizione «generalmente costituiscono un effetto giuridico nuovo, creando, modificando od estinguendo una situazione giuridica»; Redenti, *op. cit.*, 350, secondo cui gli effetti del decreto di v.g. hanno direttamente o indirettamente carattere costitutivo.

⁽⁵⁸⁾ Per questa categorizzazione e per gli ulteriori esempi, si rinvia: Fazzalari, *Giurisdizione volontaria*, cit., 375.

Il decreto camerale pronunciato all'esito del procedimento di rettificazione è inidoneo al giudicato sostanziale, e inizia a produrre i suoi effetti, secondo la disciplina comune, dal momento in cui non è più impugnabile, salvo che il giudice ne disponga l'immediata efficacia, «se vi sono ragioni di urgenza», *ex art. 741 c.p.c.* ⁽⁵⁹⁾: esso dovrebbe avere – sempre secondo la dottrina francese ora citata e anche secondo la maggior parte della giurisprudenza italiana – efficacia retroattiva, decorrente dal momento della nascita del soggetto intersessuale ⁽⁶⁰⁾. Tale soluzione, tuttavia, oltre che fondata su una premessa teorica che come si è visto risulta piuttosto discutibile (quello in base al quale la natura del decreto di rettificazione sarebbe di mero accertamento), non ci pare condivisibile per due ulteriori ragioni: innanzitutto, perché, anche laddove si sostenesse che il decreto ha natura di accertamento, ciò non porterebbe ad una meccanica retrodatazione dei suoi effetti, come la dottrina processualistica ha messo in luce, scardinando l'assioma «accertamento-retroattività degli effetti» e «costituzione-non retroattività» ⁽⁶¹⁾. In secondo luogo, perché, da un punto di vista squisitamente pratico, se gli effetti retroagissero ad un momento così

⁽⁵⁹⁾ Sull'inidoneità al giudicato sostanziale della decisione di rettificazione degli atti di stato civile: Menchini, *Il giudicato civile*, Torino 2002, 18; pur tuttavia, va ricordato che nel vigore dell'art. 455 c.c., il giudizio di rettificazione si faceva «con sentenza del tribunale passata in giudicato», proprio al fine di «conseguire un provvedimento irretrattabile», impugnabile, una volta divenuto definitivo, soltanto con opposizione di terzo (così Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, cit., 766); al riguardo, sul punto, v. Finocchiaro, *Rettificazione. Dubbi sulla conclusione per decreto*, in *Guida dir.* 2001, 5, 116.

⁽⁶⁰⁾ Ritengono che il provvedimento di rettificazione del sesso e del prenome delle persone intersessuali abbia efficacia retroattiva dal momento della nascita: Patti, voce *Transsexualismo*, cit., 423; Patti Will, *op. cit.*, 36; Stanzione, *op. cit.*, 885; Vecchi, *op. cit.*, 4; in giurisprudenza, tra le altre: Trib. Pisa 20 gennaio 1984, in *Foro it.* 1984, II, 1982 e in *Giust. civ.* 1985, I, 2066; la regola è invalsa anche nel diritto musulmano, ove, come si è visto (cfr. nota 3) uomini e donne ereditano in quantità differenti: ad esempio, si ritiene che se il sesso dell'ermafrodita si «precisi» successivamente ad un momento in cui è già stato fatto il riparto di un'eredità, tale riparto dovrà essere annullato e si dovrà ripetere dall'inizio in maniera conforme al «nuovo» sesso prevalente (cfr. Millot et Blanc, *Introduction*, cit., 513, n° 699).

⁽⁶¹⁾ Una critica alla tesi tradizionale è già stata esposta da Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970, 171 e voce *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur.*, X, Roma 1988, 5, che ha messo in luce come le norme del codice di rito «non enunciano alcun principio generale di anticipazione degli effetti della sentenza di mero accertamento ad un momento anteriore al suo passaggio in giudicato, né stabiliscono una regola diversa per le sentenze costitutive», sicché sia l'effetto dichiarativo che quello costitutivo «non operano, in via di principio, prima e indipendentemente dal passaggio in giudicato formale della sentenza e manca ogni fondamento normativo per riportare l'effetto sostanziale, oggetto della pronuncia, ad un momento anteriore, mentre un effetto di questo tipo può scaturire unicamente dalla disciplina sostanziale della fattispecie accertata», *ex art. 324 c.p.c.*; del medesimo avviso: Ricci, *op. cit.*, 22; Pavanini, *op. cit.*, 123.

lontano nel tempo come quello della nascita dell'individuo, la certezza dei rapporti giuridici da esso instaurati con i terzi potrebbe esserne pregiudicata: il suo matrimonio sarebbe, se contratto, nullo *in radice*; il legato, eventualmente ricevuto per testamento in quanto figlio maschio o figlio femmina, andrebbe restituito ai fratelli o sorelle, se esistenti; il premio ricevuto in una competizione sportiva in quanto maschio, andrebbe restituito ⁽⁶²⁾; proprio per evitare questi potenziali cortocircuiti, numerose leggi di ordinamenti giuridici stranieri in materia di rettificazione del sesso prevedono, in linea generale, una decorrenza degli effetti a partire dalla trascrizione del provvedimento nello stato civile ⁽⁶³⁾: e questa sembra dover essere la strada da seguire anche nel nostro caso, in presenza di soggetto intersessuale. Di conseguenza, si deve far decorrere l'efficacia del decreto dal momento dell'annotazione del dispositivo nell'atto di nascita, potendosi applicare, in via analogica, il regime di pubblicità delle sentenze invalso nei casi separazione e cessazione degli effetti civili del matrimonio, i cui effetti decorrono, nei confronti della collettività, dal momento dell'annotazione (*rectius*: trascrizione) della sentenza a margine dell'atto di matrimonio e, per quel che riguarda il divorzio, di quello di nascita ⁽⁶⁴⁾.

9. – È forse ora possibile circoscrivere altresì il campo d'applicazione del procedimento, avente natura amministrativa, di cui all'art. 98 D.P.R. 396/2000, rubricato «correzioni», in base al quale «l'ufficiale dello stato civile, d'ufficio o su istanza di chiunque ne abbia interesse, corregge gli errori materiali di scrittura in cui egli sia incorso nella redazione degli atti» ⁽⁶⁵⁾: tale procedura sarà possibile, come risulta chiaramente in base

⁽⁶²⁾ Proprio per questo è stato espressamente previsto che la sentenza di rettificazione del sesso della persona transessuale non abbia effetto retroattivo, *ex art.* 4 art. l. 164/1982, e lo stesso peraltro è prescritto dalla legge spagnola (art. 5 LEY 3/2007), a norma della quale gli effetti si producono dall'iscrizione della sentenza nel registro di stato civile.

⁽⁶³⁾ Si vedano, tra le tante, la legge irlandese (Gender recognition bill, 2014, art. 17.1), quella argentina (Ley n. 26.743 de identidad de género, Mayo 9 de 2012, art. 7), quella belga (art. 62 *bis* code civil, § 4), quella maltese (Gender Expression and Sex Characteristics Act, 2015, art. 6), quella spagnola (LEY 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, art. 5).

⁽⁶⁴⁾ Così come disposto dagli artt. 69 lett. *d*), D.P.R. 396/2000 e gli artt. 5, comma 1°, e 10, comma 1°, l. div.; al riguardo, sul tema, si rinvia a Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 556 ss.

⁽⁶⁵⁾ Su cui si veda, tra gli altri: Mariconda, *Differenza tra la «correzione» per errore materiale di scrittura e la «rettificazione» secondo il nuovo Ordinamento dello stato civile*, in *Stato civ.* 2001, 505; Vercelli, «Correzione» degli atti di stato civile *ex artt.* 98 e *seg. del D.P.R.* 396/2000: *aspetti procedurali e rilievi critici*, in *Stato civ.* 2002, 646; Id., *La procedura di correzione degli atti di stato civile: le norme del d.p.r. 396/2000 e dell'art. 737 e ss. del*

al tenore letterale della norma, soltanto laddove si versi in ipotesi del tutto estranee rispetto a quelle di cui si è trattato sinora (transessualismo ed intersessualismo), ovverosia laddove vi sia stata una «svista» palese da parte di chi ha redatto o trascritto l'atto di nascita, in presenza di un sesso certo e determinato; si pensi al caso, emblematico, in cui sia stato trascritto un atto di nascita formato all'estero, in cui fosse indicato un prenome ambiguo, erroneamente tradotto o interpretato dall'ufficiale di stato civile; si pensi poi all'errore materiale potenzialmente cagionato dalla dichiarazione del denunciante di un nome neutro, come Celeste, Andrea, Elia, o di un nome straniero. Si tratta di fattispecie che, per quanto rare, possono verificarsi, come testimonia la casistica edita nella letteratura francese, e per le quali sarà quindi possibile ricorrere al più agevole strumento della correzione, senza un inutile aggravio per la giurisdizione ordinaria ⁽⁶⁶⁾.

10. – Nel presente saggio abbiamo tentato di dimostrare come, su un piano teorico, si debba ritenere applicabile il procedimento disciplinato dall'art. 95 D.P.R. 396/2000 alla domanda giudiziale della persona intersessuale volta ad ottenere una modificazione del prenome e del sesso indicati nel suo atto di nascita.

Pur tuttavia, non ci sembra inutile, in questa sede, auspicare un intervento del legislatore italiano volto a regolamentare l'intera *congerie* di interrogativi, per il vero piuttosto spinosi, che, ad oggi, la condizione intersessuale solleva in ambito giuridico: si pensi alla possibilità – già prevista, sia pur con sfumature piuttosto diverse, in alcuni ordinamenti

codice di procedura civile a confronto. Osservazioni., in *Stato civ.* 2005, 727; Arena, *Osservazioni riguardanti la «correzione» degli atti dello stato civile anche alla luce di un notevole apporto chiarificatore da parte della giurisprudenza*, in *Stato civ.* 2004, 485; Id., *Qualche chiarimento in materia di rettificazioni e di correzioni degli atti di stato civile*, in *Stato civ.* 2003, 5; Id., *Correzione da parte dell'ufficiale dello stato civile e rettificazione giudiziale: quando l'una e quando l'altra*, in *Stato civ.* 2007, 405; Coscia, *Le problematiche degli artt. 95 e 98 del D.P.R. 396/2000 oscillanti tra rettificazioni e correzioni degli atti di stato civile*, in *Stato civ.* 2006, 899.

⁽⁶⁶⁾ Queste ipotesi di errore «grossolano, evidente, manifesto», in cui vi è assenza di stato transessuale o intersessuale, sono ben enucleate, anche con riferimento a diversi casi giurisprudenziali, da J.-P. Branlard, *op. cit.*, n° 1793, 555, il quale peraltro ricorda anche il caso di «errore volontario», ai limiti della frode, come quello verificatosi tra il 1806 e il 1816 nel comune di Fontaine, dove era stato dichiarato il sesso di ventuno individui (femminile anziché maschile) con l'intenzione di sottrarre questi soggetti alla legge di reclutamento, sì che in questi casi fu il Procuratore della Repubblica a promuovere il giudizio di rettificazione (in Francia infatti non vi era né tutt'oggi vi è un procedimento amministrativo equiparabile al nostro art. 98 D.P.R. 396/2000), per motivi di ordine pubblico (cfr. *non vidi*: T. Poitiers, 9 mai 1843, S. 1846-2-462 e, per un altro esempio simile, Cass. 6 avril 1903, D. 1904.I-396).

giuridici stranieri ⁽⁶⁷⁾ – di indicare, in via provvisoria o finanche permanente, nell’atto di nascita, un «terzo sesso» o un sesso «indeterminato», in armonia con il sesso biologico del neonato intersessuale e, in alcuni casi, con l’identità di genere che esso svilupperà, talvolta non riconducibile – così come peraltro non lo è il «soma» – né a quella maschile né a quella femminile; si pensi poi agli interrogativi che una scelta legislativa simile solleva in ordinamenti giuridici, come quello italiano, caratterizzati da un evidente e ineludibile binarismo sessuale (che emerge in molti ambiti del diritto: tra i tanti, si pensi a quello previdenziale, a quello sportivo, a quello penitenziario). Vi è poi, tra gli altri, il delicatissimo problema della liceità – e delle conseguenze in ambito civile e penale – degli interventi chirurgici cosmetici eseguiti sui neonati intersessuali, volti a ricondurne, sin dai primi mesi di vita, l’aspetto anatomico al sesso maschile o a quello femminile, interventi le cui conseguenze irreparabili – si pensi ad una riconduzione chirurgica verso un sesso «sbagliato», poiché disallineato con l’identità di genere che il neonato svilupperà in età puberale – e il cui abuso ingiustificato, spesso dovuto al mero timore di una stigmatizzazione sociale, sono stati di recente duramente censurati dall’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa ⁽⁶⁸⁾. Vi è poi l’interrogativo relativo alla validità del matrimonio contratto da un soggetto intersessuale, già da molto tempo, per il vero, oggetto di vivace disputa tra i giuristi del diritto canonico ⁽⁶⁹⁾. Si tratta di profili problematici che qui, naturalmente, possono essere soltanto menzionati, e che pur tuttavia sono sempre più oggetto di attenzione, come si è visto, delle Corti, dei Parlamenti e della dottrina giuridica straniera ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁾ Tra cui quello tedesco, a seguito dell’approvazione, in data 7 maggio 2013, da parte del parlamento federale, della legge rubricata «Gesetz zur Änderung personensrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)»; quello francese, come si è visto al § 4, spec. nota 28, anche seguito della sentenza TGI Tours, 20 Août 2015, cit., 2295; quello australiano, a seguito della sentenza della High Court of Australia *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* [2014] HCA 11 (2 April 2014); per tutti i rimandi alla dottrina comparatista, cfr. nota 2.

⁽⁶⁸⁾ Cfr.: Resolution 1952 (2013), ove si legge che l’Assemblea Parlamentare «is particularly worried about a category of violation of the physical integrity of children, which supporters of the procedures tend to present as beneficial to the children themselves despite clear evidence to the contrary. This includes, among others... early childhood medical interventions in the case of intersex children»; v. anche, del pari: Recommendation 2023 (2013); entrambi gli atti sono pubblicati in *Fam. e dir.* 2014, 2, 171, con commento di Falletti, *Diritto dei bambini all’integrità fisica*.

⁽⁶⁹⁾ Si veda, per tutti: Di Tullio, voce *Ermafroditismo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino 1960, 659.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. nota 2.

Per quel che qui più rileva, in ogni caso, è doveroso auspicare, *de jure condendo*, una riforma in senso acceleratorio del procedimento di modifica dell'atto di nascita per la persona intersessuale, in particolare nel caso in cui l'interessato sia un soggetto maggiore di età. In questi casi la competenza a correggere l'atto potrebbe essere attribuita, noi riteniamo, direttamente all'Ufficiale di stato civile, al pari di quanto avviene oggi, come si è visto, nelle ipotesi di errore materiale dell'atto *ex art.* 98 D.P.R. 396/2000 (ove viene sempre fatto salvo il controllo *ex post* da parte del Pubblico ministero), o, su altro versante, nelle ipotesi di separazione e cessazione degli effetti civili del matrimonio, *ex art.* 12, l. 162/2014, con il quale il ruolo del Sindaco ha assunto importanza crescente al punto tale da scardinare il «dogma» del monopolio giurisdizionale rispetto alle sentenze costitutive sugli *status* giuridici ⁽⁷¹⁾; ciò potrebbe avvenire, dunque, anche in questo caso, mediante la presentazione di un'istanza *ad hoc*, necessariamente corredata dalla produzione di un'idonea e completa documentazione clinica, in modo tale che i costi, e i tempi, dell'attuale procedimento giurisdizionale vengano del tutto eliminati.

GIACOMO CARDACI

Dottorando di ricerca nell'Università di Milano-Bicocca

⁽⁷¹⁾ E infatti, gli effetti della separazione e del divorzio sono oggi ottenibili anche in assenza di sentenza costitutiva, previo accordo tra i coniugi presentato direttamente all'Ufficiale di Stato civile, il quale è peraltro tenuto ad assolvere alcuni controlli di rilievo, non solo formali (al riguardo, si v. Danovi, *op. cit.*, 897).