



Wisam Zreg

(dottorando di ricerca in Diritto, Persona e Mercato nell'Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza)

**La rettifica anagrafica del genere
in una pronuncia del Tribunale di Tunisi: il rispetto della vita privata,
tra comparazione giuridica, diritto internazionale e *fiqh* ***

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. I precedenti giurisprudenziali - 3. Un nuovo ruolo per i giudici tunisini? - 4. La tutela dei diritti e delle libertà: tra comparazione e *fiqh* - 5. Profili comparatistici. Il processo di rettifica del genere in una pronuncia della Corte d'appello di Beirut - 6. Considerazioni conclusive.

1 - Introduzione

L'analisi della condizione giuridica delle persone transgenere¹ nel mondo arabo e in relazione all'*islām* ha ricevuto meno attenzione rispetto al discorso sull'omosessualità, su cui, invece, esistono diverse ricerche².

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Il transgenderismo, secondo la letteratura psicologica-scientifica, è quella condizione umana per cui sussiste un'incongruenza tra identità di genere percepita e quella assegnata alla nascita. Tale condizione umana non implica necessariamente la compresenza del desiderio di modificare il proprio corpo al fine di adeguarlo all'identità di genere auto-percepita. Si veda **D. DETTORE**, *Trattato di psicologia e psicopatologia del comportamento sessuale*, Giunti Editore, Firenze, 2018, p. 155. Quando, tuttavia, dall'incongruenza tra il genere espresso/esperito e quello assegnato alla nascita possa derivare una sofferenza clinicamente rilevante, allora si potrà parlare di *disforia di genere*, per cui solo la riattribuzione medica del sesso, tramite terapia con ormoni *cross-sex* o tramite intervento chirurgico, potrà far cessare tale condizione di disagio. Per ulteriori approfondimenti si veda sempre **D. DETTORE**, *Trattato*, cit., pp. 185-186.

² Si vedano, tra i tanti, **S. TOLINO**, *Identità omosessuale in tribunale nell'Egitto e nel Libano contemporanei*, in *Genesis*, vol. XI, I-II, 2012; **S. TOLINO**, *Omosessualità e atti omosessuali fra diritto islamico e diritto positivo: il caso egiziano con alcuni cenni all'esperienza libanese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013; **C. ADANG**, *Ibn Ḥazm on Homosexuality. A Case-Study of Zāhiri Legal Methodology*, in *Al-Qanṭara*, vol. XXIV, I, 2003, pp. 5-31; **S. OMAR**, *From Semantics to Normative Law: Perceptions of Liwāṭ (Sodomy) and Siḥāq (Tribadism) in Islamic Jurisprudence, (8th-15th Century CE)*, in *Islamic Law and Society*, vol. XIX, III, 2012, pp. 222-256; **S.S.A. KUGLE, S. HUNT**, *Masculinity, Homosexuality and the Defence of Islam: A Case Study of Yusuf al-Qaradawi's Media Fatwa*, in *Religion and Gender*, vol. II, II, 2012, pp. 254-279; **J. JAHANGI, H. ABDULLATIF**, *Same-sex unions in Islam*, in



Queste indagini hanno delineato l'esistenza, in epoca antecedente al contatto con i principi giuridici e gli insegnamenti etici di matrice occidentale, di un pluralismo di identità di genere³ e di un ambiente definito "homosexual-friendly"⁴. Come anticipato, mancano, però, studi sulla condizione giuridica delle persone transgenere, con riferimento precipuo alla categoria di coloro che si sono sottoposti/e alla riassegnazione chirurgica del sesso. In particolare, si sa poco dei meccanismi normativi e giurisprudenziali che governano la materia, essendo peraltro assente, nella maggior parte dei paesi arabi, di una legislazione specifica.

In questo quadro, il presente studio si propone, al fine di migliorare la comprensione dell'argomento, di analizzare un'importante sentenza tunisina che ha riconosciuto la rettifica anagrafica del genere di una persona transgenere FtM⁵, sottoposta a riassegnazione chirurgica del sesso in Germania.

La sentenza in questione⁶ risulta di particolare interesse per la peculiarità della questione affrontata, per la grande autonomia dimostrata dal Tribunale di Tunisi nei confronti dell'opinione pubblica, nonché per le scelte interpretative e metodologiche operate, caratterizzate dalla notevole propensione all'uso della comparazione giuridica. Scorrendo le argomentazioni della pronuncia, emerge come il Tribunale di Tunisi, stante il *silentio legis* sul tema, abbia interpretato il diritto domestico tramite il dialogo con idee e nozioni giuridiche di origine straniera e internazionale, elaborati prevalentemente dalla Corte EDU e dalla *Cour de Cassation* francese. Il Tribunale ha fondato la propria decisione sul confronto critico con il diritto straniero e, attraverso la comparazione giuridica, ha potuto beneficiare di argomentazioni inedite, esplorando

Theology & Sexuality, vol. XXIV, III, 2018, pp. 157-173; **A. PRADO**, *La homosexualidad en el islam*, in *El islam anterior*, Oozebap, Barcellona, 2007.

³ Significativi sono gli studi di **U. WIKAN**, *The Omani Xanith: A Third Gender Role? in Man*, vol. XIII, III, 1978, pp. 473-475; **S.S.A. KUGLE**, *Sexuality, Diversity, and Ethics in the Agenda of Progressive Muslims in Progressive Muslims. On Justice, Gender and Pluralism*, a cura di O. SAFI, Oneworld, Oxford, 2003; **S. HABIB**, *Islam and Homosexuality*, Praeger, Santa Barbara, 2010.

⁴ **S.S.A. KUGLE**, *Sexuality*, cit., p. 198.

⁵ La persona che intende modificare il proprio sesso anatomico e anagrafico deve seguire un determinato percorso: quando la persona transita dal genere maschile a quello femminile, si parla di MtF (*male to female*), mentre il percorso dal genere femminile a quello maschile viene definito FtM (*female to male*).

⁶ La pronuncia è consultabile, in lingua araba, al seguente link (<http://legal-agenda.com/uploads/1536236455-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%83%D9%85.pdf>).



nuovi punti di vista, certamente arricchenti per il bagaglio giuridico interno, in riferimento alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali⁷.

Altro profilo rilevante è la comparazione con il *fiqh*⁸, la scienza giuridica del diritto islamico. Uno dei dati sistemologici caratterizzanti le esperienze giuridiche in cui vi sia un'influenza del diritto islamico, anche negli Stati considerati più laici - come la Tunisia - è rappresentato dall'attenzione del giurista verso la dimensione religiosa nel dato normativo, soprattutto in relazione al diritto di famiglia, alle successioni, ai diritti sessuali e procreativi, tra le più refrattarie al cambiamento e alle modernizzazioni⁹.

Va sottolineato, in tale prospettiva, come il processo di modernizzazione del diritto di famiglia ha seguito - e continua a seguire - un percorso molto più graduale e lento rispetto ad altri settori del diritto, come le obbligazioni e il diritto commerciale, proprio per il suo maggiore radicamento nella coscienza sociale¹⁰.

In Tunisia, recentemente, siffatto percorso di origine endogena, non si è mai fermato¹¹ e ha avuto un'importantissima manifestazione nel rapporto COLIBE. In data 13 agosto 2017, infatti, il Presidente della

⁷ Trattasi del tipico esempio in cui un giudice, dovendo decidere su diritti fondamentali, è mosso a guardare oltre i propri confini nazionali. Sul punto, si veda **G. ZAGREBELSKY**, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, p. 403.

⁸ Per *fiqh* si intende la scienza del diritto religioso dell'*islām*. Nella definizione risalente al XV secolo di Ibn Khaldun, considerato uno dei fondatori della sociologia, il *fiqh* consiste "nell'estrarre dalle radici (*uṣūl*) e dalle fonti le norme (*aḥkām*) relative alla qualificazione sciaraitica delle azioni del musulmano tenuto all'adempimento dei suoi obblighi giuridico-religiosi. Il *fiqh* è dunque la conoscenza della ripartizione di ciò che è obbligatorio, proibito (*ḥarām*), consigliato, sconsigliato, libero (*mubāḥ*)" Sul diritto islamico e sul *fiqh* si ha una letteratura immensa, ma per un primo approccio alla materia si rimanda all'opera di **F. CASTRO**, *il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 9-10.

⁹ Per una ricostruzione attenta di queste problematiche, come opera generale e fondamentale, si veda **R. ALUFFI-BECK PECCOZ**, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Giuffrè, Milano, 1990.

¹⁰ Sul punto, si veda **M. H. BENKHEIRA**, *Il diritto civile alla conquista del mondo. Ovvero come spiegare le resistenze alla riforma del diritto di famiglia nei Paesi Musulmani*, in *Persone Famiglia Diritti, riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, a cura di R. ALUFFI-BECK PECCOZ, Giappichelli, Torino, 2006. Si deve precisare, infine, che l'impermeabilità del diritto di famiglia all'assimilazione e alla globalizzazione non riguarda specifiche aree giuridiche, tant'è vero che, ad esempio, alcuni Autori si sono chiesti se in Irlanda ci sarebbe mai stata l'introduzione del divorzio. In **O. KAHN-FREUND**, *On Uses and Misuse of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, vol. XXXVII, I, 1974, pp. 15-16.

¹¹ **V.M. DONINI, D. SCOLART**, *La shari'a e il mondo contemporaneo*, Carocci, Roma, 2015, p. 63.



Repubblica tunisina, Beji Caid Essebsi, aveva annunciato al Parlamento l'intenzione di rafforzare il rispetto dell'uguaglianza di genere e delle libertà individuali, costituendo una Commissione *ad hoc* (*Commission des libertés individuelles et de l'égalité* - COLIBE, in arabo *lağnat al- ħurriyāt al-fardīya wa-l-musāwā*). La Commissione aveva come obiettivo l'elaborazione e la formulazione di raccomandazioni volte a permettere l'evoluzione delle riforme giuridiche nell'ambito dell'uguaglianza di genere e delle libertà individuali, in armonia con la Costituzione tunisina del 2014 e con il diritto internazionale in tema di diritti umani¹². La Commissione, in data 8 giugno 2018, aveva trasmesso al Presidente della Repubblica il rapporto finale, basato su un "approccio partecipativo", in quanto ha visto il coinvolgimento dei rappresentanti della società civile, degli esperti di diritto islamico e dei membri del Parlamento.

Il rapporto COLIBE¹³, un vero e proprio *unicum* tra i paesi arabi, rappresenta uno strumento all'avanguardia¹⁴, volto a modificare i rapporti tra i generi e a rielaborare una visione moderna della famiglia e della società, in cui anche il diritto penale, nelle parti più liberticide e reazionarie, viene sottoposto a una revisione critica. Il rapporto, a ogni modo, non si pone formalmente in contrasto con la tradizione islamica, poiché, nella parte introduttiva, la Commissione tenta di trovare un'interpretazione dell'*islām* compatibile con i principi di libertà e di uguaglianza. Nel documento, inoltre, sono richiamate plurime fonti del diritto internazionale pattizio al fine di potenziare le proposte riformatrici: segnatamente, si fa riferimento alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, alla Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, nonché alla Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

Gli aspetti più significativi del rapporto COLIBE riguardano l'abolizione della pena di morte, la riformulazione in senso liberale di taluni reati e l'abolizione di altri, come il controverso delitto di "sodomia"¹⁵ e, infine, la proposta organica di riforma del diritto

¹² R. RUBIO-MARÍN, H. IRVING, *Women as Constitution-Makers: Case Studies from the New Democratic Era*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 71-72.

¹³ Il rapporto COLIBE può essere consultato in lingua araba al seguente *link* (http://www.akherkhabaronline.com/uploads/FCK_files/Rapport-COLIBE.pdf).

¹⁴ Si legge, infatti, a pagina 2 del rapporto che "il progetto di riforme per le libertà individuali e per l'uguaglianza rappresenta un precedente grandioso per la Tunisia. È un precedente nella nostra area geografica e culturale, che non ha equivalenti negli altri stati con cui condividiamo le stesse origini. Riprova di ciò [...] sono le reazioni a livello nazionale, regionale e anche a livello mondiale [...]"

¹⁵ La norma, oggetto di incessanti critiche da parte delle associazioni tunisine che si



successorio e di famiglia. La Commissione ha evidenziato l'ineluttabilità della parificazione dei diritti della donna e dell'uomo nel matrimonio, con conseguente eliminazione di ogni forma di discriminazione in tutte le sue fasi, proponendo, inoltre, l'equiparazione della filiazione legittima e naturale, nonché l'uguaglianza nell'eredità¹⁶: tale punto rappresenta una breccia all'intangibilità della sacralità del diritto successorio islamico¹⁷, caratterizzato da rilevanti differenziazioni di genere.

Si evidenzia che le proposte di riforma del diritto successorio, così come elaborate dal rapporto COLIBE, sono confluite in un disegno di legge, che avrebbe dovuto modificare il Codice dello statuto personale del 1956. Seppur formalmente presentato il 28 novembre 2018 dal Presidente Beji Caid Essebsi all'Assemblea dei rappresentanti del popolo - l'assemblea monocamerale tunisina - non è stato ancora approvato, anche alla luce dell'opposizione del partito islamista moderato di Ennahda¹⁸. Vi è, in tal senso, una grande incertezza sul destino della proposta riformatrice, in quanto sono emersi nuovi orientamenti e scenari politici. A ottobre 2019, infatti, a seguito del decesso di Beji Caid Essebsi, è stato eletto quale nuovo Presidente della Repubblica il giurista Qais Sa'ïd, esperto in diritto costituzionale e latore di una visione conservatrice della società¹⁹. Nel medesimo periodo, inoltre, si sono svolte le elezioni parlamentari, in cui il movimento di Ennahda ha ottenuto la maggioranza relativa dei seggi, con 52 su 217²⁰ totali.

battono per il rispetto delle libertà individuali, è disciplinata dall'art. 230 del Codice Penale del 1913.

¹⁶ Con riferimento ad alcune problematiche relative alla questione di genere in Tunisia, si veda **A. GRAMI**, *Gender Equality in Tunisia*, in *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. XXXV, III, 2008.

¹⁷ Va osservato che già nel XVI un giureconsulto marocchino Ibn Ardun emanò una *fatwā* estremamente rivoluzionaria, tuttora oggetto di vivaci dibattiti giuridici e dottrinali, che riconosceva alla vedova metà del patrimonio del coniuge defunto, a titolo di quota ereditaria. Sul tema, **A. DIALMY**, *Al-ma'rifa wa-lğins min al- hadātha ila at-tūrāth*, (traduzione: *La conoscenza e il sesso, tra modernità e tradizione*), Ittişālāt Sebū, Casablanca, 2010, p. 96.

¹⁸ Per approfondimenti sul partito di Ennahda e il suo ruolo nello scenario politico tunisino, si veda **R. YILDIRIM**, *transformation of the Ennahda Movement from Islamic Jama'ah to Political Party*, in *Insight Turkey*, vol. XIX, II, 2017, pp. 189-214.

¹⁹ A tal proposito, in un'intervista rilasciata alla stazione radio Shems Fm, Qais Sa'ïd ha affermato, in riferimento alle riforme del COLIBE, di essere contrario all'uguaglianza di genere nell'eredità, poiché il Corano, sul tema, sarebbe chiaro (l'intervista è rinvenibile sul link <https://www.youtube.com/watch?v=CXgEpt2hxBI>).

²⁰ Il dato è tratto dal sito ufficiale dell'Assemblea monocamerale tunisina (al link <http://www.anc.tn/site/main/AR/index.jsp>).



Come emerge da questo affresco a larghe pennellate, il rapporto COLIBE, sebbene non sia vincolante, potrebbe costituire un importante riferimento, sia sul piano normativo che giudiziario, per i futuri dibattiti sull'uguaglianza di genere e libertà individuali in Tunisia.

Delineata, quindi, la tensione tra istanze di cambiamento giuridico e la rilevanza della dimensione culturale e religiosa, si impone una brevissima premessa metodologica per non cadere in una sorta di 'orientalismo' accademico. Come hanno sostenuto alcuni Autori e Autrici, molta letteratura sulla questione dei diritti delle minoranze LGBTQI negli Stati arabi e/o a maggioranza musulmana è volta a corroborare la visione di un *islām*, che poi si riverbera nel diritto positivo, eminentemente anti-diversità e omotransfobico²¹. Se è pur vero che esistono norme, sovente di origine coloniale²², che considerano l'omosessualità o il transgenderismo²³ di competenza del codice penale, si deve, tuttavia, evidenziare come esista una letteratura giuridica, letteraria e storica atta a dimostrare, come già accennato, che la definizione di *islām* omotransfobico non sia pienamente corrispondente alla realtà²⁴.

Indubbiamente, nei paesi arabi esistono consistenti contraddizioni e contesti socio-giuridici paradossali²⁵, ma non si deve cadere nella fallacia

²¹ Per una ricostruzione del dibattito, si veda J. GUARDI, A. VANZAN, *Che genere di islam, omosessuali, queer e transessuali tra shari'a e nuove interpretazioni*, Ediesse, Roma, 2012, p. 13.

²² Si veda W. AL-FARCHICHI, N. SAGHIYEH, *Homosexual Relations in the Penal Codes: General Study Regarding the laws in the Arab Countries with a Report on Lebanon and Tunisia*, Helem, Beirut, 2009, pubblicazione sostenuta dalla Ford Foundation, pp. 10-11.

²³ Sul punto, la legge del Kuwait n. 36/2007, modificativa dell'art. 198 della legge numero 16 del 1960 Codice penale, punisce "chiunque imiti il sesso opposto con qualsiasi modo".

²⁴ L. EL HOUSSEI, *Islam e omosessualità: confronto o paradosso?* in *La Camera Blu, Rivista di Studi di Genere*, IX, 2013, pp. 149-157.

²⁵ Si deve infatti evidenziare come in Kuwait, pur essendo in vigore la normativa che criminalizza l'"imitazione" del sesso opposto, pare sia stata emessa una *fatwā* autorizzativa del cambiamento di sesso di una persona *transgender*, la prima del suo genere in uno Stato dell'area. Si veda, sul punto, l'articolo "فتوى كويتية تتيح تحويل الجنس" (traslitterazione: *fatwā kuwaitiyya tubīh tahwīl al-ġins*, traduzione: *una fatwā del Kuwait permette il cambiamento di sesso*) consultabile in lingua araba sul sito (<http://www.alraimedia.com/Home/Details?Id=8665d794-7a59-4fe4-9219-29c97d91aabd>). Appare, poi, degna di interesse la vicenda di Ahmad, sottopostosi a riassegnazione chirurgica del sesso, transitando verso il genere femminile, che nel 2003 aveva adito un tribunale kuwaitiano per chiedere la rettifica dei dati anagrafici dello stato civile. Il tribunale di primo grado aveva stabilito che la richiesta del ricorrente fosse legittima e che la richiesta di cambio del sesso non doveva ritenersi contraria alla *shari'a*. La Corte d'appello, invece, annullava la sentenza di primo grado stabilendo che il "vero sesso" del ricorrente non



concettuale di considerare le società arabo-islamiche come realtà monolitiche e unitarie, dovendosi, al contrario, ritenerle articolate e in continuo cambiamento²⁶. Tale premessa appare indispensabile per comprendere come il Tribunale di Tunisi sia giunto a garantire il diritto alla rettifica del genere negli atti di stato civile, facendo coesistere fonti esogene e il *fiqh*.

La decisione del Tribunale di Tunisi del 2018, che si inserisce in un contesto storico, politico e giuridico estremamente dinamico, ancorché in fase di plasmazione e destinato a evolvere ulteriormente nel tempo, fornisce utili spunti di riflessione in merito a diversi profili.

In primo luogo, ci permette di interrogarci sul complesso rapporto che esiste tra diritti fondamentali e il diritto di matrice islamica, usualmente ridotti a un insuperabile ossimoro. Il dibattito inoltre appare di grande attualità, dato che le persone LGBTQI, sia in Tunisia che in altri Stati arabi, intendono vedere riconosciuti sempre di più i propri diritti²⁷.

In secondo luogo, un ulteriore filone di approfondimento è rappresentato dal ruolo che ha assunto e sta assumendo il giudice tunisino, a seguito dell'emanazione della Costituzione post rivoluzionaria del 2014. In particolare, si dovrà verificare quanto il giudice tunisino, nel garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, alla luce altresì delle convenzioni internazionali, farà ricorso alla comparazione per recepire argomentazioni e nozioni giuridiche provenienti da altri sistemi e giurisdizioni.

2 - I precedenti giurisprudenziali

poteva essere modificato con un mero intervento chirurgico e che, pertanto, la richiesta del ricorrente doveva ritenersi una modalità surrettizia per avere relazioni di natura omosessuale. Anche la Corte di Cassazione confermava la sentenza della Corte d'appello. Per un'analisi della vicenda si veda **W. MAKRELOUF**, *al-ahkām al-qanūniya li-nizām taghyīr al-ġins* (traduzione: *le disposizioni giuridiche per il cambiamento di sesso*), tesi di dottorato, Dipartimento di diritto e scienze politiche, Università di Tlemcen, Algeria, 2016, rinvenibile al seguente *link* (dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/9014/1/Dmakrelouf.pdf), consultato in data 25 settembre 2019.

²⁶ Per un'introduzione al dibattito, si veda, **B. GHALIOUN**, *Islam e islamismi. La modernità tradita*, Editori Riuniti, Roma, 1998; **F. RAHMAN**, *La religione del Corano*, Il Saggiatore, Milano, 2003, pp. 281-310.

²⁷ Basti pensare che comunità LGBTQI di Stati arabi, come in Iraq, ove le condizioni esistenziali risultano essere estremamente critiche, stanno tentando di ottenere maggiore visibilità anche negli spazi pubblici. Si veda, ad esempio, l'articolo di **A. MACDONALD**, *The world is 'changing': Iraqi LGBT group takes campaign to streets*, in (<https://www.middleeasteye.net>).



Per comprendere la rilevanza della sentenza del Tribunale di Tunisi, appare utile procedere a un breve *excursus* giurisprudenziale volto a delineare il mutamento interpretativo del giudice tunisino, anche in base ai nuovi principi costituzionali. Come si avrà modo di vedere, la pronuncia del Tribunale di Tunisi, rispetto alla giurisprudenza pregressa, ha certamente ampliato il confronto comparatistico e, soprattutto, ha tratteggiato in maniera inedita il rapporto tra l'ordinamento tunisino e la normativa internazionale dei diritti umani.

La prima pronuncia tunisina sul tema risale al 1990, quando il Tribunale di prima istanza di Ben 'Arūs accoglieva la richiesta di cambio anagrafico del genere di Amīr. La ricorrente, di genere maschile assegnato alla nascita, durante la pubertà sviluppava tratti fisici distintivi del sesso femminile. In base alle consulenze mediche esperite, il Tribunale di Ben Arūs, facendo ricorso al *fiqh*, ne accoglieva la rettifica delle generalità dell'atto di nascita, disponendo, conseguentemente, il cambiamento del nome in Amīra²⁸.

La prospettiva giuridica formulata dalla sentenza del Tribunale di Ben 'Arūs è stata confermata diversi anni dopo in relazione al caso "Fatma". Anche in tale vicenda giudiziaria, il Tribunale di prima istanza di Tunisi autorizzava la persona ricorrente - nata con caratteristiche fisiche tipicamente femminili, ma a cui veniva diagnosticata una condizione di "pseudoermafroditismo maschile" - a rettificare il genere negli atti dello stato civile e a modificare il nome in Muḥammad 'Alī²⁹.

Si tratta dunque di due pronunce in cui i giudici si sono confrontati con la tematica del cambiamento di genere di persone intersessuali³⁰, per

²⁸ Per un'analisi critica della vicenda, si veda **H. NOUISSER**, *Changer de sexe en Tunisie ou quand le droit confisque les identités*, pubblicato dalla Association Tunisienne de Défense des Libertés Individuelles, consultabile al seguente link (https://tn.boell.org/sites/default/files/fr_changer_de_sexe_version_en_fr_1.pdf).

²⁹ Per una breve analisi della sentenza (jugement du Tribunal de première instance de Tunis, 24 juin 2013, n° 88908), si veda il *Bulletin d'information*, n. 68, dicembre 2013, della Association Tunisienne de Droit de la Santé, consultabile sul sito (<http://www.atds.org.tn/b68.html>).

³⁰ Il termine intersessualità, a parere di alcuni Autori italiani, è fuorviante, in quanto si dovrebbe preferire il termine inglese *intersex*. La problematica è affrontata in **G. VIGGIANI**, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, I, 2019, p. 439. Dalla prospettiva medica, il termine intersessualità racchiude un ampio spettro di condizioni cagionate da anomalie nel processo di sviluppo sessuale del corpo che si avvia con la fecondazione e termina con la pubertà, dunque, con il completo sviluppo dei caratteri sessuali secondari. Questa condizione è inquadrata come anomalia o malattia, in particolare di tipo cromosomico o genetico, definita come "disordine dello sviluppo sessuale" (in sigla DSD, seguendo la denominazione anglofona di Disorders of Sex Development). Sul punto, si veda **A. LORENZETTI**, *Frontiere del corpo, frontiere del*



le quali il *fiqh* ammette le rettifiche anagrafiche e chirurgiche. Risulta, invece, più problematica e divisiva, anche per l'opinione pubblica, la questione, affrontata per la prima volta nel 1993 dalla Corte d'appello di Tunisi, della rettifica anagrafica e della riassegnazione chirurgica del sesso di una persona con disforia di genere.

Pur trattandosi di una vicenda speculare a quella valutata dal Tribunale di Tunisi del 2018, i giudici della Corte d'appello del 1993 giungevano a un esito diametralmente opposto, facendo leva su un'interpretazione conservatrice del *fiqh*, oggetto peraltro di rilievi critici da parte della dottrina tunisina³¹.

La vicenda³² del 1993 traeva origine da un ricorso presentato da Sāmiya, con sesso maschile ascritto alla nascita. Dopo aver intrapreso il percorso di transizione in Spagna, la ricorrente si sottoponeva a un intervento di riattribuzione chirurgica del sesso. Tornata in Tunisia, adiva il Tribunale competente per le opportune rettifiche anagrafiche, ma la sua richiesta veniva rigettata. Decideva, quindi, di impugnare il provvedimento reiettivo avanti la Corte d'appello di Tunisi, la quale, prendendo atto del *vacuum* normativo sul tema, si richiamava principalmente al *fiqh*, quale "fonte principale del diritto dello statuto personale"³³ e, solo in via sussidiaria, al diritto comparato. In particolare, la Corte riteneva che, per tentare di fornire una risposta al quesito giuridico, fosse necessario far riferimento al "Corano, alla sunna e allo

diritto: intersessualità e tutela della persona, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, II, 2015, pp. 111-112.

³¹ Tra gli autori critici della sentenza, si veda **H. REDISSI, S.B. BEN ABID**, *L’Affaire Samia ou le drame d’être “autre” Commentaire d’une décision de justice*, in A.M. MOULIN (a cura di) *Islam et révolutions du médicales, le labyrinthe du corps*, Karthala, Paris, 2013, pp. 237-251.

³² Per un'analisi della sentenza della Corte d'appello di Tunisi del 22 dicembre 1993, si veda **S. BOSTANJI**, *Turbulences dans l’application judiciaire du Code tunisien du statut personnel: le conflit de référentiels dans l’œuvre prètorienne*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. LXI, I, 2009. pp. 7-47; **H. REDISSI, S.B. BEN ABID**, *L’Affaire Samia*, cit.

³³ Per una definizione di "statuto personale", si riporta la definizione fornita dalla Corte di Cassazione egiziana (sent. n. 40 del 21 giugno 1934, pubblicata in *Al-Muhamat*, 1934, XIII, p. 87), secondo la quale "con al-aḥwāl al-shakhṣiyah si indicano tutte le caratteristiche naturali o familiari che distinguono un uomo da un altro, e da cui la legge fa discendere conseguenze giuridiche nella sua vita sociale, come l'essere maschio o femmina, sposato o vedovo o divorziato, padre o figlio legittimo, capace o incapace per età o malattia mentale, di capacità assoluta o limitata per una delle cause previste dalla legge" (in **R. ALUFFI-BECK PECCOZ**, *La modernizzazione*, cit., p. 62).



iğtihād³⁴ dei fuqahā'³⁵ musulmani, poiché il primo paragrafo della Costituzione stabilisce che la Tunisia è una Repubblica la cui religione è l'islām e la lingua l'arabo".

La Corte, dopo aver citato un versetto coranico tratto dalla *sūra*³⁶ del "Tuono" (*Cor.* XIII, 8), relativo all'equilibrio numerico tra uomini e donne nel mondo³⁷, si richiamava a un celebre *hadīth*, invocato dagli studiosi contrari al riconoscimento del cambiamento di genere, che condanna "le donne che si mascolinizzano e gli uomini che si rendono simili alle donne"³⁸.

È stato poi oggetto di analisi il concetto giuridico di *darūra*³⁹ (stato di necessità), tematizzato anche nella sentenza del Tribunale di Tunisi del 2018. La Corte individuava tra i requisiti essenziali della *darūra*, come elaborato dal *fiqh*, la sussistenza di un danno grave o di un pericolo imminente, quale "una minaccia di morte e di deperimento". Lo stato di necessità, inoltre, doveva essere attuale e rappresentare l'unico strumento

³⁴ Per *iğtihād* si intende "l'uso del ragionamento individuale [...] e muğtahid è il giurista qualificato che vi ricorre", secondo J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1996, p. 41; per un ulteriore approfondimento sul tema della "chiusura della porta del ragionamento indipendente" e le implicazioni giuridiche, si veda l'opera W.B. HALLAQ, *Was the Gate of Ijtihad Closed*, in *International Journal of Middle East Studies*, vol. XVI, I, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 3-41.

³⁵ Sostantivo plurale maschile di *faqīh*, studioso della *scientia iuris* islamica.

³⁶ Per *sūra* si intende uno dei 114 capitoli in cui è suddiviso il Corano.

³⁷ "Iddio conosce quel che ogni femmina porta in seno, e quando l'utero si restringe e quando si allarga. Ogni cosa Egli tiene d'appresso, secondo misura" da A. BAUSANI, *Il Corano, Introduzione, traduzione e commento*, BUR, Milano, 2006, p. 178.

³⁸ La versione citata del *hadīth* è *لَعَنَ اللَّهُ الْمُتَشَبِّهَاتِ مِنَ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ وَالْمُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ* (traslitterazione: *la'ana allāhu al-mutashabbihāti mina al-nisā'i bil-riḡāl wa al-mutashabbihīn min al-riḡāl bil-nisā'i*) ed è tratto da al-Ṭabarānī. Alcuni Autori hanno evidenziato come tale *hadīth* debba considerarsi *munkar*, cioè "rifiutato" e, pertanto, privo di pregio. Così, M.N.A. AL-ALBĀNĪ, *Da'if al-tarḡīb wa-al-tarḥīb* [traduzione: *(Gli ahādīth) deboli del (libro) della persuasione e dell'intimidazione*], Maktabat al-ma'ārif lil-nashir wa al-tawzī', Riyadh, 2000, vol. III, p. 36. Il *hadīth*, invece, ritenuto "valido" recita che "il Profeta maledice gli uomini che imitano le donne e le donne che imitano gli uomini", in M.B.I. AL-BUKHĀRĪ, *Kitāb al-ḡāmi' al-ṣaḥīḥ*, a cura di L. KRENL, T.W. JUYNBOLL, Brill, Leiden, 1862-1908, vol. IV, n. 61.

³⁹ Va osservato come il principio della necessità, per taluni autori, sia considerato come una vera e propria fonte del diritto, idonea a plasmare le norme alle circostanze della vita, allorquando un rigido formalismo possa condurre a dei danni. Sul tema, si veda M. ROHE, *Islamic Law in Past and Present*, Brill, Leiden, 2015, p. 67, e M. MUSLEHUDDIN, *Islamic Jurisprudence and the rule of necessity and need*, in *Islamic Studies*, vol. XII, III, 1973, pp. 213-225.



a disposizione del necessitato per respingere un danno incombente alla persona, al patrimonio e alla salute, non potendo, peraltro, essere compatibile con la causazione di un altro danno, poiché secondo un *ḥadīth* “Dio non vi ha dato cura in ciò che vi ha proibito”⁴⁰.

I giudici d’appello, traslando le coordinate ermeneutiche al caso sottoposto al loro vaglio, ritenevano non configurata la *ḍarūra* in quanto, dalle relazioni mediche in atti, il cambiamento di genere della ricorrente doveva considerarsi un mero “desiderio”, liberamente deciso ed evitabile con adeguata terapia psicologica.

Interessa, infine, sottolineare come la Corte d’appello di Tunisi giungeva a denegare la richiesta di rettifica legale del genere anche attraverso la comparazione con la giurisprudenza di legittimità francese, la quale, sino al 1992, ha invocato l’indisponibilità assoluta dello stato civile per rigettare i ricorsi delle persone transgenere.

In particolare, la Corte d’appello citava la sentenza della Corte di Cassazione francese del 16 dicembre 1975, che si era occupata per la prima volta del cambiamento di genere in Francia⁴¹. In detta pronuncia, la *Cour de Cassation* aveva mostrato un orientamento decisamente restrittivo e di chiusura, affermando che “il principio di indisponibilità dello stato delle persone, il cui rispetto deriva dall’ordine pubblico, impedisce di considerare le trasformazioni così ottenute”⁴², riferendosi a un ricorrente di sesso maschile ascritto alla nascita, che, a seguito di una cura ormonale e a un intervento chirurgico, intendeva rettificare il proprio genere.

La Corte di appello di Tunisi menzionava, poi, un’ulteriore sentenza della Corte di Cassazione francese del 7 giugno 1988 in cui veniva ribadito che il percorso terapeutico, volto alla rettifica del genere, non poteva ritenersi sufficiente per le modifiche dello stato civile.

La Corte d’appello di Tunisi, infine, concludeva il proprio percorso comparativo con l’importantissima sentenza dell’11 dicembre 1992 della Corte di Cassazione francese, che aveva riconosciuto per la prima volta in Francia la rettifica legale del genere. I giudici tunisini, dopo averne contestato gli assunti, sostenendo che la decisione fosse vincolata dall’adesione della Francia alla Convenzione europea sui diritti dell’uomo,

⁴⁰ La versione originale del *ḥadīth* è إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيَمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ (traslitterazione: *inna allāha lam yağ ‘al shifā ‘akum fima ḥarrama ‘alayk*).

⁴¹ Si veda H. DELVAUX, *Legal Consequences of Sex Reassignment in Comparative Law*, in *Transsexualism, Medicine and Law*, Council of Europe publishing, Strasburgo, 1995, p. 151.

⁴² Sentenza consultabile in <https://www.legifrance.gouv.fr/>.



sottolineavano la radicale alterità culturale del giudice europeo rispetto al giudice arabo-musulmano⁴³.

È il caso di aggiungere che dal testo della pronuncia della Corte d'Appello del 1993 sembrerebbe emergere una critica a etiche e convinzioni sociali "altre", che potrebbero minacciare l'autenticità culturale e morale della società tunisina. La Corte, infatti, rimarcando le perplessità sul punto, riprendeva un passo del libro scritto dal Prof. al-Sādiq Bal'īd⁴⁴, intitolato "il potere creativo del giudice", il quale affermava che "il giudice si trova vincolato alla propria cultura, dovendo rispettare le istanze del gruppo sociale in cui esercita la sua funzione".

I giudici d'appello, pertanto, non hanno ritenuto ammissibile la richiesta di rettifica legale del genere in caso di discrasia tra *soma e psiche*, poiché ciò sarebbe stato in contrasto con il *fiqh* e con la mentalità culturale dominante, che il giudice doveva rispettare.

Il Tribunale di Tunisi del 2018, invece, superate le interpretazioni vietate della Corte d'appello in tema di disforia di genere, giungerà a conclusioni differenti, muovendo dal dialogo con altre giurisdizioni e valorizzando la rinnovata funzione del giudice.

3 - Un nuovo ruolo per i giudici tunisini?

Un altro profilo interessante che emerge dalla sentenza del Tribunale di Tunisi del 2018 è rappresentato dal forte protagonismo dei giudici, quali garanti delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone.

A seguito, infatti, della rivoluzione che ha rovesciato il presidente Ben 'Alī, i magistrati tunisini hanno avvertito l'esigenza di rendere effettiva l'indipendenza del potere giudiziario, da sempre oggetto di interferenze da parte del potere esecutivo⁴⁵, quale pietra angolare della nascente democrazia. Nella nuova Costituzione, conseguentemente, sono state inserite diverse disposizioni volte a irrobustire le prerogative e le garanzie della magistratura, tra cui la fondamentale riformulazione del *Conseil supérieur de la magistrature*, organo autonomo e indipendente di autogoverno, a cui la Carta dedica tre articoli (112-115 Cost. tun.).

⁴³ Per una critica all'asserita alterità dei valori 'occidentali', si veda **H. NOUISSER**, *Changer de sexe*, cit., p.50.

⁴⁴ Docente di diritto costituzionale tunisino e preside della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Tunisi dal 1971 al 1977.

⁴⁵ Si veda **O. GIOLO**, *Le concezioni della giustizia nell'islam contemporaneo. Le "retoriche" governative e le rivendicazioni delle società civili*, in *Antropologia*, XI, 2008, pp. 98-99.



Nel quadro delle coordinate assiologiche del nuovo ordinamento post rivoluzionario, il riconoscimento delle più ampie forme di libertà e diritti umani rappresenta un elemento fondante del patto costituente tunisino. Ed è in questa prospettiva che si può comprendere l'emergere dell'„attivismo giudiziario“ dei giudici tunisini in relazione ai diritti fondamentali, probabilmente anche per via della perdurante inattività della Corte Costituzionale⁴⁶. Questo attivismo tuttavia non appare isolato alla pronuncia del Tribunale di Tunisi sulla rettifica del genere. Degne di nota, infatti, sono due sentenze del 2018 relative, la prima, al tentativo del potere esecutivo di far cessare l'attività dell'associazione SHAMS⁴⁷ e, la seconda, alla richiesta da parte dell'Unione Nazionale degli Imam e delle Moschee di chiudere SHAMS RAD⁴⁸, la prima radio a tematica LGBTQI del mondo arabo: in entrambe le vicende, i giudici, nel rigettare le domande dei ricorrenti, hanno valorizzato la libertà di stampa, di associazione e di espressione, decretando la “vittoria” della laicità dello Stato. Va, poi, certamente segnalata la pionieristica sentenza del Tribunale di Tunisi del 12 luglio 2018, con la quale è stato riconosciuto, per la prima volta nella storia del paese, il diritto all'adozione di una donna *single*⁴⁹,

⁴⁶ Si veda in proposito, l'articolo di **A. AL-HALĀLI**, *Iktimālu a'dā'i al-mahkamati addustūriyati attūnsiyati yantadiru tawāfuqan barlamāniyān* (traduzione: *Il completamento dei membri della corte costituzionale tunisina attende la conferma del Parlamento*) - (in <https://www.aljazeera.net/del/8.072019>).

⁴⁷ Di notevole importanza è l'attività dell'associazione tunisina SHAMS, una delle principali del paese, impegnata nella promozione della tutela dei diritti delle persone LGBTQI. Per la ricostruzione della vicenda, si veda **I. BEN KHALIFA**, *Conference Justice for free expression 2016, A review of global freedom of expression jurisprudence in 2015* (in <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/>).

⁴⁸ Per la sentenza e il relativo commento, si veda **W. AL-FARCHICHI**, *intiṣār li-madaniyat addawlā fi tūnis: ḥukum qada'i biradd da'wāt niyābat al-'i'ama didd jam'iyat shams* (traduzione: *La vittoria della laicità dello stato tunisino: una sentenza che rigetta il ricorso dell'unione degli imam contro l'Associazione SHAMS*), (consultabile sul sito <https://legal-agenda.com/article.php?id=4240>).

⁴⁹ La sentenza n. 12639 del 2018, emessa dal Tribunale di Tunisi (dott. Muḥammad al-Mu'izz al-'Arūsī), ha riconosciuto la validità dell'adozione di una donna *single*. Il giudice, superando il requisito del matrimonio per accedere all'istituto dell'adozione, così come previsto dagli artt. 9 e 10 della legge n. 27 del 1958 sull'adozione, ha applicato coraggiosamente il concetto del miglior interesse del minore. La decisione ha supportato nuovi valori e concezioni familiari, quali il diritto all'adozione della madre *single*, oggetto, ancora a oggi, di stigma in Tunisia. Anche da questa pronuncia emerge un nuovo modello di funzione del giudice, in qualità di garante dei diritti fondamentali. Come afferma la dott.ssa Amira al-'Umri, giudice tunisina, questa tipologia di giurisprudenza è idonea a porre le basi per una revisione legislativa, resa ormai necessaria dall'evoluzione della mentalità della società, da un lato, e dal rispetto dei diritti umani, dall'altro lato. Si veda sul punto, **A. AL-'UMRĪ**, *ḥaqqu al-'ummi al-'uzabā' fī attabanni: ḥukmu qaḍā'iyin*



nonostante l'articolo 9 della legge 1958, che ha introdotto l'istituto dell'adozione, preveda il requisito del matrimonio.

I giudici, quindi, si sono posti in chiave innovativa rispetto a norme o lacune legislative non in linea con i cambiamenti della società e con la nascita di nuove esigenze.

L'attenzione dei magistrati verso i diritti fondamentali, inoltre, deve essere letta sinergicamente con lo spirito delle nuove disposizioni costituzionali. La Costituzione, infatti, dedica un intero capitolo (Cap. II) ai diritti e libertà⁵⁰, mentre il Preambolo sottolinea che, tra i fini della Costituzione, vi è la creazione di uno Stato civile, governato dal diritto, in cui vige il principio della separazione dei poteri e nel quale la sovranità appartiene al popolo, che la esercita attraverso libere elezioni. I principi essenziali della democrazia trovano posto nel Preambolo della Costituzione, in quanto viene specificata la supremazia della legge, l'indipendenza della giustizia, il rispetto delle libertà e dei diritti dell'uomo, l'uguaglianza tra diritti e doveri fra tutti i cittadini e le cittadine.

Appare, poi, rilevante l'articolo 49 della Costituzione, secondo il quale le modalità e le condizioni di esercizio dei diritti fondamentali sono stabilite dalla legge. La Costituzione tunisina, evocando una disposizione presente anche nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, prevede che una legge possa condizionare l'esercizio dei diritti, poc'anzi citati, soltanto se necessaria per proteggere i diritti altrui, per ragioni di sicurezza pubblica, di difesa nazionale, di morale o di salute pubblica, nel rispetto della proporzionalità e della necessità di tali limitazioni. Il controllo sulle violazioni dei diritti fondamentali è attribuito agli organi giudiziari.

Alcuni Autori⁵¹ ritengono che proprio quest'ultima norma costituzionale possa fornire una chiave di lettura innovativa della funzione del giudice tunisino, la cui attività creatrice ed ermeneutica

tunisini yukarrisu qiyam al-wadifati al- qada' i yati (traduzione: *il diritto della madre single all'adozione: una sentenza tunisina consacra il valore della funzione giudiziaria*), in (<http://www.legal-agenda.com/article.php?id=4769>).

⁵⁰ Per una disamina degli aspetti relativi alla protezione costituzionale dei diritti umani in Tunisia, vedi **C. ZANGHÌ**, *Diritto internazionale e diritti umani nella recente Costituzione della Tunisia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 304-318 (in http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/6_Zangh%C3%AC.pdf).

⁵¹ Per approfondire l'opinione degli Autori, si veda, **N. ŞAGHIYA, M. AL-'AFĪF AL-GU' AIDĪ**, *ab'ad min istiqlāliyat al-qada', māda bishā'n wazīfatuhu?* (traduzione: *Oltre all'indipendenza del giudice, che dire della sua funzione?*) - (in <http://legal-agenda.com/article.php?id=3746>).



dovrà essere rivolta a recepire le sollecitazioni nascenti dal cambiamento sociale e dall'emersione della necessità di riconoscere i diritti fondamentali. I giudici tunisini, attraverso modalità argomentative "cosmopolite", guardano sempre più alle pronunce di corti straniere su casi simili, traendo da esse argomenti e spunti di riflessione utili per confortare le proprie conclusioni. Questa tipologia di dialogo giurisprudenziale di tipo "orizzontale" contribuisce - e contribuirà - a una vera e propria "globalizzazione" del diritto in Tunisia, poiché i giudici potranno essere chiamati a confrontarsi, con riferimento soprattutto ai diritti umani, al riconoscimento e alla tutela dei diritti "nuovi", con culture giuridiche di società portatrici di diverse mentalità ed etiche differenti.

È muovendo da queste premesse che deve essere esaminato il provvedimento del Tribunale di Tunisi del 2018: il collegio, ponendosi quale "giudice comparatista"⁵², ha infatti valorizzato i diritti e le libertà fondamentali senza ancorarsi a determinati riferimenti identitari, a differenza della pronuncia della Corte d'appello del 1993, erta a baluardo dei valori dominanti.

4 - La tutela dei diritti e delle libertà: tra comparazione e *fiqh*

Con la decisione in commento, il Tribunale di prima istanza di Tunisi ha riconosciuto il diritto di una persona transgenere FtM, sottopostasi a riassegnazione chirurgica del sesso, alla rettifica dei dati anagrafici nei registri dello stato civile. La sentenza, ancorché connessa a una visione patologizzata della condizione transgenere⁵³, segna un importante avanzamento dei diritti delle minoranze LGBTQ in Tunisia.

Anche la composizione del collegio giudicante del Tribunale presenta profili di interesse, poiché formato da tre donne, dott.ssa

⁵² Sul problema della soluzione dei cosiddetti "casi difficili", in cui i giudici devono prendere decisioni di carattere generale e colmare lacune legislative facendo ricorso alla comparazione, si veda **B. MARKESINIS, J. FEDTKE**, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, Bologna, 2009.

⁵³ A tale proposito, si deve osservare che l'Assemblea Mondiale della Sanità, l'organo di governo dell'OMS, riunita a Ginevra dal 20 al 28 maggio, ha votato le nuove linee guida diagnostiche, stabilendo che la non conformità di genere non rientra più tra i "disturbi mentali". La nuova Classificazione Internazionale delle Malattie (ICD-11), annunciata il 18 giugno 2018 e approvata il 25 maggio, entrerà in vigore dal 1° gennaio 2022. Il nuovo manuale, pertanto, depatologizza la disforia di genere inserendola in nuovo capitolo sulla salute sessuale, appositamente creato, in cui viene classificata meramente come incongruenza di genere. Per ulteriori approfondimenti, si consulti (www.who.int).



Sumayya Būghānem, dott.ssa Wasīla al-'Ugiaimī e dott.ssa Dalīla al-'Alawā. Tale dato deve essere contestualizzato alla luce delle specificità della condizione femminile in Tunisia, che si manifesta nella rilevante presenza di giudicanti donne nella magistratura, conseguenza dell'ideologia politica del "femminismo di Stato"⁵⁴ inaugurato dal presidente al-Habīb Būrḡibah (meglio noto come Habib Bourghiba).

Va, infatti, evidenziato che negli anni 2010-2011, il 32,4%⁵⁵ dei magistrati apparteneva al genere femminile e che su 20 Presidenti di Sezione della Corte di Cassazione tunisina, ben 12 erano donne (60 %)⁵⁶: i numeri appena rappresentati sono destinati ad aumentare, considerato che nell'anno 2018 il genere femminile rappresentava il 68,5 %⁵⁷ degli ammessi alla Scuola Superiore della Magistratura. La sempre maggiore presenza femminile nella magistratura tunisina potrebbe, da un lato, garantire l'apporto di una "diversa sensibilità"⁵⁸, idonea a limitare le pronunce ispirate a pregiudizi di carattere sessista, dall'altro lato, potrebbe fornire un impulso ermeneutico più attento ai diritti delle categorie discriminate.

La decisione, inoltre, è caratterizzata dall'utilizzo della comparazione e dal "dialogo" con altri ordinamenti giuridici, anche per via dell'assenza, in Tunisia, di una normativa specifica in tema di transizione di genere e rettifica anagrafica del genere.

Alla base della sentenza vi è tuttavia, come si è detto, una concezione patologizzante: le modifiche anagrafiche potranno essere effettuate solo ove sussista la *darūra*. Permane, pertanto, l'idea che la transizione di genere debba essere necessariamente medicalizzata e

⁵⁴ Sul concetto di "femminismo di Stato" si veda **S. BESSIS**, *Bourguiba féministe: les limites du féminisme d'état bourguibien*, in *Habib Bourguiba. La trace et l'héritage*, a cura di M. CAMAU, V. GEISSER, Karthala, Paris, 2004, p. 101.

⁵⁵ La statistica è tratta da **S. ABIDA**, *Accès de la femme au leadership dans le secteur de la Justice en Tunisie*, Atti del Convegno Conférence de haut niveau "Les femmes dans le gouvernement. Gendérisation des politiques publiques dans la Région MENA" (Granada, Spagna, 1-2 dicembre 2011).

⁵⁶ Per un approfondimento della presenza femminile nella magistratura in Tunisia, si veda **S. BEN ACHOUR**, *La féminisation de la magistrature en Tunisie entre émancipation féminine et autoritarisme politique*, L'Année du Maghreb 2007, CNRS Éditions, Paris, 2007, pp. 55-74.

⁵⁷ Il dato è rinvenibile sul sito ufficiale dell'*Institut Supérieur de la Magistrature* (in <http://www.ism-justice.tn/fr/formation-initiale-magistrats/>).

⁵⁸ Per un discorso più ampio e sulla necessità di una maggiore presenza femminile anche nelle corti europee, si veda **M. CAIELLI**, *Why do women in the judiciary matter? The struggle for gender diversity in European courts*, in *Reflective Judiciary*, V, 9 novembre 2018 (in www.federalismi.it).



vincolata alla sussistenza di una situazione di disagio estremo e di sofferenza, che potrebbe cessare solo con riallineamento tra *soma* e *psiche*.

Dal punto di vista fattuale, il procedimento *de quo* nasceva dal ricorso proposto da Lina, di sesso femminile attribuito alla nascita, che lamentava di aver sempre sofferto di ansia (*qalaq*), di assenza di pace (*'adam irtiyāh*) e di aver tentato anche il suicidio, proprio per via della discrasia sussistente tra il fisico femminile e l'identità di genere⁵⁹ maschile. Giunto in Germania per frequentare un corso universitario, decideva di intraprendere una cura psicologica, a cui seguiva un trattamento ormonale e poi un intervento di riassegnazione chirurgica del sesso. Conseguentemente, il ricorrente, sempre in Germania, otteneva giudizialmente il cambiamento di genere e la contestuale modifica del prenome da Lina a Rayān.

Rayān, nel 2010, adiva il Tribunale di prima istanza di Sūsa per chiedere la rettifica legale del genere: il suo ricorso, tuttavia, veniva rigettato poiché il "cambio di sesso" poteva essere giustificato solo in caso di presenza di "una mutilazione organica"⁶⁰.

Nel 2017, proponeva nuovamente ricorso presso il Tribunale di Tunisi, affinché il Procuratore della Repubblica emanasse un provvedimento autorizzativo della rettifica del genere, con susseguente modifica del prenome. Il Tribunale nominava due consulenti tecnici d'ufficio, uno psicologo e un medico legale, perché stabilissero quale fosse il suo genere effettivo. Dalle relazioni peritali, emergeva che il ricorrente, sia dal punto di vista psicologico che dal punto di vista comportamentale, appartenesse incontrovertibilmente al genere maschile (*intimā' al-mud'ī li-fi'at adhukūr sulūkān wa ḥarakāt wa nafsiyya*). Appurata la disarmonia tra la sua dimensione fisica e l'identità auto-percepita, il Tribunale di Tunisi ne accordava il cambiamento del genere anagrafico e del prenome nei registri dello stato civile.

Nel motivare la decisione, il Tribunale, accertata l'assenza di riferimenti normativi interni, ha tentato di porsi in linea con l'evoluzione riscontrabile in altri ordinamenti ritenuti più sensibili a tali tematiche, valorizzando l'apertura comparatistica e le altre esperienze giuridiche,

⁵⁹ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale circa la differenza tra *sex* e *gender*, si veda L. PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, a cura di F. D'AGOSTINO, *Identità sessuale e identità di genere*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁶⁰ Si veda l'articolo in lingua araba che riassume la vicenda nei tratti essenziali, *al-mahkamatu al-ibtidā'iyatu bi-tūnis: al-huwiyyati al-ḡandariyya ḥālatan nafsiyyatan tubīhu taghyīr al-ḡins* (traduzione: *il Tribunale di prima istanza di Tunisi: l'identità di genere è una condizione psicologica che permette il cambiamento di genere*), in (<https://www.legal-agenda.com/article.php?id=4784>).



quali il diritto internazionale pattizio⁶¹, la giurisprudenza di legittimità francese, la giurisprudenza della Corte EDU, nonché alcune legislazioni straniere che hanno approfondito il riconoscimento dei diritti delle persone transgenere.

In quest'ottica, il Tribunale considerava, preliminarmente, la legislazione comparata rilevante, iniziando dall'esperienza dell'Argentina, una delle più avanzate del mondo, che consente la rettifica giuridica del genere, senza necessità di alcun intervento chirurgico sui caratteri primari⁶².

Le giudicanti, infatti, evidenziavano come in Argentina le persone abbiano il diritto di essere trattate secondo la propria identità di genere⁶³. Tale normativa, incentrata sul riconoscimento del diritto del singolo al

⁶¹ Nella sentenza viene invocato l'art. 17 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, che recita "1. Nessuno può essere sottoposto a interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione. 2. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese".

⁶² Si tratta della *Ley 26.743, de identidad de género, promulgata il 23 maggio 2012* e consultabile in (www.infoleg.gov.ar/). Appare emblematico, e segno di una visuale decisamente aperta del giudice tunisino, l'aver iniziato l'iter comparatistico con la normativa argentina, che, tra le prime al mondo, ha degiurisdizionalizzato la riattribuzione del genere anagrafico, consentendola per via amministrativa. Tale normativa, estremamente all'avanguardia, al pari di altri ordinamenti (esempio: Malta, Danimarca, Norvegia, Irlanda) consente, per l'appunto, una mera dichiarazione da parte della persona interessata per cambiare genere anagrafico, senza alcuna indagine, in quanto, come è stato fatto notare, "non vi sono interessi pubblici o privati ostativi e la vera identità psichica è comunque insondabile dall'esterno: tanto vale prenderne atto e rimettere al soggetto la dichiarazione sulla propria identità. Solo ordinamenti che ancora discriminano le persone in ragione del genere (anagrafico) posso temere frodi o atteggiamenti opportunistici. In tali casi, però, il problema non è la disciplina dell'identità di genere, ma i retaggi discriminatori che persistono", in **A. SCHUSTER**, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, del 13 luglio 2017 (consultabile in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/05/schuster.pdf>).

⁶³ Nella decisione viene utilizzato "*al-huwiyyati al-ġandariyya*", in cui il termine *ġandariyya* rappresenta un prestito lessicale dall'inglese *gender*. Va però precisato che, oltre al predetto prestito, esiste un ulteriore termine arabo, utilizzato soprattutto nella terminologia delle Nazioni Unite, per indicare il concetto di "genere" ed è *al-ġinsāniya* (الجنسانية). Tale lemma, tuttavia, può indicare anche "sessualità". Sull'uso di *al-ġinsāniya* nella terminologia delle Nazioni Unite, si veda مبادئ توجيهية في سبيل صياغة شاملة جنسانية باللغة العربية (traslitterazione: *mabādī' u tawġihīyatun fī sabīl siyāghatin šāmilatin ġinsāniya bi-allughati al-'arabiyati*, traduzione: *linee guida per l'utilizzo di un linguaggio di genere inclusivo in lingua araba*), (in <https://www.un.org/ar/gender-inclusive-language/guidelines.shtml>); per un'interessante guida sui termini in lingua araba relativi al linguaggio di genere, si veda <http://alqaws.org/قاموقوس>.



rispetto della sua identità, che si estrinseca nell'esperienza interiore e individuale, implica la possibilità del cambiamento del genere anagrafico tramite una mera richiesta, da effettuarsi direttamente all'ufficiale di stato civile.

Il Tribunale continuava la rassegna normativa facendo riferimento alla Finlandia. Lo Stato scandinavo, secondo le giudicanti, nel richiedere alla persona con disforia di genere, medicalmente certificata, di effettuare obbligatoriamente un previo intervento chirurgico volto alla rettifica anagrafica del genere, si allineerebbe all'esperienza di diversi stati europei⁶⁴.

Nel passaggio successivo, le giudicanti riprendevano la giurisprudenza francese, in considerazione dell'influenza giuridico-culturale che la Francia ha sempre esercitato sulla Tunisia. L'analisi si focalizzava, a differenza da quanto effettuato dalla Corte d'appello di Tunisi nel 1993, esclusivamente sulla giurisprudenza favorevole al cambiamento di genere. A tal fine, il Tribunale richiamava la fondamentale sentenza della *Cour de Cassation* del 1992, affermando che:

“i tribunali francesi hanno stabilito che il diritto della persona a ricevere cure in relazione a patologie sessuali e psicologiche debba ritenersi un diritto fondamentale e naturale e che nessuno può esserne privato e, alla luce di ciò, detti tribunali hanno sancito che il cambiamento di sesso sia frutto [...] dell'esercizio di un diritto naturale, ossia il diritto alla cura da una malattia. La Corte di Cassazione francese con la sentenza del 1992 ha sancito la libertà della rettifica del genere, purché il cambiamento sia irreversibile”.

Il Tribunale, dopo la giurisprudenza francese, richiamava le importantissime decisioni della Corte *EDU B. c. Francia*⁶⁵ del 1992 e

⁶⁴ Per un approfondimento sulla legislazione finlandese relativa alla rettificazione del genere e all'obbligatorietà dell'intervento chirurgico, finalizzato alla “sterilizzazione forzata” della persona, si veda **J. HONKASALO**, *Unfit for Parenthood? Compulsory Sterilization and Transgender Reproductive Justice in Finland*, in *Journal of International Women's Studies*, vol. XX, II, 2018, pp. 40-52.

⁶⁵ Nel caso *B. c. Francia*, la ricorrente, di sesso maschile ascritto alla nascita, sin dalla più giovane età aveva adottato un comportamento femminile. Nel 1972 si era recata in Marocco per sottoporsi ad un intervento chirurgico con il quale aveva acquisito organi genitali femminili. Nel 1978 la ricorrente aveva richiesto al Tribunale di grande istanza di Libourne una decisione volta al riconoscimento del suo sesso femminile e alla rettifica del suo atto di nascita. In base al principio dell'indisponibilità dello stato della persona, il tribunale aveva respinto il ricorso. Dopo aver presentato appello, la Corte d'appello di Bordeaux aveva confermato il giudizio del tribunale di prima istanza. Secondo la corte, la condizione di B. non era il risultato di elementi di natura psicologica e pertanto irreversibili e preesistenti, ma dipendeva esclusivamente dalla sua volontà. La B. aveva impugnato tale decisione dinanzi alla Corte di Cassazione, la quale aveva respinto il



*Goodwin c. Regno Unito*⁶⁶ del 2002, al fine di evidenziare che, anche nell'ordinamento convenzionale, si era fatta strada una sensibilità sempre maggiore verso il diritto delle persone transgenere al pieno e libero sviluppo della personalità.

In primis, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza *B. c. Francia*, aveva condannato la posizione rigorosa della giurisprudenza francese per violazione dell'art. 8 CEDU e, proprio in attuazione di questa sentenza, l'Assemblea Plenaria della Corte di Cassazione francese nel 1992, cambiando il proprio precedente orientamento, aveva autorizzato la modifica dello stato civile⁶⁷

Appare, poi, estremamente significativo il risalto accordato alla sentenza *Christine Goodwin c. Regno Unito*, poiché essa ha segnato una tappa relevantissima nella disciplina della materia, incardinando l'evoluzione interpretativa dell'art. 8 CEDU della Corte europea dei diritti umani. Il Regno Unito, infatti, veniva condannato per la violazione dell'art. 8, non avendo consentito a un ricorrente il riconoscimento giuridico del genere d'elezione. La Corte EDU ha garantito, in questa

ricorso ribadendo le motivazioni espresse dalla corte d'appello. Adita la Corte EDU, questa ha affermato che la ricorrente si trovava quotidianamente in una situazione incompatibile con il rispetto della vita privata. Conseguentemente, la corte ha ritenuto violato l'art. 8 della CEDU. La ricostruzione della vicenda è tratta da *Il Foro Italiano*, vol. CXVI, VII-VIII, 1993, pp. 282-283. Come hanno evidenziato alcuni Autori, la sentenza *B. c. Francia* ha introdotto, quindi, un nuovo orientamento, che sancisce l'obbligo positivo per gli Stati di riconoscere giuridicamente il nuovo genere delle persone sottoposti a trattamenti chirurgici di conversione sessuale. Si veda **S. PRADUROUX**, *I diritti delle persone LGBT nella giurisprudenza CEDU*, Key Editore, Vicalvi (FR), 2016, p. 28.

⁶⁶ La sentenza Corte Edu, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ric. n. 28957/95 (consultabile online in www.echr.coe.int) "riguarda il diritto di un ricorrente transessuale (post-operazione) a godere della propria vita privata e il diritto di sposarsi. La giurisprudenza costante della corte precedente a questa sentenza aveva rifiutato di assicurare ai transessuali post operazione il diritto sancito dall'art. 8, ad ufficializzare il loro nuovo sesso, chiedendo al governo di modificare i registri ufficiali dell'anagrafe o produrre certificati di nascita il cui contenuto e natura fossero diversi da quanto inizialmente registrato sul sesso dell'individuo al momento della sua nascita. La Corte EDU, discostandosi dai suoi precedenti, concluse che lo stato convenuto aveva mancato di rispettare il diritto del ricorrente sancito dall'art. 8; ritenne poi che il Regno Unito aveva violato l'art. 12 sul diritto al matrimonio". Tratto da **B. MARKESINIS, J. FEDTKE**, *Giudici*, cit., pp. 454-455; per un commento esaustivo della sentenza *Goodwin* si veda **B. VERSCHRAEGEN**, *The Right to Private and Family Life, the Right to Marry and to Found a Family, and the Prohibition of Discrimination*, in *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, a cura di K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 255-267.

⁶⁷ Per un'analisi della giurisprudenza francese sul tema, si consulti **S. PARICARD**, *Transsexualisme: maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe?*, in *La Revue des droits de l'homme*, VIII, 2015 (in <https://journals.openedition.org/revdh/1640>).



prospettiva, la libertà dell'individuo di decidere la propria identità di genere e di pretendere che lo Stato ne riconosca gli effetti giuridici.

Nel prosieguo della decisione, il Tribunale riteneva che detti principi giuridici, posti a tutela della vita privata della persona, dovessero necessariamente riflettersi nell'ordinamento tunisino, in considerazioni degli obblighi internazionali assunti dalla Tunisia. In particolare, il Tribunale affermava che:

“ la Corte EDU ha sancito che la mancata accettazione della richiesta di rettifica del genere nei registri dello Stato civile a seguito del cambiamento di sesso della persona transgender rappresenti una violazione dell'art. 8 della Convenzione che assicura il diritto della persona al rispetto della sua vita privata.

[...] questo riconoscimento internazionale che protegge il diritto del singolo al rispetto della sua vita privata si è riflesso sullo Stato tunisino, che alla luce delle sue obbligazioni verso il diritto internazionale (avendo ratificato convenzioni sui diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici) ha predisposto le modifiche costituzionali che consacrano i diritti dell'uomo”.

Merita evidenziare come nella decisione del Tribunale di Tunisi l'interpretazione dei diritti umani si sia basata su paradigmi elaborati dalla giurisprudenza europea e dalla Corte EDU, nonostante la Tunisia non sia firmataria della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Sottolineata la preminenza e la rilevanza degli obblighi internazionali, il Tribunale poneva poi in luce il ruolo dinamico e attivo del giudice, il quale, soprattutto laddove vi sia una carenza normativa, avrebbe dovuto interpretare i diritti e le libertà delle persone, in conformità con la normativa sovranazionale.

Ciò premesso, il Tribunale di Tunisi, per fornire una lettura costituzionalmente orientata della propria decisione, sanciva che:

«la costituzione emanata il 27.01.2014 prevede che lo stato debba garantire la supremazia della legge e il rispetto delle libertà e dei diritti umani”, così come l'art. 20 Cost. prescrive che gli accordi internazionali approvati e ratificati dall'Assemblea dei rappresentanti del Popolo hanno uno status superiore a quello delle leggi e inferiore a quello della Costituzione e l'art. 24 rubricato “i diritti e le libertà” garantisce che lo Stato debba proteggere la vita privata.

[...] codesta Costituzione, che tutela i diritti dell'uomo e le libertà, impone alla magistratura, quale garante della giustizia, della supremazia della costituzione e della tutela dei diritti e delle libertà, di interpretare il diritto in modo tale da promuovere l'effettività dei diritti e delle libertà fondamentali e il giudice, laddove manchi una disposizione normativa, deve tenere in conto nella sua attività ermeneutica le convenzioni specifiche sui diritti umani».



L'ultimo percorso argomentativo, su cui si fonda il ragionamento del Tribunale, è consistito nel vaglio di compatibilità della rettifica del genere con il *fiqh al-islāmī* (*fiqh* islamico), ritenuto fonte materiale (*maṣḍar māddī*) per tutto quel che concerne lo statuto personale. Seppure aliena al lessico giuridico del *fiqh*, tale espressione indica le regole sciaraitiche applicate in base all'appartenenza all'*islām*.

Nella pronuncia, le giudicanti, effettuando una ricognizione delle opinioni divergenti tra gli studiosi del *fiqh*, prendevano atto dell'esistenza di un filone dottrinale restrittivo della possibilità della rettificazione del sesso, in quanto tale atto costituirebbe un vero e proprio crimine (*ḡarīma*), nonché uno dei peccati più gravi (*al-kabā'ir*). Si precisa che i giuristi musulmani sunniti contemporanei abbracciano pressoché unanimemente tale opinione e, pur ammettendo la riassegnazione chirurgica del sesso per le persone intersessuali, la rigettano radicalmente per le persone con disforia di genere⁶⁸.

In tale prospettiva, proprio per sottolineare la peculiarità della sentenza tunisina del 2018, vale la pena, seppur sinteticamente, evidenziare la posizione dei giuristi musulmani sunniti⁶⁹ sulla riassegnazione chirurgica del sesso, muovendo dalla fondamentale *fatwā* del 1988 emessa dal Grand Muftī dell'Università di al-Azhar, al-Ṭantāwī⁷⁰. Il parere legale si originava da una vicenda travagliata, dettagliatamente ricostruita da Skovgaard-Petersen, relativa alla riassegnazione chirurgica del sesso di Sayyid Abd Allah, studente egiziano di medicina presso l'Università di al-Azhar.

Nel 1988, in seguito a un percorso psicologico dovuto a una grave depressione, gli veniva diagnosticato un "ermafroditismo psicologico": dopo tre anni di trattamento, un medico gli consigliava di sottoporsi a un intervento chirurgico di riattribuzione del sesso. Sayyid, pertanto, dopo

⁶⁸ La problematica è stata affrontata da **S. TOLINO**, *Transgenderism, Transexuality and Sex-Reassignment Surgery in Contemporary Sunni Fatwas*, in *Journal of Arabic and Islamic Studies*, XVII, 2017, p. 234.

⁶⁹ Si deve rilevare, sul versante sciita, la visione dell'Ayatollah Khomeini che, nel 1979, aveva emesso la celebre *fatwā* che permetteva la riassegnazione chirurgica del sesso. Per un approfondimento sul tema e per l'uso della metodologia dell'*īḡtihād*, si veda **M. ALIPOUR**, *Islamic shari'a law, neotraditionalist Muslim scholars and transgender sex-reassignment surgery: A case study of Ayatollah Khomeini's and Sheikh al-Tantawi's fatwas*, in *International Journal of Transgenderism*, vol. XVIII, I, 2017, pp. 91-103.

⁷⁰ Per approfondire la vicenda egiziana si veda **J. SKOVGAARD-PETERSEN**, *Sex change in Cairo: Gender and Islamic law* in *Journal of the International Institute*, vol. II, III, 1995; **B. DUPRET**, *Sexual Morality at the Egyptian Bar: Female circumcision, Sex Change Operations, and Motiving for suing*, in *Islamic Law and Society*, vol. IX, I, 2002, pp. 42-69; **M. ALIPOUR**, *Islamic shari'a law*, cit., 2017.



aver iniziato una cura ormonale, si sottoponeva nello stesso anno a un intervento chirurgico presso un nosocomio del Cairo, assumendo, in seguito, il nome di Sally. Quest'ultima decideva di iscriversi alla sezione femminile di medicina presso la medesima università, ma una commissione speciale, costituita proprio per valutare il caso, rigettava la richiesta. L'Ordine dei Medici, esaminato il caso, giungeva alla conclusione che il chirurgo, l'anestesista e lo psicologo avessero commesso un errore medico, poiché avevano operato Sayyd senza che vi fosse alcuna patologia, danneggiandolo.

L'Ordine dei Medici, inoltre, decideva di sottoporre la questione al Grand Muftī, che all'epoca era al-Ṭanṭāwī. La *fatwā* del Grand Muftī affermava che, laddove dei medici affidabili avessero accertato l'esistenza di "cause innate" nel corpo di una persona, la riassegnazione chirurgica del sesso poteva ritenersi ammessa, dovendo, invece, considerarsi proibita quella basata su un mero "desiderio". Si osserva che la *fatwā* di al-Ṭanṭāwī presenta profili di ambiguità, tant'è vero che è invocata sia dai sostenitori della riassegnazione chirurgica del sesso che dagli oppositori.

La proibizione della riassegnazione chirurgica del sesso, in Egitto, trova un riferimento anche nel "codice deontologico dei medici", che, all'articolo 42, prescrive il divieto di sottoporre il paziente a "cambiamento di sesso", dovuto a "mero desiderio", permettendo, invece, la "rettificazione del sesso" nel caso di situazione fisica ambigua o di intersessualità. Un siffatto intervento, peraltro, è ammesso solo ed esclusivamente previa autorizzazione di una specifica commissione e a seguito di diverse analisi mediche, cure psicologiche e terapie ormonali, di durata non inferiore a due anni⁷¹. L'Egitto, a ogni modo, risulta essere uno dei pochissimi stati del mondo arabo a permettere concretamente la riassegnazione chirurgica e anagrafica del genere.

Eppure, nonostante l'orientamento dottrinale contrario, le giudicanti tunisine accordavano la rettifica legale del genere del ricorrente, evocando, per legittimare la loro posizione, il concetto elaborato dal *fiqh* dello "stato di necessità" (*ḍarūra*), che, come già evidenziato, rende lecito un atto o fatto proibito da una disposizione giuridica rinvenibile negli *uṣūl al-fiqh*⁷². Il Tribunale di Tunisi metteva in rilievo come il principio della *ḍarūra*, condensabile nella massima per cui "le situazioni necessitate

⁷¹ Il codice deontologico egiziano è consultabile sul sito ufficiale <https://www.ems.org.eg/rules/sub/27>.

⁷² Per *uṣūl al-fiqh* «si intendono "le radici, noi diremmo le "fonti"»: F. CASTRO, *Il modello*, cit., p. 24. Più in generale, si veda A. CAMPISI, *Lessico della teologia islamica*, Rubbettino, Catanzaro, 1994; AA. VV., *Piccolo dizionario dell'islam*, a cura di R. ELGER, Einaudi, Torino, 2002.



rendono lecito ciò che è proibito”, avesse guadagnato il consenso degli studiosi di *fiqh*, degli accademici dell’Università di al-Zaytūna⁷³ e dei giudici della Corte d’appello di Tunisi, che però - nel caso Sāmiya - l’avevano utilizzata per respingere la richiesta di cambiamento di genere.

Inquadrate dunque gli elementi della *darūra*, il Tribunale di Tunisi individuava come requisito fondamentale per la rettificazione del sesso l’impossibilità della persona con disforia di genere - la cui sofferenza avesse assunto un grado estremo di intensità - di rinvenire una soluzione alternativa all’intervento chirurgico, da considerarsi quale unico rimedio percorribile.

La decisione del Tribunale di Tunisi del 2018 appare quindi di particolare interesse, perché, ponendosi in netta discontinuità rispetto alla giurisprudenza pregressa in materia, si è basata su tecniche ermeneutiche di matrice comparatistica e costituzionalmente orientate ai diritti e delle libertà fondamentali, in una cornice conforme al *fiqh*.

Vale la pena notare, inoltre, il mutamento dell’ordine delle fonti invocate dalla sentenza del 2018, rispetto a quello seguito dalla Corte d’appello del 1993: mentre nella pronuncia di quest’ultima, connotata da una chiusura verso le altre esperienze giuridiche, la corte iniziava l’esegesi a partire dal *fiqh*, per poi volgere, in un secondo momento, lo sguardo alla sola giurisprudenza francese, nell’odierna sentenza, la disposizione è esattamente inversa, con il *fiqh* collocato alla fine. Si deve, infine, evidenziare come nella pronuncia della Corte d’appello manchi completamente un qualsiasi riferimento ai diritti umani, giacché l’unica preoccupazione della Corte sembrerebbe essere la difesa della società tradizionale da un asserito pericolo insito nel riconoscimento della soggettività transgenere, idonea a minare l’istituto della famiglia tradizionale composta da uomo e donna⁷⁴.

Appare centrale, infine, il riconoscimento nella pronuncia di concetti essenziali per le scienze psicologiche e psichiatriche, quali

⁷³ L’università di al-Zaytūna, fondata nel 1840 e centro diffusore dell’islam malichita è seconda per importanza solo alla celebre Università islamica di al-Azhar del Cairo. Sull’importanza dell’Università di al-Zaytūna, si vedano **I. PIZZARDI**, *La Tunisia da Bourghiba a Ben Ali: dalla modernità alla democrazia*, in *Africa: Rivista trimestrale di studi e documentazione dell’Istituto italiano per l’Africa e l’Oriente*, III-IV, 2003, p. 323; **A.H. GREEN**, *Political Attitudes and Activities of the Ulama in the Liberal Age: Tunisia as an Exceptional Case*, in *International Journal of Middle East Studies*, vol. VII, II, 1976, p. 226.

⁷⁴ Sent. n. 10298 del 1993 della Corte d’appello di Tunisi. A tal proposito, i Giudici hanno sottolineato che “il rigetto del riconoscimento di questa condizione sessuale deriva dalla paura di vedere emergere tipologie di organizzazioni sociali, come quelle familiari, discutibili, che pongono in dubbio la continuità delle basi fisse delle società, dell’eredità culturali dei popoli”.



l'identità di genere e la disforia di genere, che tengono conto del progresso delle scienze mediche e dell'evoluzione culturale che hanno interessato il tema del transgenderismo. Ciò si riflette anche dal punto di vista terminologico, in quanto è utilizzato nella sentenza il termine scientifico di *idtirāb al-huwiyyi al-ġinsiyyati*, indicante, giustappunto, la disforia di genere⁷⁵, ancora raro nella giurisprudenza tunisina e dei paesi arabi.

In conclusione, questa pronuncia di segno positivo in materia di cambiamento di genere dimostra l'importanza assunta dal diritto comparato negli itinerari argomentativi della giurisprudenza tunisina. Nonostante le innegabili aperture ai diritti e alle libertà individuali invocate reiteratamente nella sentenza, non si possono sottacere le diverse zone d'ombra: il Tribunale non è stato infatti così radicale da acclarare *sic et simpliciter* il diritto all'autodeterminazione e all'identità di genere, in un'ottica non medicalizzata.

5 - Profili comparatistici. Il processo di rettifica del genere in una pronuncia della Corte d'appello di Beirut

La pronuncia del Tribunale di Tunisi presenta molti punti di contatto con una sentenza - salutata dall'opinione pubblica come una grande conquista di civiltà giuridica⁷⁶ - della Corte d'appello di Beirut (sent. n. 1123 del 2015 del 3 settembre 2015)⁷⁷, relativa alla rettifica dell'atto di nascita di una persona transgenere FtM.

⁷⁵ Si deve precisare che dal punto di vista lessicale, il termine arabo che indica transgenderismo è *al-tahawwul al-ġins* o *al-taghyīr al-ġins*, quest'ultimo recepito dalle organizzazioni LGBTQI e utilizzato anche dai giuristi. Vi è poi un altro termine, *tahdīd al-ġins* o *taṣḥīḥ al-ġins*, usati per indicare la "correzione" del sesso, come nel caso delle persone intersessuali. I giuristi sunniti ammettono essenzialmente la correzione del sesso (*taṣḥīḥ al-ġins*) e non la rettificazione del sesso, in quanto ritenuto frutto di un mero desiderio. Sul punto, si veda **S. TOLINO**, *Transgenderism*, cit., pp. 228-229. Esiste, infine, un ulteriore termine che probabilmente restituisce maggiormente il concetto di persona transgenere, in quanto non collegato necessariamente a modifiche fisiche ed è العبارات/بن جنسيا (traslitterazione: *al-'ābirāt/al-'ābirīn ġinsiyann*) Si deve evidenziare che nella sentenza in oggetto si utilizza "taghyīr al-ġins" e "tahwīl al-ġins" e non "taṣḥīḥ al-ġins".

⁷⁶ **A. SAFDAR**, *Transgender ruling in Lebanon an 'empowering' moment*, consultabile sul sito (<https://www.aljazeera.com/indepth/features/2016/02/transgender-ruling-lebanon-empowering-moment-160206125311413.html>).

⁷⁷ La disamina della vicenda è tratta da **Y. MAKHLŪF**, in تغيير الجنس في حكم قضائي جديد: احترام حق الفرد في تغيير حاله (traslitterazione: *taghyīr al-ġins fī hukum qaḏā'ī ġadīd: ihtirām haqq al-farid fī taghyīr hāluhu*, traduzione: *Il cambio di sesso in un nuovo provvedimento giudiziario: il rispetto del diritto individuale nel cambiare la sua condizione*) (consultabile in <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=1386&folder=articles&lang=ar#>).



Si può presumere che le giudicanti tunisine abbiano studiato la sentenza libanese, in quanto, dalla lettura del provvedimento del Tribunale di Tunisi, emerge come Rayān, a supporto della propria richiesta, avesse prodotto in giudizio un articolo di dottrina in cui si faceva riferimento alla sentenza libanese. Detta influenza non deve stupire, poiché trattasi di aree geografiche che condividono sia retaggi storico-culturali comuni, sia l'utilizzo della medesima lingua, per cui, effettivamente, la giurisprudenza libanese rappresenta un punto di riferimento e di confronto privilegiato. Si osserva peraltro come le scelte comparatistiche effettuate dalla Corte libanese siano state, in parte, le stesse invocate dal Tribunale di Tunisi.

Prima di procedere all'analisi della sentenza della Corte d'appello di Beirut, va premesso che già nel 1987 il Tribunale di Beirut accoglieva il primo caso nel paese di rettifica del genere nel registro dello stato civile⁷⁸ di una persona ricorrente di sesso maschile ascritto alla nascita, sottoposti a un intervento chirurgico finalizzato al transito verso il genere femminile.

Le affinità, peraltro, tra la sentenza del Tribunale di Tunisi e la pronuncia della Corte d'appello di Beirut del 2015 non riguardano solo la tematica del giudizio e l'assenza, in entrambi i paesi, di una normativa *ad hoc*, ma vi è altresì una convergenza dei principi giuridici applicati per la soluzione dei casi. La Corte d'appello di Beirut, infatti, poneva a base della propria decisione il principio fondamentale della tutela del rispetto della vita privata.

Nel 2015 la Corte d'appello di Beirut, anch'essa composta da tre donne, annullava la decisione di un giudice di primo grado che aveva rigettato il ricorso promosso da una persona FtM finalizzato alla rettifica del genere anagrafico negli atti dello stato civile.

La Corte, riconoscendo la disforia di genere del ricorrente, minuziosamente provata sin dal primo grado di giudizio, evidenziava, da un lato, le gravi sofferenze patite dall'appellante e, dall'altro lato, il lungo *iter* medico, durato ben dieci anni, antecedente all'intervento avvenuto in Thailandia.

Alla luce di tali premesse, la Corte, dopo aver sottolineato la necessità (*darūri*) di tale intervento per permettere "la guarigione e la liberazione dell'appellante dalla sofferenza che ha patito per tutta la vita", prendeva atto dell'assenza nella legislazione libanese di una normativa

⁷⁸ L'informazione è tratta da H. MUHAMMAD 'ALĪ FAQĪH, *Tahwīl al-ġins fī al-nidām al-qānūnī al-lubnānī* (traduzione: *cambiamento di sesso nell'ordinamento giuridico libanese*), in (<http://www.legallaw.ul.edu.lb/ViewResearchPage.aspx?id=45&language=ar>).



che proibisse la rettifica del genere e che anzi, la legge n. 288 del 1992 sulla “*deontologia medica*” (*qanūn al-adāb aṭṭibbiya*), ai commi quarto e quinto dell’art. 30, prevedeva la possibilità di rettificare il sesso in caso di urgenza e di estrema necessità⁷⁹.

Constatata poi la discrasia tra il fisico e le generalità presenti nei documenti, la Corte rilevava la portata delle problematiche concrete che una tale discrepanza comportava, quali la violazione del rispetto della vita privata e delle libertà fondamentali.

Il provvedimento presenta inoltre diversi e interessanti profili di indagine, con riferimento alla dimensione comparatistica.

La Corte, infatti, come avrebbe fatto tre anni più tardi il Tribunale tunisino, invocava l’art. 17, sul rispetto della vita privata, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ratificato dal Libano con legge numero 3855 del 1972. Segnatamente, la Corte enucleava il principio di supremazia, in caso di contrasto, del diritto internazionale rispetto al diritto domestico, poiché “il Libano, alla luce della lettera B del preambolo della Costituzione libanese, è un membro fondatore e fattivo dell’ONU, vincolato alle sue convenzioni e alla Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo”.

Data questa premessa, la Corte, rilevando il dovere del rispetto della vita privata dell’appellante, si richiamava anch’essa sia alle sentenze della Corte EDU *Goodwin c. Regno Unito* e *B. c. Francia*, sia alla sentenza della Corte di Cassazione francese del 1992, riportando *ad litteram* il seguente passo:

“Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son État civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification”.

La Corte, accogliendo l’appello e disponendo conseguentemente la rettifica delle generalità rilevanti per il diritto libanese⁸⁰, quali nome,

⁷⁹ La norma è consultabile in lingua araba sul sito dell’Ordine dei Medici Libanesi (<http://oml.org.lb/en/Pages/147/Amendment-of-the-Medical-Ethics-Law>).

⁸⁰ Sul tema, sono di interesse le opere di Maya Mikdashi che hanno analizzato il rapporto tra religione, *madhab* (scuola giuridica dell’Islam) e genere in Libano, approfondendo, con riferimento al transgenderismo, il concetto di “*social sex*” così come elaborato dai giudici libanesi. In tal senso si vedano **M. MIKDASHI**, *Queering Citizechip*,



genere, stato civile, si è mostrata particolarmente sensibile alla protezione della vita privata dell'appellante e della sua identità di genere, manifestando una notevole capacità di comprendere e immaginare la sofferenza altrui.

Alla luce delle brevi considerazioni svolte sino a ora sulla sentenza della Corte d'appello di Beirut, emergono delle interessanti analogie con la pronuncia tunisina, tra cui, il più notevole, appare il ricorso al diritto comparato e al dialogo con altre corti del globo, quale la Corte EDU e la giurisprudenza di legittimità francese.

Con riferimento, invece, alle diversità con la pronuncia tunisina, va osservato che, nella sentenza libanese, non vi è alcun riferimento al *fiqh*. Ciò è dovuto alle peculiarità della struttura costituzionale libanese, in quanto nella Carta fondamentale, non solo non si fa alcun riferimento all'*islām* come religione di Stato, ma all'art. 9 viene sancita la totale libertà di coscienza delle persone e l'obbligo dello Stato di rispettare tutti i credi e le religioni⁸¹.

6 - Considerazioni conclusive

L'obiettivo di questo contributo è stato quello di discutere l'approccio giurisprudenziale di un Tribunale arabo, in relazione a una *quaestio*, quella della rettifica legale del genere, non ammessa nella maggior parte degli stati della regione. Si è voluto altresì mostrare lo sviluppo di una sensibilità giuridica verso i diritti e le libertà delle persone, con riferimento a una problematica eticamente sensibile e dibattuta nell'opinione pubblica tunisina.

Si può ipotizzare che la sentenza del Tribunale di Tunisi possa rappresentare uno strumento significativo di tutela delle persone transgenere, potendo dare linfa vitale ai movimenti di rivendicazione dei diritti della comunità LGBTQI. Il quadro tunisino presenta certamente forti elementi di criticità⁸² che impediscono alla comunità LGBTQI di

Queering Middle East Studies, in *International Journal of Middle East Studies*, vol. XLV, II, 2013, pp. 350-352, e M. MIKDASHI, *Religious Conversion and Da'wa Secularism: Two Practices of Citizenship in Lebanon*, Columbia University, tesi di dottorato del 2014 (consultabile in <https://academiccommons.columbia.edu/>).

⁸¹ V.M. DONINI, D. SCOLART, *La shari'a*, cit. p. 153.

⁸² Sul punto, si veda il rapporto di Amnesty International sottoposto alla cinquantanovesima sessione (19 settembre-7 ottobre 2016) del Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali, nel quale emerge che "LGBTI people in Tunisia face pervasive discrimination in law and practice, live in constant fear of arrest and



godere pienamente dei propri diritti e libertà fondamentali, anche se nell'orizzonte giuridico e nel sentire sociale si stanno stagliando importanti cambiamenti, che probabilmente potranno infondere nuova vitalità all'assetto normativo e giurisprudenziale.

In questo momento storico in cui le persone appartenenti alla minoranza LGBTQI tentano di rivendicare pubblicamente i propri diritti⁸³, ancora ampiamente negati, i potenziali casi di intervento dell'autorità giudiziaria potrebbero aumentare, proprio perché vi sono nuove istanze di libertà e di uguaglianza, rinvigorite dalla rivoluzione del 2011 e dalla nuova Costituzione del 2014.

Appare pertanto significativo il tentativo effettuato dal Tribunale di Tunisi di trovare un punto di equilibrio, per garantire il diritto di rettifica legale del genere, tra i principi giuridici di ordinamenti stranieri e sovranazionali, espressi soprattutto dalla giurisprudenza della Corte EDU, e il *fiqh*, da cui è stata tratta la dottrina della *darūra*, usata più intensamente dalla scuola giuridica malichita⁸⁴. In particolare, la dottrina dello "stato di necessità" si presta a essere interpretata in maniera elastica e, in assenza di una normativa specifica in materia, ben potrà essere invocata dai giudici tunisini per garantire la tutela dei diritti delle persone transgenere.

prosecution, and are particularly vulnerable to violence on account of their real or perceived sexual orientation or gender identity" (in <https://tbinternet.ohchr.org/SitePages/Home.aspx>).

⁸³ Oltre alla già citata associazione SHAMS, va segnalato il *Mawjoudin Queer Film Festival*, evento cinematografico nato nel 2018, unico nel suo genere nella regione e dedicato, come si legge nel sito "mainly on the issue of non-normative gender and sexuality, breaking thus the taboos around this theme. The festival conceives of itself as audacious; it will deal more with the intersectional approach in the fight against gender based discriminations and repression. Its unprecedented screening program will rhyme with discoveries, stimulate reflection, and aspire to illuminate basic notions that are blurred or even erroneous in the collective unconscious" (da <http://queerfilmfestival.mawjoudin.org/en/home/>).

⁸⁴ Le scuole giuridiche dell'Islam sunnita sono quattro: la scuola malichita, hanafita, hanbalita e sciafiita. La scuola malichita è la più diffusa nel Maghreb e in Tunisia. Seppur fondata dal medinese Malik Ibn Anas (nato tra il 708 e il 716 e morto nel 796), "l'autentico costruttore deve essere considerato al-Sahnūn (777-885), un famosissimo giurista vissuto a Kairouan, in Tunisia [...] Dal punto di vista dottrinale, la scuola si rifà strettamente ai ḥadīth, ma attribuisce pure grande importanza alla tradizione dei compagni diretti del Profeta e, più in generale, dei pii e dotti medinesi" (M. CAMPANINI, *I sunniti*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 31-32). Vi è conseguentemente un'attenzione della scuola giuridica malichita nei confronti della tradizione e degli *ahādīth*. Sul tema si veda, A. VENTURA, *L'islām sunnita nel periodo classico (VII-XVI secolo)*, in *Islam*, a cura di G. FILORAMO, Laterza, Bari, 1999, p. 116.



In conclusione, con una motivazione ricca di suggestioni, il Tribunale di Tunisi ha affrontato la questione relativa alla compatibilità della rettifica del genere con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico tunisino. Si tratta, per molti aspetti, di una sentenza fondamentale, le cui peculiarità sono connesse all'apertura verso fonti attente ai diritti umani e all'evoluzione del ruolo del giudice tunisino, che sta assumendo sempre più una funzione di innovazione giuridica.

Da una prospettiva più ampia, i giudici tunisini saranno chiamati a un impegno sempre maggiore nell'applicazione effettiva e concreta dei principi costituzionali, anche in armonia con i nuovi venti culturali enucleati nel rapporto COLIBE. Tale attività ermeneutica potrà tracciare nuove strade nella tutela giuridica delle minoranze, senza dover rinunciare alla propria identità culturale e giuridica, come già accaduto altre volte nella storia tunisina.

A landmark decision concerning gender rectification in Tunisia: the right to a private life between comparative law, international law and fiqh

The decision of the Tribunal of Tunis, concerning gender rectification in public registries of a transgender FtM person who underwent sex reassignment treatment, is an example of innovative case law. The judgment, changing the previous case law, is characterized by the use of the comparative method, so that, in the grounds for ruling, legal principles from different foreign jurisdictions and the fiqh coexist. Specifically, the Tribunal of Tunis, showing an open and dialogical approach to other jurisdictions and legislations of the globe, has consecrated the fundamental human right of gender rectification in public registries, rarely recognized in other Arab countries.

Key words: transgenderism, fiqh, gender identity, Tunisian case law, LGBTQI rights, comparative law