

## **TI\_GERICHTE 36.2011.2 vom 8. Januar 2009**

TI Tribunale d'appello, 2009-01-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_36.2011.2\\_d20090108](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2011.2_d20090108)

FR: TI\_GERICHTE 36.2011.2 du 8 janvier 2009

IT: TI\_GERICHTE 36.2011.2 del 8 gennaio 2009

### **Regeste**

Operazione di cambiamento di sesso. Esame dell'attualità delle condizioni poste dalla giurisprudenza alla luce della sentenza del 29002/06 dell'8 gennaio 2009 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

### **Erwägungen**

#### **E. 22**

giugno 2011 In nome della Repubblica e Cantone Ticino Il Tribunale cantonale delle assicurazioni composto dei giudici: Daniele Cattaneo, presidente, Raffaele Guffi, Ivano Ranzanici redattore: Christian Steffen, vicecancelliere segretario: Fabio Zocchetti statuendo sul ricorso del 17 gennaio 2011 di RI 1 rappr. da: RA 1 contro la decisione su opposizione del 15 dicembre 2010 emanata da CO 1 in materia di assicurazione sociale contro le malattie ritenuto, in fatto 1.1. RI 1, nato l' \_\_\_\_\_ 1990, è assicurato contro le malattie presso CO 1 (di seguito: CO 1). 1.2. Il 5 novembre 2011 il dr. med. \_\_\_\_\_, Oberarzt dell'Ospedale universitario di \_\_\_\_\_ ha scritto al dr. med. \_\_\_\_\_, Oberarzt della " \_\_\_\_\_ ", del medesimo nosocomio, con copia ad CO 1, ponendo la diagnosi, per RI 1 di " Verdacht auf Transsexualismus Mann-zu-Frau (F64.0) " e spiegando i passi da intraprendere, nei seguenti termini: "(...) Meinerseits wurde der Patientin die Verdachtsdiagnose Transsexualismus eröffnet und erläutert. Ich stellte der Patientin den Behandlungsstandard für Transsexualismus vor. In diesem Sinne wird sie nun für ein Jahr ein Alltagserleben als Frau durchführen. Anschliessend kann sie allenfalls von uns zur Hormonbehandlung im USZ überwiesen werden. Nach zwei Jahren Beobachtungszeit und gesicherter Diagnose eines Transsexualismus, sowie Urteilsfähigkeit hinsichtlich Operation sind operative geschlechtsangleichende Massnahmen aus psychiatrischer Sicht möglich. Hier muss beim jungen Alter der Patientin allerdings individuell mit der Krankenkasse Kontakt aufgenommen werden. Die Krankenkasse ist verpflichtet die Leistungen ab dem 25. Lebensjahr zu übernehmen, Ausnahmen müssen vorab bewilligt werden. Wir vereinbarten eine Fortsetzung der psychiatrischen Gespräche einmal pro Monat in der Sprechstunde für Transsexualismus an der Psychiatrischen Poliklinik USZ." (doc. 1) 1.3. Con scritto del 21 dicembre 2009 l'assicuratore ha rifiutato di assumersi i costi di qualsiasi intervento di cambiamento di sesso prima del compimento dei 25 anni dell'interessato (doc. 2). 1.4. L'8 gennaio 2011 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha scritto ad CO 1 affermando: "(...) Selbstverständlich gelten bereits vorher psychiatrische Gespräche, Logopädie und Hormonbehandlung zur Vorbereitung der geschlechtsangleichenden operativen Massnahmen und Begleitung der Patienten als Krankenkassen-Pflichtleistung. Entsprechend bitte ich Sie, zu explizieren, dass seitens ihrer Krankenkasse die Pflichtleistung der psychiatrischen Gespräche, Logopädie und zu gegebenem Zeitpunkt die Hormonbehandlung übernommen wird. Gerne möchte ich Sie dann zu einem späteren

Zeitpunkt, vor dem Hintergrund der legalen geschlechtsangleichenden Massnahmen bereits ab dem 18. Lebensjahr und gemäss internationaler Behandlungsstandards, um die Kostenübernahme für frühere Operation als im 25. Lebensjahr anfragen. International gilt nämlich die Altersgrenze 18. Jahre als Zeitpunkt für allfällige geschlechtsangleichend operative Massnahmen. Ob es sinnvoll ist den Patientin über Jahre “hinzuhalten” muss zu gegebenem Zeitpunkt aus meiner Sicht besprochen werden und ich hoffe auf Ihr Entgegenkommen in dieser Diskussion.” (doc. 3) 1.5. Dopo un ulteriore scritto del 30 aprile 2010 di CO 1, il dr. med. \_\_\_\_\_, ha evidenziato: “Mit Schreiben vom 30.04.10 verweist Ihre Versicherung auf die Altersgrenze von 25 Jahren bezüglich der geschlechtsangleichenden Behandlung bei Transsexualismus. Hier scheint es sich um einen grundsätzlichen Irrtum zu handeln. Das Alter von 25 Jahren und eine 2-jährige Beobachtungszeit werden für die operative Geschlechtsumwandlung vorausgesetzt (Art. 25 KVG; E.2+3). Die diagnostische Phase und Behandlung (inc. Hormontherapie) eines Transsexualismus vor operativen geschlechtsangleichenden Massnahmen gelten bereits vor dem 25. Lebensjahr als Pflichtleistungen. Darf ich Sie bitten, entsprechend der Gesetzeslage Ihrer Leistungspflicht für psychotherapeutische Gespräch und Hormonbehandlung bei Ihrer Versicherten nachzukommen.” (doc. 5) 1.6. Il 29 giugno 2010 l’assicuratore ha risposto: “(...) Après une nouvelle lecture des différentes jurisprudences rendues par le Tribunal fédéral des assurances, il apparaît que l’opération ne peut être envisagée qu’à partir de l’âge de 25 ans, après des investigations médicales très approfondies – psychiatriques et endocrinologiques – et une période d’observation d’au moins deux ans. En conséquence, s’agissant de la psychotérapie et de l’hormonothérapie, nous acceptons d’en prendre en charge les coûts au titre de l’assurance obligatoire des soins avant l’âge de 25 ans.” (doc. 6) 1.7. Il 9 agosto 2010 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha nuovamente scritto ad CO 1 affermando: “(...) Sie weisen darauf hin, dass die Kosten für geschlechtsangleichend operative Massnahmen erst nach einer 2-jährigen Beobachtungszeit und ab dem Alter von 25 Jahren übernommen werden. Heute erlaube ich mir Sie dahingehend nochmals anzufragen. Selbstverständlich halte auch ich eine Verlaufs- sowie eine diagnostische Beobachtung von 2 Jahren für völlig angebracht. Klinisch-psychiatrisch zeigt meine Erfahrung jedoch, dass das Abstellen auf ein Bundesgerichtsurteil und damit Einhalten der Altersgrenze von 25 Jahren bei dieser Patientin keinen Sinn macht. Das von Ihnen angesprochene Bundesgerichtsurteil befasste sich mit einem individuellen Fall der anders gelagert war als der Fall Ihrer Versicherten. Ich denke, das nach ausgiebiger psychotherapeutischer Begleitung, intensiver Diagnostik sowie ausreichender hormoneller Behandlung auch die Möglichkeit gegeben sein muss, geschlechtsangleichend operiert zu werden. Aus meiner Sicht und auf Grund meiner langjähriger Erfahrung im Bereich Transsexualismus, empfehle ich im Sinne Ihrer Versicherten, nach 2 Jahren Beobachtungszeit, aber vor dem 25. Lebensjahr, einer Kostenübernahme zuzustimmen. Ich hoffe auf Ihr Verständnis und die Gutsprache der Kosten für die geschlechtsangleichende Operation nach 2 Jahren Beobachtungszeit.” (doc. 7) 1.8. Dopo un ulteriore scambio di corrispondenza tra l’assicuratore ed il dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH in medicina interna di \_\_\_\_\_, il quale chiedeva in sostanza di convocare il suo paziente per una visita medica ad opera di un medico fiduciario per esaminare la presa a carico delle spese dell’intervento di cambiamento di sesso (doc. 8 e 9), con decisione del 17 dicembre 2010 CO 1 ha confermato l’assunzione dei costi della psicoterapia e dell’ormonoterapia, mentre a rifiutato di rimborsare il costo di un eventuale intervento chirurgico di cambiamento di sesso poiché l’interessato non ha ancora compiuto 25 anni (doc. 11). 1.9. RI 1,

rappresentato dall'avv. RA 1, ha presentato una tempestiva opposizione facendo in sostanza valere che la giurisprudenza che fissa a 25 anni il limite per poter procedere con l'intervento di cambiamento di sesso è ormai superata (doc. 12). 1.10. Con decisione su opposizione del 15 dicembre 2010 CO 1 ha confermato la precedente decisione, nel senso di accettare di assumersi i costi della psicoterapia e dell'ormonoterapia ma non quelli legati all'intervento di cambiamento di sesso. Dopo aver esaminato le sentenze federali pubblicate in DTF 114 V 153, DTF 114 V 162 e DTF 120 V 462, nonché la sentenza 9F\_9/2009 del 15 settembre 2010 dove il TF ha proceduto alla revisione di una sua sentenza in seguito alla decisione 29002/06 dell'8 gennaio 2009 della Corte europea dei diritti dell'Uomo, l'assicuratore ha rilevato che l'Alta Corte non ha rinunciato a priori né al periodo di osservazione di due anni prima di procedere con l'intervento chirurgico, né al limite dei 25 anni (doc. 13). 1.11. Contro la predetta decisione su opposizione, \_\_\_\_\_, sempre rappresentato dall'avv. RA 1, è insorto al TCA, ribadendo la vetustà della giurisprudenza federale per quanto concerne il limite d'età dei 25 anni prima di procedere con l'intervento di cambiamento di sesso (doc. D). L'insorgente sostiene che questo requisito è arbitrario e viola l'art. 8 cpv. 2 della Costituzione federale e rileva che l'intervento chirurgico deve avvenire in tempi brevi poiché l'assunzione di ormoni gli ha provocato un'inflammazione per la quale ha dovuto recarsi al Pronto Soccorso dell'Ospedale Regionale di \_\_\_\_\_. 1.12. Con risposta del 2 febbraio 2011 l'assicuratore propone la reiezione del ricorso evidenziando come nel caso di specie, al momento dell'emissione della decisione impugnata, facevano difetto sia la condizione dell'età (25 anni), sia quella del periodo di trattamento di 2 anni prima di procedere con l'intervento chirurgico e mettendo in dubbio la diagnosi di vero transessualismo (doc. III). 1.13. Con osservazioni del 14 febbraio 2011 l'insorgente ha ribadito le sue precedenti osservazioni, allegando nuova documentazione medica e rilevando di essere in cura da oltre due anni se si tien conto del trattamento effettuato in Italia presso medici di \_\_\_\_\_ (doc. V). L'assicurato ha in particolare prodotto un certificato del 9 febbraio 2011 della dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH endocrinologia e diabetologia, la quale ha affermato: "(...) Seguo il signor RI 1 dall'8 agosto 2009. Egli mi ha consultata perché desiderava cambiare sesso. Fin dalla prima visita la sua motivazione è apparsa molto chiara e convinta. Le successive consultazioni presso gli psichiatri Dr \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_\_ e Dr \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_\_ hanno confermato la diagnosi di transessualismo e l'indicazione al cambiamento di sesso. Nel corso del periodo trascorso fino all'ultima visita presso il mio studio l'8 febbraio scorso, il signor RI 1 si è presentato regolarmente alle visite e ai controlli del sangue proposti. Si è sempre dimostrato molto assiduo nell'assunzione della terapia, ormonale e antiandrogeni, prescritta e la sua motivazione nei confronti del percorso intrapreso si è progressivamente rinforzata. Infatti nel febbraio 2010 ha pure subito un intervento di rinoplastica per ulteriormente modificare il suo aspetto. Da più di un anno egli vive nel ruolo di genere (donna) con molta serenità e sicurezza. La necessità di procedere a breve termine verso l'intervento definitivo di cambio di sesso mi appare del tutto chiara in questo ragazzo entrato nel suo ventunesimo anno di età. Non vi sono dubbi sul fatto che RI 1 è perfettamente cosciente della scelta fatta e delle sue conseguenze. La relativa cattiva tolleranza all'Androcur, farmaco antiandrogeni che potrà essere interrotto dopo l'intervento chirurgico, è un motivo in più per accelerare la decisione" (doc. B) 1.14. Chiamata a prendere posizione in merito, il 24 febbraio 2011 CO 1 ha mantenuto la sua posizione (doc. VII). 1.15. Con scritto 2 marzo 2011 l'insorgente ha prodotto un nuovo certificato del dr. med. \_\_\_\_\_ dell'8 dicembre 2010, nonché uno scambio di e-mail con il medesimo specialista, ribadendo le sue richieste (doc. IX).

Nell'attestato dell'8 dicembre 2010 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha affermato: "(...) Herr RI 1 ist mir seit dem 30.10.2009 bekannt. Im Verlauf des letzten Jahres konnte die Diagnose eines Transsexualismus Mann-zu-Frau gesichert werden. Aus versicherungsrechtlicher Sicht kann der Patient bei dieser Diagnose ab dem Alter von 25 Jahren operiert werden. In begründeten Einzelfällen hat die Praxis jedoch gezeigt, dass geschlechtsangleichende operative Massnahmen von anderen Kassen bereits ab dem 18. Lebensjahr übernommen werden. Bei gesicherter Diagnose und bereits etablierter Hormonbehandlung mit weiblichen Geschlechtshormonen könnte bei Herrn RI 1 aus psychiatrischer Sicht bald die geschlechtsangleichende Operation geplant werden. Diesbezüglich hat die Krankenkasse jedoch kein Entgegenkommen geäussert und wir haben noch keine konkreten Schritte geplant. Der Patient bat Sie, auf dem Rechtsweg für seine Geschlechtsangleichung die nötigen Schritte in die Wege zu leiten." (doc. E) Nel citato e-mail del 2 marzo 2011 lo specialista ha affermato: "Herr RI 1, geboren \_\_\_\_\_ 1990, ist mir seit 30.10.2009 bekannt. Im Verlauf des letzten Jahres konnte die Diagnose eines echten Transsexualismus Mann-zu-Frau gesichert werden. Aus psychiatrischer Sicht kann zum aktuellen Zeitpunkt die Hormonbehandlung etabliert werden. Geschlechtsangleichende operative Massnahmen empfehlen wir aus psychiatrischen Sicht nach Ablauf einer zweijährigen Beobachtungszeit zirka November 2011 (doc. D) 1.16. Con osservazioni del 9 marzo 2011 l'assicuratore ha ribadito la sua posizione (doc. XI). in diritto 2.1. Per l'art.

## **E. 25**

und Art. 32 KVG relativ offen formulierten gesetzlichen Leistungsvoraussetzungen dar. Gemäss Grundsatzurteil BGE 114 V 153 ist das Erfordernis der mindestens zweijährigen Beobachtungszeit Ergebnis einer - gestützt auf eingehende medizinische Darlegungen zahlreicher Spezialärzte im Bereich der Psychiatrie, der Endokrinologie sowie der Plastischen und Wiederherstellungs-Chirurgie vorgenommenen - gerichtlichen Abwägung zwischen dem persönlichkeitsnahen und vitalen Interesse der Transsexuellen an sexueller Identität und Selbstbestimmung einerseits und den Interessen der Einzelnen wie der gesamten Versichertengemeinschaft andererseits daran, dass insbesondere die gesetzlichen Kriterien der Wirksamkeit und Zweckmässigkeit (Art. 32 KVG) bei einem derart folgenschweren und auch erheblich kostenrelevanten Eingriff wie der Geschlechtsanpassung sehr sorgfältig geprüft und ungerechtfertigte Operationen auf Kosten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vermieden werden (vgl. auch E. 4 hievor in fine). Das Erfüllen der zweijährigen Beobachtungsphase als Voraussetzung nicht einer Geschlechtsumwandlungsoperation als solcher, aber des krankensicherungsrechtlichen Kostenvergütungsanspruchs - erachtet die im Urteil K 110/05 zitierte Rechtsprechung ungeachtet der konkreten persönlichen Umstände als eine verhältnismässige, insbesondere auch als für die je betroffenen Personen zumutbare Konkretisierung der gesetzlichen Leistungsvoraussetzungen. Ihre Einhaltung generell-abstrakt für alle Transsexuellen zu fordern, stellt - so die zu Grunde liegende Überzeugung - einen sozialstaatlich angemessenen Interessenausgleich (vgl. Urteil Schlumpf gegen Schweiz, § 104: "mise en balance des intérêts concurrents") unter gleichzeitiger Wahrung der auch im Sozialversicherungsrecht zentralen Gebote der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit dar. Es verhält sich mit diesem Leistungserfordernis insoweit nicht anders als in zahlreichen andern Fällen des Sozialversicherungsrechts, in welchem für Betroffene gleichermassen geltende versicherungsrechtliche Leistungsvoraussetzungen die private Lebensführung - etwa den konkreten Zeitpunkt einer medizinischen Massnahme oder die Wahl eines bestimmten Leistungserbringers - beeinflussen können. 7.3.3.3 Nach dem vorstehend

Gesagten konnte und musste sich das EVG im Urteil vom 5. Dezember 2005 mit den von der Versicherten angebotenen Beweisen und geltend gemachten Umständen nicht befassen, da ihnen im Lichte der konkretisierenden innerstaatlichen Auslegung des Art. 25 in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 KVG die Rechtserheblichkeit abzusprechen war, sie mithin auch nicht dem Recht, zum Beweis zugelassen zu werden (Art. 29 Abs. 2 BV), unterstanden (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 131 I 153 E. 3 S. 157 mit Hinweisen; Urteil 4A\_479/2009 vom 23. Dezember 2009, E. 3.1; ferner - mit Bezug auf Art. 8 ZGB – BGE 129 III 18 E. 2.6 S. 24, mit Hinweisen). Indem der EGMR im Urteil vom 8. Januar 2009 gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 und Art. 8 EMRK eine an den spezifischen Umständen des Einzelfalls orientierte Betrachtungsweise verlangt, die allenfalls eine Ausnahme von der "Zweijahres-Regel" zu begründen vermöchte, hat er in concreto über eine (juristische) Frage der Rechtserheblichkeit entschieden, deren Beantwortung im versicherungsrechtlichen Kontext von den massgebenden innerstaatlichen Rechtsnormen abhängt. Im Ergebnis hat er damit - auch als Konsequenz einer fliessenden Grenzziehung zwischen Verfahrensansprüchen nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK einerseits und positiven Verpflichtungen aus Art. 8 EMRK andererseits (vgl. dazu Gerold Steinmann, Der Schweizer Praktiker vis-à-vis von EMRK und EGMR, in: Breitenmoser/Ehrenzeller [Hrsg.], EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 252 ff.) - materiellrechtlich Einfluss genommen auf die landesrechtliche Ausgestaltung einer obligatorischen Sozialversicherungsleistung, auf welche die EMRK selbst keinen Anspruch gibt. Man könnte sich fragen, ob der EGMR damit nicht seine ihm in den Art. 19 und 34 EMRK übertragenen Zuständigkeiten überschritten hat. 7.3.4 Das Bundesgericht hat die im EGMR-Urteil vom 8. Januar 2009 festgestellten Konventionsverletzungen nach Massgabe von Art. 46 EMRK und Art. 122 BGG auch dann zu beseitigen, wenn es von der Richtigkeit der Herleitung und Begründung durch den EGMR nicht überzeugt ist. Die im EGMR-Urteil geforderte Einzelfallprüfung hat bis heute nicht stattgefunden; die Gesuchstellerin bleibt weiterhin - gemäss EGMR zu Unrecht - kategorisch vom umstrittenen Kostenvergütungsanspruch ausgeschlossen. Abgesehen vom Anspruch auf öffentliche Verhandlung (E. 6 hievore) dauern die festgestellten Konventionsverletzungen somit an. Sie sind erst beseitigt, wenn aufgrund konkreter medizinischer Stellungnahmen abschliessend geklärt worden ist, ob im Falle der Versicherten die Geschlechtsumwandlungsoperation - unter Berücksichtigung der besonderen, vom EGMR erwähnten Gegebenheiten (wie persönliche und familiäre Vorgeschichte, Alter von 67 Jahren im Operationszeitpunkt, ...) - vor Ablauf der zweijährigen Beobachtungs- und Behandlungsphase gerechtfertigt war, mit andern Worten bereits im Operationszeitpunkt (November 2004) ein nur noch mittels operativem Eingriff wirksam und zweckmässig behandelbarer Transsexualismus feststand. Die Revision ist daher im Sinne von Art. 122 lit. c BGG notwendig, um den konventionskonformen Zustand wiederherzustellen. Das Revisionsgesuch ist demnach gutzuheissen und das EVG-Urteil vom 5. Dezember 2005 aufzuheben. Damit wird das ursprüngliche Verfahren wieder aufgenommen und die Gesuchstellerin in den Zustand ex tunc ohne die vom EGMR festgestellten Konventionsverletzungen versetzt; die vor dem EVG hängig gewesene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist - nach damaliger Sach- und Rechtslage unter Beachtung der Vorgaben gemäss im EGMR-Urteil vom 8. Januar 2009 - zu beurteilen, wie wenn das Urteil K 110/05 nicht existiert hätte (vgl. BGE 136 I 158 E. 3 S. 164; Urteil 2F\_11/2008 vom 6. Juli 2009, E. 4.1 mit Hinweis). 8. 8.1 Für den hier eingetretenen Fall der Gutheissung des Revisionsgesuchs beantragt die Gesuchstellerin in der Hauptsache die bundesgerichtliche Feststellung, "dass die Voraussetzungen für die

Übernahme der Kosten der Geschlechtsangleichungsoperation der Antragstellerin durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung erfüllt sind" (Revisionsgesuch, S. 2; Antrag Ziff. 2); der Nachweis hierfür sei durch die vorhandenen medizinischen Akten und den im Revisionsgesuch dokumentierten Stand der medizinischen Wissenschaft hinreichend erbracht. 8.2 Dem im Grunde nicht auf ein letztinstanzliches Feststellungs-, sondern auf ein direktes Leistungsurteil zielenden Antrag der Gesuchstellerin ist nicht stattzugeben: Beschwerdeführende Partei im EVG-Ausgangsverfahren war die Krankenkasse SWICA, welche die Aufhebung des Rückweisungsentscheids vom 21. Juni 2005 (E. 4 hievon) und Bestätigung ihres leistungsverweigernden Einspracheentscheids vom 16. Februar 2005 beantragt hatte. Die heutige Gesuchstellerin hatte darauf verzichtet, ihrerseits Beschwerde zu führen. Da das für das Ausgangsverfahren massgebende Bundesrechtspflegegesetz (OG) - wie heute das Beschwerdeverfahren nach Art. 90 ff. BGG (SVR 2009 FZ Nr. 5 S. 17, 8C\_156/2009 E. 4 mit Hinweis; Urteile 8C\_531/2008 vom 8. April 2009 E. 1.3, nicht publ. in: BGE 135 V 279; 8C\_231/2008 vom 3. April 2009 E. 2, nicht publ. in: BGE 135 V 185; je mit Hinweisen) - die Anschlussbeschwerde nicht vorsah (BGE 125 V 324 E. 2 S. 328, mit Hinweis), beschränkte sich ihr vernehmlassungsweise gestellter Antrag - mit Blick auf den durch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde bestimmten Streitgegenstand zutreffend (BGE 122 V 242 E. 2a S. 244, mit Hinweisen) - auf die Bestätigung des angefochtenen kantonalen Entscheids und die Abweisung der dagegen gerichteten Beschwerde der SWICA. Wie nachfolgend gezeigt, besteht im Lichte des nunmehr ergangenen EGMR-Urteils kein Anlass, über die damaligen Anträge der Parteien im Sinne der im Revisionsgesuch verlangten (unter Herrschaft des OG [anders als heute] grundsätzlich zulässigen; Art. 132 lit. c OG; RKUV 2004 Nr. U 520 S. 442, U 202/03 E. 3.2) reformatio in peius zu Lasten der Krankenkasse hinauszugehen; eine erneute Konventionsverletzung im Ausgangsverfahren kann anderweitig abgewendet werden. 8.3 In seinem Entscheid vom 21. Juni 2005 hat das Versicherungsgericht des Kantons Aargau die Sache an die SWICA Krankenversicherung AG zurückgewiesen. Es ordnete ergänzende medizinische Abklärungen an zur seines Erachtens nicht rechtsgenügend geklärten Frage, ob im Zeitpunkt der Geschlechtsumwandlungsoperation im November 2004 ein Transsexualismus vorgelegen habe, der mit Psychotherapie und Hormontherapie nicht angegangen werden könne. Die SWICA habe abzuklären, ob der chirurgische Eingriff die einzige Möglichkeit zur namhaften Verbesserung des psychischen Gesundheitszustandes gewesen war. Dazu sei entweder bei einem unabhängigen Sachverständigen aus dem Fachbereich des Transsexualismus ein Gutachten anzuordnen, oder es seien von den behandelnden Ärzten ergänzende Berichte einzuverlangen, welche sich zu den vom Gericht im Einzelnen formulierten Fragen zu äussern hätten. Mit seinem Rückweisungsentscheid hat das kantonale Versicherungsgericht genau das getan, was der EGMR von den schweizerischen Gerichtsinstanzen verlangt: Keine "application mécanique" (Urteil Schlumpf gegen Schweiz, § 115) der für die Anerkennung des Pflichtleistungscharakters grundsätzlich geforderten zweijährigen Wartezeit, sondern vielmehr - unter Wahrung der gesetzlichen Verfahrensrechte der Versicherten (insb. Art. 42 ATSG) - Abklärung der medizinischen Gegebenheiten im Einzelfall, die allenfalls eine vorzeitige Vornahme der Operation und Vergütung der Operationskosten durch die Gesuchsgegnerin verlangten. Die von der beschwerdeführenden SWICA gegen die geforderte Einzelfallprüfung vorgebrachten prinzipiellen Einwände müssen mit Blick auf das EGMR-Urteil vom 8. Januar 2009 als unbegründet zurückgewiesen werden (E. 7.3.4). Was die einzelfallbezogene Beweiswürdigung des kantonalen Gerichts, insbesondere die von ihm bejahte

Notwendigkeit weiterer Abklärungen betrifft, ist darin keine Verletzung bundesrechtlicher Beweisgrundsätze (Art. 61 lit. c ATSG; Art. 29 Abs. 2 BV) zu erkennen; dass zusätzliche Beweisvorkehrungen zufolge Zeitablaufs keine neuen, rechtserheblichen Erkenntnisse zum psychischen Gesundheitszustand der Versicherten vor der Operation mehr zutage fördern vermöchten, kann entgegen dem Einwand der SWICA nicht gesagt werden. Die Beschwerde des Krankenversicherers ist daher vollumfänglich abzuweisen und der im Ausgangsverfahren angefochtene Entscheid zu bestätigen. Damit ist den Vorgaben des EGMR-Urteils vom 8. Januar 2009 Genüge getan und wird die Gesuchstellerin so gestellt, wie sie es im Anschluss an den ihre Beschwerde gutheissenden - und von ihr akzeptierten - kantonalen Entscheid des aargauischen Versicherungsgerichts war und wie es ihrem im Revisionsgesuch ausdrücklich gestellten Eventualantrag entspricht. 9. 9.1 Mit der Bestätigung des kantonalen Rückweisungsentscheids vom 21. Juni 2005 hat die Verwaltung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 des Erkenntnisses "im Sinne der Erwägungen zu verfahren". Der Verweis auf die Erwägungen bezieht sich auf die in E. 3b/ee und E. 3c des Entscheids angeordneten Beweisvorkehrungen (vgl. E. 8.3 hievore) und die gestützt auf das Beweisergebnis erneut zu treffende Entscheidung in der Sache. Soweit das kantonale Gericht in E. 2 seines Entscheids allgemein festhält, das Erfordernis der zweijährigen Beobachtungsphase vor einer Geschlechtsumwandlungsoperation sei nicht "conditio sine qua non" für die obligatorische Leistungspflicht der Krankenkasse" (E. 2d/dd), gilt dies verbindlich für den konkret zu beurteilenden Fall, andernfalls ein unüberbrückbarer Widerspruch zwischen Entscheid-Dispositiv und Begründung des Urteils bestünde. 9.2 Aus der bundesgerichtlichen Bestätigung des kantonalen Entscheids folgt indessen nicht ohne Weiteres eine Abkehr von der in BGE 114 V 153 (vgl. BGE 114 V 162) begründeten Rechtsprechung dahingehend, dass in Fällen der operativen Behandlung des Transsexualismus die "Zweijahres-Regel" unter dem Blickwinkel von Art. 25 in Verbindung mit Art. 32 Abs. 1 KVG künftig hinfällig wäre. Dazu verpflichtet namentlich das EGMR-Urteil vom 8. Januar 2009 nicht (E. 7.2 hievore). Wohl hat der Gerichtshof in § 113 seines Urteils seine Überzeugung zum Ausdruck gebracht, dass die Medizin seit dem im Jahre 1988 ergangenen BGE 114 V 153 Fortschritte in der Feststellung der "Echtheit" ("veracité") des Transsexualismus einer Person gemacht hat, welchen das EVG-Urteil nicht Rechnung getragen habe. Er hat aber zugleich auch klargestellt, dass mit der zweijährigen Wartefrist ein sowohl aus Sicht der betroffenen Personen wie auch der Versicherungen legitimes Ziel - die Verhinderung übereilter irreversibler Geschlechtsumwandlungen - verfolgt wird (Urteil Schlumpf gegen Schweiz, § 111). Prüft man das Erfordernis einer insgesamt (unter Einschluss von Alltagstests in der angestrebten Geschlechtsrolle sowie begleitenden psychiatrischen und endokrinologischen Behandlungen) mindestens zweijährigen Beobachtungsphase im Lichte aktueller - namentlich der im Revisionsgesuch sowie im heutigen öffentlichen Parteivortrag zitierten - Behandlungsrichtlinien, zeigt sich folgendes Bild: Gemäss Vorgaben der Psychiatrischen Poliklinik Zürich soll aus medizinischer Sicht eine geschlechtsangleichende Operation "frühestens" nach eineinhalb Jahren psychotherapeutischer Behandlung, eineinhalb Jahren Alltagstest und sechs Monaten Hormonbehandlung erfolgen (Universitätsspital Zürich, Psychiatrische Klinik, Infoblatt Transsexualismus, S. 1; <http://www.psychiatrie.usz.ch/PatientenUndBesucher/Spezialangebot/Transsexualismus/Seiten/default.aspx>). Die im deutschsprachigen Raum verbreitet beachteten "Standards der Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen" der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung, der Akademie für Sexualmedizin und der Gesellschaft für Sexualwissenschaft aus dem Jahre 1997

(Zentralblatt für Gynäkologie 119 [1997] S. 398-401) fordern u.a., dass der Patient/die Patientin - nach gesicherter psychiatrischer Diagnose des Transsexualismus - das Leben in der gewünschten Geschlechterrolle "mindestens" seit eineinhalb Jahren kontinuierlich erprobt (Alltagstest) hat und sich seit "mindestens" einem halben Jahr hormonell hat behandeln lassen. Der Therapeut muss den Patienten/die Patientin in der Regel mindestens eineinhalb Jahre kennen; erfolgt die Indikationsstellung zur Transformationsoperation nicht durch den Psychotherapeuten, so überzeugt sich der in diesen Fällen hinzugezogene Therapeut/Gutachter, dass sämtliche Operationsvoraussetzungen erfüllt sind und die Psychotherapie stattgefunden hat. Stets muss die Indikationsstellung in Form einer gutachterlichen Stellungnahme durch einen qualifizierten Therapeuten erfolgen (Standards, a.a.O., Ziff. 4.2), was nach Ablauf der eineinhalbjährigen Behandlungszeit seinerseits eine gewisse Zeit beanspruchen dürfte. Gemäss "The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's Standards Of Care For Gender Identity Disorders [heute: The World Professional Association for Transgender Health, WPATH], Sixth Version, February, 2001" (<http://www.wpath.org/Documents2/socv6.pdf>) sind die relevanten Kriterien für die Vornahme einer geschlechtsangleichenden Operation: "XII. Genital Surgery Eligibility Criteria. These minimum eligibility criteria for various genital surgeries equally apply to biologic males and females seeking genital surgery. They are: Legal age of majority in the patient's nation; Usually 12 months of continuous hormonal therapy for those without a medical contraindication (...); 12 months of successful continuous full time real-life experience. Periods of returning to the original gender may indicate ambivalence about proceeding and generally should not be used to fulfill this criterion; If required by the mental health professional, regular responsible participation in psychotherapy throughout the real-life experience at a frequency determined jointly by the patient and the mental health professional. Psychotherapy per se is not an absolute eligibility criterion for surgery; (...). Readiness Criteria. The readiness criteria include: Demonstrable progress in consolidating one's gender identity; Demonstrable progress in dealing with work, family, and interpersonal issues resulting in a significantly better state of mental health (this implies satisfactory control of problems such as sociopathy, substance abuse, psychosis, suicidality, for instance)" (a.a.O.). Die Richtlinien der amerikanischen "Endocrine Society" (2009) sehen ebenfalls eine - erst nach erstellter Diagnose des Transsexualismus gemäss DSM IV-TR oder ICD einsetzende - zwölfmonatige Hormontherapie (vorbehältlich Kontraindikation) und einen erfolgreichen zwölfmonatigen Alltagstest vor, der (sofern psychiatrisch indiziert) von regelmässiger psychotherapeutischer Behandlung begleitet ist (The Endocrine Society, Endocrine Treatment of Transsexual Persons: An Endocrine Society Clinical Practice Guideline, Table 17; <http://www.endo-society.org/guidelines/Current-Clinical-Practice-Guidelines.cfm>). Zu beachten ist, dass gemäss den beiden zuletzt genannten Richtlinien noch vor Beginn der Hormontherapie entweder eine mindestens dreimonatige "real-life-experience" (Alltagstest) oder eine gewöhnlich ebenfalls mindestens dreimonatige Psychotherapie durchzuführen ist (Endocrine Society Clinical Practice Guideline, a.a.O., Table 4; Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's Standards, a.a.O., Ziff. VII [Eligibility Criteria]); damit verlängert sich die aus ärztlicher Sicht geforderte Behandlungsdauer faktisch auf mindestens fünfzehn Monate. Der nach den erwähnten, fachärztlicherseits als Mindeststandards verstandenen Richtlinien vor einer Geschlechtsumwandlung gebotene Behandlungszeitraum liegt nicht wesentlich unter der von der EVG-Rechtsprechung im Jahre 1988 (aufgrund des damaligen Standes der medizinischen Wissenschaft) geforderten

Beobachtungszeit von insgesamt mindestens zwei Jahren. Am Erfordernis der mindestens zweijährigen medizinisch-praktischen Beobachtungsphase ist daher grundsätzlich festzuhalten, da damit nach wie vor eine verlässliche faktische Basis sichergestellt ist für die abschliessende Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall die folgenschwere Geschlechtsanpassungsoperation die einzige wirksame und zweckmässige Behandlungsmassnahme zur namhaften Verbesserung des psychischen Gesundheitszustands der betroffenen Person bilde und die obligatorische Krankenpflegeversicherung deshalb gestützt auf Art. 25 in Verbindung mit Art. 32 KVG kostenvergütungspflichtig sei. Mit Blick auf die Vorgaben im EGMR-Urteil vom 8. Januar 2009, aber auch im Lichte der oben erwähnten, ihren blossen Richtwertcharakter hervorhebenden Richtlinien muss allerdings im Einzelfall ein ausnahmsweises (vgl. Urteil Schlumpf gegen Schweiz, §§ 56 und 112) Abweichen vom Grundsatz möglich bleiben: Ist aufgrund der verfügbaren, in Beachtung anerkannter medizinischer Behandlungsstandards abgegebenen spezialärztlichen Stellungnahmen und gutachterlichen Expertenmeinungen bereits vor Ablauf der zweijährigen Beobachtungsphase erwiesen, dass eine Geschlechtsangleichungsoperation unter den gegebenen Umständen die einzige Möglichkeit zur namhaften Verbesserung des psychischen Gesundheitszustands ist, kann die Kostenübernahme aus obligatorischer Krankenpflegeversicherung nicht unter Verweis auf die "Zweijahres-Regel" verneint werden." (DTF 137 I 97-107; sottolineature del redattore) 2.3. Nella sentenza 9F\_9/2009 del 15 settembre 2010 il Tribunale federale ha dunque confermato la condizione della fase di osservazione minima di due anni prima di procedere con l'intervento di cambiamento di sesso sulla base delle risultanze delle pratiche in ambito medico a livello mondiale. Secondo l'Alta Corte in questo modo viene mantenuta una base scientificamente riconosciuta per decidere se, in un preciso caso di specie, l'(invasiva) operazione di cambiamento di sesso è l'unica prestazione appropriata ed efficace per migliorare notevolmente lo stato di salute psichico della persona assicurata. Tuttavia, con riferimento alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'8 gennaio 2009, il Tribunale federale ha stabilito che in singoli casi particolari è possibile derogare a questo termine se è comprovato, sulla base di referti medici specialistici e di avvisi di esperti, che già prima della fase di osservazione di due anni, l'operazione di cambiamento di sesso è l'unica possibilità per migliorare notevolmente lo stato di salute psichico della persona assicurata. Per quanto concerne invece il mantenimento della seconda condizione posta dalla giurisprudenza prima di procedere con l'operazione di cambiamento di sesso, ossia il compimento dell'età di 25 anni, il TF non si è ancora espresso in merito. Questo TCA ritiene tuttavia, per i motivi che seguono, che la questione non deve essere esaminata in questa procedura in quanto prematura. 2.4. Nel caso di specie dalla documentazione medica agli atti, dalla quale il TCA non vede alcun motivo per scostarsi, essendo univoca, motivata e non contraddittoria, emerge che il dr. med. \_\_\_\_\_, Oberarzt dell'Ospedale Universitario di \_\_\_\_\_, Clinica per la psichiatria e psicoterapia, ha diagnosticato con certezza, nell'insorgente, la presenza del transessualismo (cfr. doc. E, lettera dell'8 dicembre 2010: " Herr RI 1 ist mir seit dem 30.10.2009 bekannt. Im Verlauf des letzten Jahres konnte die Diagnose eines Transsexualismus Mann-zu-Frau gesichert werden " e doc. D, e-mail del 2 marzo 2011: " Im Verlauf des letzten Jahres konnte die Diagnose eines echten Transsexualismus Mann-zu-Frau gesichert werden "). I dubbi sollevati dall'assicuratore, peraltro solo dopo la presentazione del ricorso (cfr. a questo proposito la decisione impugnata, pag. 5 punto 6.: "CO 1 non nega che il Sig. RI 1 presenti un transessualismo vero che corrisponda alla

nozione di malattia ai sensi della LPGA ”, sottolineature del redattore), circa la diagnosi posta, senza produrre alcun certificato medico atto a sovvertire quanto attestato dal dr. med. \_\_\_\_\_ in data 8 dicembre 2010 e 2 marzo 2011, non hanno dunque alcun fondamento. Il fatto che il 5 novembre 2009 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha diagnosticato un “ Verdacht auf Transsexualismus Mann-zu-Frau (F64.0) ” (sottolineatura del redattore, doc. 1), è dovuto alla circostanza che l’insorgente era in cura presso la struttura zurighese da pochi giorni (30 ottobre 2009) e la diagnosi andava di conseguenza ancora confermata. Lo stesso dr. med. \_\_\_\_\_ ha poi evidenziato che, dal punto di vista psichiatrico, attualmente può essere effettuata la cura ormonale e che, sempre dal punto di vista psichiatrico, l’operazione di cambiamento di sesso viene consigliata dopo un periodo di osservazione di due anni, in concreto nel mese di novembre 2011 (doc. D: “ Aus psychiatrischer Sicht kann zum aktuellen Zeitpunkt die Hormonbehandlung etabliert werden. Geschlechtsangleichende operative Massnahmen empfehlen wir aus psychiatrischer Sicht nach Ablauf einer zweijährigen Beobachtungszeit zirka November 2011 ” ; cfr. anche il certificato del 9 agosto 2010, doc. 7, dove il dr. med. Krämer ha affermato: “ Selbstverständlich halte auch ich eine Verlaufs- sowie eine diagnostische Beobachtung von 2 Jahren für völlig angebracht ”, nonché il certificato del 5 novembre 2011, doc. 1: “ Nach zwei Jahren Beobachtungszeit und gesicherter Diagnose eines Transsexualismus, sowie Urteilsfähigkeit hinsichtlich Operation sind operative geschlechtsangleichende Massnahmen aus psychiatrischer Sicht möglich ”). Ne segue che un’eccezione al termine di osservazione di due anni, viste le affermazioni del medico curante ed in assenza di referti specialistici e di avvisi di esperti che attestino il contrario (cfr. sentenza 9F\_9/2009 del 15 settembre 2010), non può essere presa in considerazione nel caso in esame. Prima del mese di novembre 2011 un’operazione di cambiamento di sesso non può in ogni caso essere pianificata. Nulla cambia la circostanza che in precedenza l’interessato è stato in cura in Italia. Infatti dalla dichiarazione della Dott.ssa \_\_\_\_\_, psicologa e psicoterapeuta, specialista in psicologia clinica del Centro \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_) di \_\_\_\_\_ emerge che l’insorgente si è rivolto al citato Centro nel marzo 2009 e che “ dopo due incontri, avvenuti nel mese di maggio 2009 ” il ricorrente ha deciso di proseguire “ l’iter in Svizzera ” (allegato al doc. 12). Sulla base del citato referto, vista l’importanza dell’osservazione seria ed approfondita che deve essere effettuata, nel caso di specie, per un periodo minimo di due anni prima di procedere con l’intervento di cambiamento di sesso, la circostanza che nel corso del mese di maggio 2009 l’insorgente ha avuto due incontri che non hanno avuto alcun seguito, non può certo essere presa in considerazione nel calcolo del periodo di osservazione. Del resto, va rammentato che secondo costante giurisprudenza, l’autorità giudicante deve limitare l’esame del caso alla situazione effettiva che si presenta all’epoca in cui è stata resa la decisione impugnata, ritenuto che fatti verificatisi ulteriormente possono influire quali elementi di accertamento retrospettivo della situazione anteriore alla decisione stessa. I fatti accaduti posteriormente e che hanno modificato questa situazione devono di regola formare oggetto di un nuovo provvedimento (fra le tante cfr. DTF 121 V 366 consid. 1b, 116 V 248 consid. 1a, 112 V 93 consid. 3, 99 V 102). In concreto al momento dell’emissione della decisione impugnata (15 dicembre 2010) il termine di due anni di osservazione non era ancora trascorso, neppure se si volesse, a torto e per pura ipotesi di lavoro, prendere in considerazione il mese di marzo 2009, quando l’interessato si è presentato al centro torinese, quale data d’inizio del periodo di osservazione. Ritenuto inoltre che il periodo di osservazione è necessario per accertare con sicurezza la necessità di procedere con l’operazione di cambiamento di sesso nei casi di vero transessualismo che

sfuggono alla possibilità di trattamento con la sola psicoterapia e ormonoterapia, che la diagnosi deve essere posta in maniera sicura per evitare ogni confusione con altri disturbi psichici analoghi e che sono necessarie investigazioni mediche approfondite (psichiatriche ed endocrinologiche; cfr. DTF 114 V 153 e sentenza 9F\_9/2009 del 15 settembre 2010: “ Am Erfordernis der mindestens zweijährigen medizinisch-praktischen Beobachtungsphase ist daher grundsätzlich festzuhalten, da damit nach wie vor eine verlässliche faktische Basis sichergestellt ist für die abschliessende Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall die folgenschwere Geschlechtsanpassungsoperation die einzige wirksame und zweckmässige Behandlungsmassnahme zur namhaften Verbesserung des psychischen Gesundheitszustands der betroffenen Person bilde und die obligatorische Krankenpflegeversicherung deshalb gestützt auf Art. 25 in Verbindung mit Art. 32 KVG kostenvergütungspflichtig sei ”, sottolineatura del redattore), accertato che nel caso di specie il periodo di osservazione di due anni è consigliato dal medesimo psichiatra curante, questo TCA deve concludere che la decisione di rifiutare la presa a carico dell’intervento di cambiamento di sesso al momento dell’emanazione della decisione impugnata è corretta. Non è infatti possibile, in concreto, prima del termine del periodo di osservazione di due anni, e meglio al momento dell’emanazione della decisione impugnata, stabilire in anticipo la necessità di procedere con l’operazione di cambiamento di sesso. In caso contrario, il termine di osservazione di due anni, che nel caso di specie è stato ritenuto necessario, verrebbe svuotato di ogni senso. Ne segue che, non essendo ancora adempiuta la prima condizione, non va esaminato in questa sede se la seconda condizione, ossia il compimento del 25esimo anno di età, è ancora attuale oppure se, alla luce della citata sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e delle nuove conoscenze mediche in questo ambito, è divenuta obsoleta, nel senso che occorrerebbe perlomeno esaminare ogni situazione singolarmente per determinare un’eventuale eccezione. Questo TCA rileva che spetta all’insorgente, trascorsi i due anni di osservazione e se confermata da parte dei medici curanti la necessità di procedere con l’operazione di cambiamento di sesso poiché sarebbe l’unica possibilità per migliorare notevolmente lo stato di salute psichico della persona assicurata, inoltrare una nuova domanda all’assicuratore allegando i necessari atti medici specialistici attestanti questa circostanza. Solo a quel momento l’assicuratore potrà emanare una decisione che si esprimerà unicamente sulla questione a sapere se il limite dei 25 anni è ancora attuale. Ritenuto che la Cassa già conosce il dossier la procedura dovrà essere trattata celermente. In caso di ritardo o di rifiuto nell’esprimersi, all’insorgente resta la possibilità di adire il TCA con un ricorso per ritardata o denegata giustizia. Alla luce di tutto quanto sopra esposto il ricorso va respinto, mentre la decisione impugnata merita conferma. Per questi motivi dichiara e pronuncia 1. Il ricorso è respinto . 2. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. Non si assegnano ripetibili. 3. Comunicazione agli interessati i quali possono impugnare il presente giudizio con ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerna , entro 30 giorni dalla comunicazione. L'atto di ricorso, in 3 esemplari, deve indicare quale decisione è chiesta invece di quella impugnata, contenere una breve motivazione, e recare la firma del ricorrente o del suo rappresentante. Al ricorso dovrà essere allegata la decisione impugnata e la busta in cui il ricorrente l'ha ricevuta. Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni Il presidente

Cattaneo

Fabio Zocchetti

Il segretario Daniele

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.