



Appunti su “terzo sesso” e identità di genere*

di

Cosimo Pietro Guarini *

SOMMARIO: 1. Transessuali, transgender e diritto all’identità di genere. – 2. La condizione intersessuale ... – 2.1. (Segue) ... e le pronunce del Bundesverfassungsgericht, 10 ottobre 2017, e della Corte costituzionale austriaca, 15 giugno 2018. – 3. Il sesso “diverso”. Una prima valutazione della soluzione raggiunta. – 4. La ricerca di un punto di equilibrio tra certezza delle relazioni giuridiche e soddisfacimento del diritto all’identità sessuale. – 5. Brevi spunti su autodeterminazione individuale e condizione transgender.

1. Transessuali, transgender e diritto all’identità di genere

Alcune recenti pronunce rese da Corti costituzionali del continente europeo hanno suggerito un’accelerazione della riflessione intorno alla condizione (anche) giuridica di quei soggetti che, al fine della piena realizzazione del proprio atteso esistenziale, hanno motivo di ritenere insoddisfacente una classificazione (solo) binaria del sesso anagrafico o anche, in termini più radicali, *tout court* inadeguata la strutturazione legale dei sessi.

Per delimitare il campo delle presenti note è, però, il caso di precisare, sin da subito, che la questione non riguarda in via immediata quella specifica categoria di individui affetti da disforia di genere riconducibile a sindrome transessuale. Non riguarda, cioè, coloro che alla incongruenza tra sesso biologico e genere percepito, vissuta con sofferenza prolungata e clinicamente significativa, associano un forte desiderio di “liberarsi” dalle proprie caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie e di appartenere al genere opposto con l’intenzione irresistibile di normo-

* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*

* Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Bari Aldo Moro – Dipartimento di Economia e Finanza – cosimopietro.guarini@uniba.it

conformarvisi¹. In tali situazioni, la polarizzazione maschio/femmina non costituisce, in linea di massima, un limite all'esplicarsi della sfera identitaria² e l'eventuale disallineamento tra sesso anagrafico rettificato e caratteri sessuali primari originari (ancora immutati), il più delle volte, è momentaneo e, in ogni caso, riguarda solo una parte minoritaria di transessuali, atteso che la rettificazione anagrafica di sesso è da costoro percepita come uno *step* prodromico alla normoconformazione vera e propria, che, lì dove (e quando) possibile, consente di raggiungere l'obiettivo prefissato di divenire «nuove donne o nuovi uomini, a tutti gli effetti»³.

A questi ultimi, l'ordinamento italiano ha già dato una risposta con le sentenze nn. 221 del 2015 e 180 del 2017 della Corte costituzionale e 15138 del 2015 della Corte di Cassazione, con riscontro esplicito della giurisprudenza della Corte EDU⁴, nel

¹ Cfr. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, DSM-V*, ed. ital., Milano, 2014, 528 s.

² Semmai, come rileva B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, e-book, Torino, 2010, 1 ss., 9, il transessualismo «aggiorna il paradigma esteriore dell'eterosessualità; esso assume come parte essenziale quello del sesso anagrafico (...) ribadisce e conferma il dualismo di genere». Non dissimilmente A. RUGGERI, *«Famiglie» di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2011, n. 4, 11 ss.

³ Condivisibile è l'affermazione di N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Riv. it. med. legale*, 2017, n. 4, 1349 ss., 1352, nt. 2, secondo il quale «le persone che terminano il proprio percorso di transizione non dovrebbero essere più definite persone transessuali: esse saranno nuove donne o nuovi uomini, a tutti gli effetti». Per più ampie riflessioni sui complessi profili che caratterizzano il fenomeno transessuale cfr., tra i più recenti, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Padova, 2007, 53 ss.; G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Tomo I, Milano, 2011, 729 ss.; F. BILLOTTA, voce *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civile, Aggiornamento*, Torino, 2013, 732 ss.; L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in federalismi.it, www.federalismi.it, 2013, n. 21; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013.

⁴ V. Corte EDU, decisione 6 aprile 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France* (C. 79885/12, 52471/13 e 52596/13). Parla di *leading case* D. ZANNONI, *Sterilizzazione e intervento chirurgico nel cambiamento di genere*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 26 ottobre 2015, 12, dal momento che è la prima volta che la Corte EDU «deve pronunciarsi sulla protezione di una persona transessuale non operata (alla data della presentazione del ricorso)». La sentenza 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turquie* (C. 14793/08), peraltro suscettibile di prestarsi ad una duplice interpretazione, più che «stabilire quali condizioni possano essere previste come necessarie ai

senso che la mancata trasformazione fisica radicale non costituisce più sovrappiù ostacolo al raggiungimento della coincidenza tra genere percepito e sesso anagrafico⁵.

La problematica della supposta limitatezza del binarismo legale interessa, invece, il possibile statuto giuridico dei cc.dd. *transgender* ovvero di quei soggetti che non sono specificamente riconducibili nell'area del transessualismo⁶, benché quanti dei transessuali non abbiano provveduto (o provveduto ancora) alla normoconformazione definitiva possono anche essere collocati in siffatta categoria (cc.dd. transessuali in transito⁷), trattandosi di persone in uno stato apparentemente

fini del cambiamento anagrafico di genere – e non solo quindi ai fini dell'intervento chirurgico – senza violare l'art. 8 CEDU» (p. 14), verosimilmente si limita, invece, ad esaminare l'obbligo dell'incapacità definitiva a procreare «solo come condizione per l'accesso all'intervento chirurgico di conversione sessuale (p. 15).

⁵ Per non appesantire il presente contributo con riferimenti – non strettamente necessari per l'analisi del tema in oggetto – al percorso e agli esiti del radicamento della non obbligatorietà del trattamento medico-chirurgico radicale al fine di accedere alla rettificazione dei dati anagrafici, si rinvia all'uopo a L. FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. cost.*, 2016, 2054 ss.; I. RIVERA, *La rettificazione anagrafica del sesso e l'intervento medico-chirurgico tra istanza personale e certezza sociale*, in www.articolo29.it, 21 agosto 2017; A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 13 luglio 2017; M.E. RUGGIANO, *Il diritto alla identità di genere: preoccupazioni per la decisione della Corte costituzionale nella sentenza n. 180 del 2017*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statochiese.it, dicembre 2017; C.P. GUARINI, «Maschio e femmina li creò» ... o, forse, no. *La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in federalismi.it, www.federalismi.it, 2018, n. 7, e alla ulteriore bibliografia ivi citata.

⁶ L'inizio di una riflessione sulle specifiche differenze tra transessuali e *transgender* è alquanto risalente e può ascriversi a Charles Virginia PRINCE (Arnold Lowman alla nascita), *Homosexuality, transvestism and transsexualism. Reflections on their etiology and differentiation*, in *American Journal of Psychotherapy*, 1957, n. 1, 80 ss., e, soprattutto, *Understanding Cross Dressing*, Los Angeles, 1976.

⁷ Così li definisce, ad es., B. PEZZINI, *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, in AA. VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Florianópolis (Brasile), 2012, 327 ss., la quale distingue tra *transgender* in senso ampio, quale termine «"ombrello"», in cui rientrano anche i transessuali che non hanno ancora compiuto il transito in via definitiva o che non intendono affatto (o, più semplicemente, non possono) sottoporsi a «una trasformazione radicale e irreversibile», e *transgender* in senso stretto, cui possono ascriversi «le persone che non sentono di esprimere se stesse e la propria identità sessuale, in modo tipico e polarizzato, in senso maschile o femminile tradizionale». Per un'impostazione simile, che considera il transgenderismo quale *genus* al cui interno ricondurre anche la *species* del transessualismo, v. P. VALERIO, P. FAZZARI, *Alcune note sul "fenomeno transessuale" oggi: un disturbo da depatologizzare?*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano-Udine, 2012, 307 ss., e, più di recente, C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw Journal* –

assimilabile a quello dei primi.

Ciò non toglie che fra transessuali e *transgender* in senso proprio permangano differenze sostanziali⁸.

Più in particolare, se il transessuale, come si è detto, «vive la non corrispondenza tra sesso biologico e genere psico-sociale e interviene per modificare in modo permanente il corpo per una riassegnazione completa del *sex*», il *transgender* può, più propriamente, essere definito, invece, un individuo che esprime «in modo transitorio o stabile, un'identità *gender* che non è allineata al *sex* della nascita e combina tratti e comportamenti sia maschili sia femminili, oscillando da un *gender* all'altro, con eventuale modificazione parziale del corpo»⁹. Egli, da un punto di vista socio-filosofico, «vuole sottrarsi a ogni assegnazione identitaria stabile che avverte come finzione, feticcio, maschera»¹⁰, convinto che «le identità femminile e maschile non esauriscano affatto le possibili identità, poiché l'identità di genere non corrisponde a questa semplificazione dualistica, ma è un *continuum* che dal

Rivista di BioDiritto, www.biodiritto.org, 2016, n. 1, 283 ss.; N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari*, cit., 1352, nt. 4, e *passim*. Ad opinione di chi scrive, volendo semplificare facendo ricorso all'insiemistica, ad una rappresentazione dell'insieme A (*transgender*) che contiene il sottoinsieme B (transessuali) ovvero ad una in cui l'insieme A è unito all'insieme B, si preferisce quella in cui gli insiemi A e B si intersecano generando l'insieme C (transessuali in transito). Inoltre, i transessuali, tali perché richiedenti rettificazione anagrafica di sesso, che sospendano il transito definitivo attraverso intervento chirurgico demolitivo/ricostruttivo per mero, ma consapevole, ripensamento o perché "falsi positivi" rispetto ad una originaria diagnosi di sindrome transessuale presentano le stesse caratteristiche degli individui pienamente ricadenti nella definizione qui assunta di *transgender*. In assenza di intervento chirurgico demolitivo/ricostruttivo, inoltre, è intuitivamente più agevole la reversibilità della scelta di genere dal momento che gli interessati possono tornare a vivere il ruolo sociale del sesso anagrafico di provenienza (di cui mantengono i caratteri sessuali primari) anche, eventualmente, interrompendo i trattamenti medico-farmacologici che garantiscono loro il mantenimento dei caratteri sessuali secondari del sesso anagrafico rettificato. Differente, invece, è il caso di coloro che, concluso il transito in via definitiva, si rendano conto di aver seguito e concluso un percorso "sbagliato" o, più semplicemente, di avvertire, a partire da un certo momento in poi (comunque successivo alla conclusione del transito precedente), una percezione di genere opposta a quella che li aveva determinati nel percorso precedente: questi ultimi non dovrebbero propriamente definirsi *transgender*, bensì *regretter*.

⁸ La differente condizione è riassunta da L. BERNINI, *Maschio e femmina Dio li credè!? Il binarismo sessuale visto dai suoi zoccoli*, § 6 e *passim*, in <https://www.nazioneindiana.com/2008/09/17/maschio-e-femmina-dio-li-creo-il-binarismo-sessuale-visto-dai-suoi-zoccoli-2/>.

⁹ L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, Torino, 2011, 204 s.

¹⁰ S. ZANARDO, *Gender e differenza sessuale. Un dibattito in corso*, in *Aggiornamenti sociali*, 2014, 379 ss., 383.

maschile porta al femminile»¹¹.

Senza alcuna pretesa di esaustività¹², i *transgender*, dunque, possono essere: individui attraversati da disforia di genere con caratteristiche cliniche in tutto simili a quelle dei transessuali, eccezion fatta per il desiderio di normoconformarsi al genere opposto a quello in cui sono anagraficamente collocati; individui in cui è prevalente il desiderio di appartenere ad un genere “alternativo”, quale che sia (ad es.: «non definito», «neutro», «terzo», «diverso», «X», ecc.); individui che, in qualche modo, sopiscono attraverso modificazioni estetiche o assunzioni di ruolo sociale la marcata tensione interiore rispetto all'accettazione delle caratteristiche fisiche o sociali impresse nel proprio sesso biologico o anagrafico; individui che non sentono di appartenere a nessun genere o che provano sofferenza nell'essere classificati per appartenenza ad un genere anagrafico.

Ebbene, il riconoscimento giuridico (nazionale ed euroconvenzionale) in favore di soggetti transessuali della non obbligatorietà di trattamenti chirurgici demolitivo-ricostruttivi dei caratteri sessuali primari per accedere alla modifica dei dati anagrafici – modifica subordinata, in sostanza, alla previa valutazione giurisdizionale della serietà, univocità e definitività della richiesta, verificabili, se del caso, con riguardo anche al solo esperimento di trattamenti ormonali e/o estetici – può porre¹³, in chiave egualitaria, la questione dell'esistenza di un diritto al perseguimento del benessere personale ed identitario pure dei soggetti *transgender* non transessuali o “non medicalizzati” e del bilanciamento di questo con gli (antagonisti) interessi pubblici alla certezza delle relazioni giuridiche e familiari e

¹¹ E. COVACCI, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*, in *Genlus*, www.articolo29.it, 2016, n. 1, 108 ss., 109, nt. 2.

¹² Difficile immaginare di essere esaustivi sotto questo punto di vista se, a puro titolo esemplificativo, è vero che «il *social network* più popolare al mondo (...) ha reso disponibile negli Stati Uniti la scelta fra 56 diverse “opzioni di genere”» (così S. ZANARDO, *Gender e differenza sessuale*, cit., 379).

¹³ E, invero, è stata già posta anche nel panorama italiano ed europeo: alla Corte costituzionale dal Tribunale di Trento, ordd. 8 e 28 aprile 2015, in occasione della rimessione della questione che, poi, ha condotto alla sentenza n. 180 del 2017, e alla Corte EDU, per violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione, nell'ambito del giudizio poi risolto con la decisione *A.P., Garçon et Nicot c. France*, nella quale la Corte, pur non reputando necessario pronunciarsi su di essa, perché assorbita dagli altri capi controversi (cfr. i *Considerata* §155 ss.), ha ritenuto la questione non manifestamente infondata («*n'est pas manifestement mal fondée*»).

alla piena identificabilità dei generi sessuali¹⁴. Come si è avuto modo di osservare in altra occasione, infatti, «la classificazione binaria maschio-femmina rende inattuabile per tutti costoro la possibilità di optare, alle stesse condizioni date per i transessuali, per un genere anagrafico che contribuisca a lenire le sofferenze psichiche derivanti dall'asimmetria tra la percezione di sé quale essere sociale e la contrastante collocazione legale»¹⁵. E ciò sia quando si rilevi l'assenza di un sesso legale terzo (o diverso), sia quando, a rigore, non sia prevista la possibilità di optare per una classificazione anagrafica negativa o aperta.

Diversamente detto, se nelle vicende che riguardano soggetti transessuali il concreto disallineamento tra le caratteristiche sessuali originarie e quelle "tipiche" del genere legale rettificato è assorbito nel binarismo legale – sollevando, semmai, questioni rilevanti, in massima parte, nella sfera socio-relazionale¹⁶ – per i *transgender* lo iato tra la loro condizione esistenziale e il dimorfismo sessuale si può tradurre in una questione egualitaria che si colloca ad un livello di analisi di rango costituzionale in quanto incidente sulla possibilità di realizzare pienamente il proprio atteso esistenziale, ove questo sia configurabile quale componente del diritto all'identità sessuale.

In queste situazioni, tuttavia, è diffusa l'idea che si abbia a che fare con istanze fondate su elementi meramente volontaristici che, essendo *genderfluid*, rifuggono per definizione da valutazioni di definitività e univocità dell'intento perseguito e, quindi, palesano criticità in ordine alla meritevolezza del loro riconoscimento giuridico.

¹⁴ Interessi richiamati da Corte di cassazione, sezione I civile, n. 15138 del 2015 e, poi, ripresi da Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2015, *Considerato in diritto*, § 4.1.

¹⁵ C.P. GUARINI, «Maschio e femmina li credò» ... o, forse, no, cit., 32.

¹⁶ Cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 185 del 2017, che decide la questione di legittimità costituzionale promossa dal Tribunale di Avezzano dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164, nel senso della manifesta infondatezza. Al riguardo la Consulta precisa che le preoccupazioni delineate dal rimettente nell'ordinanza di rinvio «attengono a situazioni di fatto destinate a verificarsi a prescindere dalla disciplina della rettificazione anagrafica, la quale è volta a regolare una realtà che, prima ancora che nel diritto, esiste nella natura». Qualche criticità di carattere giuridico potrebbe, peraltro, emergere in ordinamenti quali quello previdenziale o sportivo o penitenziario o in materia di maternità o gravidanza ovvero, ancora, di politiche promozionali a tutela delle pari opportunità, come ricorda A. D'ALLOIA, *Il "terzo" sesso*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 26 aprile 2014, 2.

2. La condizione intersessuale ...

Non a caso, lì dove è prepotentemente emersa la necessità di adeguamento delle legislazioni nazionali di alcuni Paesi europei a nuove aspettative identitarie, essa ha riguardato soggetti *intersessuali*, cioè individui che, avendo sin dalla nascita connotati cromosomico-genetici o gonadici o fenotipici di entrambi i sessi, seppur variamente modulati¹⁷, non possono essere ascritti con certezza né al genere maschile né al genere femminile ai fini della redazione dell'atto di nascita, in quanto trattasi di «*someone who clearly neither male nor female or who is perhaps both sexes at once*»¹⁸. Tale condizione è legata ad «uno sviluppo disarmonico delle componenti del sesso biologico che può condizionare anche la strutturazione dell'identità sessuale e l'assunzione del ruolo di genere»¹⁹ e rientra tra i disturbi relativi alla *differenziazione dello sviluppo sessuale*.

In casi siffatti la questione del pieno godimento del diritto all'identità sessuale si connota di peculiarità la cui genesi dipende innanzitutto da ragioni oggettive di tipo biologico e non alligna nella sfera psichica²⁰; non è, quindi, propriamente

¹⁷ La definizione di intersessuale, infatti, ricomprende genericamente una davvero ampia congerie di ipotesi di differenziazione dello sviluppo sessuale (cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere su I disturbi della differenza sessuale nei minori*, 25 febbraio 2010, in www.bioetica.governo.it, 8 ss.). Vieppiù, la stessa scienza medica non è concorde nel definire gli "stati" propriamente riconducibili alla condizione *intersex*. Cfr. sul punto G. VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2019, n. 1, 433 ss., 435 ss., il quale propone di distinguere tra «*anomalie*» e «*ambiguità*» dello sviluppo sessuale. Le prime costituirebbero soltanto «una deviazione dal normale assetto morfologico dell'organo o dell'apparato genitale», ma non determinerebbero incertezza sull'attribuzione del sesso al neonato; le seconde costituirebbero, invece, le oggettive ipotesi in cui, per varie ragioni biologiche, l'attribuzione di sesso sarebbe «una scelta con larghi margini di discrezionalità». Solo per chi versa in queste ultime, ad avviso dell'A., dovrebbe potersi parlare di reale condizione *intersex*.

¹⁸ Come definisce gli intersessuali A. FAUSTO-STEARLING, *The five sexes. Why male and female are not enough*, in *The Sciences*, march/april, 1993, 20 ss., 21.

¹⁹ Così COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere*, cit., 5.

²⁰ Gli intersessuali, quindi, vanno distinti dai transessuali giacché in questi ultimi, a differenza dei primi, «la dissonanza tra sesso biologico – definito in senso maschile o in senso femminile – e identità sessuata riconosce una genesi primariamente psicologica» (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere*, cit., 5, nt. 1). Per un riferimento alla dottrina statunitense, da cui emerge l'improprietà di ricondurre gli intersessuali alla condizione transessuale così come a quella di *transgender* in senso stretto, v. T. MAZUR, M. COLSMAN, D.E. SANDBERG, *Intersex: definition, example, gender stability, and the case against merging with transsexualism*, in R. ETTNER, S. MONSTREY, A.E. EYLER (Eds), *Principles of transgender medicine and surgery*, Binghamton, New York, 2007, 235 ss.

riconducibile in prima battuta al tema dell'identità di genere. Al riguardo, è stato osservato che la condizione intersessuale «è certamente “naturale” nel senso che è una delle varianti normalmente presenti nell'essere umano»²¹, di non così irrilevante incidenza statistica²².

Per costoro, dunque, l'ascrizione ad un sesso legale, che nel nostro ordinamento (così come nella maggior parte di quelli europei) deve avvenire nell'imminenza della nascita²³, in costanza del binarismo maschio/femmina, si traduce in una esperienza in cui «*the intersexual children are generally squeezed into one of the two prevailing sexual categories*», che, però, non è quasi mai utile a risolvere gli «*horrors and humiliations would await the intersexual as his/her anatomy was displayed in all its nontraditional glory*»²⁴.

In realtà, le problematiche che interessano gli intersessuali sin dalla loro nascita sono ben più pregnanti e si stagliano spesso in un quadro ordinamentale che, salvo rare eccezioni²⁵, non contempla la loro “naturale” condizione. Fra le più perniciose

²¹ Così A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2015, n. 2, 109 ss., 120. Cfr. anche L. GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della “normalità”: il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2012, n. 4, 597 ss.

²² Ricorda A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*, cit., 110 s., che essa è nell'ordine del 2%, benché la reale misura possa anche essere maggiore ove fossero utilizzati parametri classificatori meno stringenti e selettivi (cfr. anche la letteratura medica ivi citata alla nt. 4). L'incidenza statistica del fenomeno è, in realtà, oggetto di dispute scientifiche non solo per ragioni tassonomiche ma anche rilevazionali poiché in molti casi la condizione *intersex* è ignota persino all'interessato (cfr. G. VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, cit., 435 s., secondo il quale è più verosimile un'incidenza dello 0,02%).

²³ In Italia, ai sensi del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, la dichiarazione di nascita deve essere resa all'ufficiale di stato civile entro tre giorni dal parto presso la direzione sanitaria dell'ospedale o della casa di cura dove è avvenuto il parto o, in alternativa, entro dieci giorni presso il Comune dove il bimbo è nato (art. 30, co. 4) o del comune di residenza dei genitori (art. 30, co. 7). La dichiarazione deve necessariamente contenere l'indicazione del «sesso del bambino» (artt. 30, co. 2, e 29) e «il nome imposto al bambino deve corrispondere al sesso» (art. 35, co. 1).

²⁴ «*In whose gym class would s/he register to begin with? What bathroom would s/he use? And how on earth would Mom and Dad help shepherd him/her through the mine field of puberty?*» (v. ancora A. FAUSTO-STEARLING, *The five sexes*, cit., 24).

²⁵ Fra gli Stati i cui ordinamenti prevedono la possibilità di optare all'anagrafe per una soluzione “altra” rispetto a quella della registrazione solo binaria si segnalano, oltre a Germania e Austria, come si vedrà, anche Australia, Argentina, Bangladesh, Canada, Francia, India, Malta, Nepal, Nuova Zelanda, Pakistan e alcuni Stati degli USA. Per approfondimenti di carattere comparatistico cfr., di recente, F. BRUNETTA D'USSEAU, D. FERRARI, *La condizione intersessuale dalla “normalizzazione” alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca*, in *GenIus*, www.articolo29.it, 2018, n. 2, 125 ss., spec. § 4.

possono individuarsi, ad es., la “prassi” – via via sempre meno assecondata (ma mai sufficientemente desueta) in ambito medico e sempre meno (inutilmente o improvvidamente) invasiva²⁶ – di procedere ad interventi chirurgici in età precoce «con l’obiettivo di armonizzare elementi di disarmonia»²⁷ e la questione dell’azione processuale (eventualmente²⁸) da esperire²⁹ per riallineare corpo e identità anagrafica alla percezione di genere che si è sviluppata nel periodo immediatamente (precedente o) successivo alla pubertà, lì dove e quando la prognosi medica in ordine allo sviluppo identitario del soggetto interessato sia stata fallace all’atto della sua nascita³⁰.

²⁶ La decisione etico-deontologica di intervenire chirurgicamente, secondo il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere*, cit., dovrebbe sempre tener conto delle caratteristiche intrinseche derivanti dalle diverse diagnosi possibili (pre-parto o *post* parto) di intersessualismo ed essere ancorata a criteri obiettivi quali «criterio terapeutico e di urgenza medica, gradualità, prevedibilità di beneficio e minimizzazione del danno (inteso in senso fisico e psichico) nella prospettiva di conseguire, all’interno di una situazione di patologia organica, la maggior armonia possibile», specie quando irreversibili o difficilmente reversibili (pag. 19). In quest’ottica, previo consenso informato, «la scelta del medico deve essere condivisa dai genitori (responsabili della successiva educazione del bambino) e – nella misura del possibile – dal minore, i cui interessi devono sempre essere posti al centro della considerazione etica» (pag. 20 e pag. 23, punto 1). E nei «casi più difficili» (specie in quelli di «ambiguità genitale») è sconsigliato di procedere ad interventi demolitivi e/o ricostruttivi (pag. 20 e pag. 23, punto 3), anche ove la determinazione dei genitori sia difforme (pag. 21 e pag. 23, punto 2). Sul punto specifico del ruolo genitoriale nell’assunzione delle decisioni *de quibus*, v. A. LORENZETTI, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell’intersessualismo*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno di Catania, 7-8 giugno 2013, Napoli, 2013, 485 ss., e, più di recente, S. STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, in *GenIus*, www.articolo29.it, 2018, n. 1, 17 ss., e G. VIGGIANI, *Un’introduzione critica alla condizione intersex*, cit., 446 ss.

²⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere*, cit., 18. Sullo stato dell’arte di questa delicatissima prassi, disciplinata da linee guida di carattere medico diagnostico, v. ancora A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*, cit., 113 ss. e la letteratura ivi citata.

²⁸ Peraltro, non infrequentemente l’intersessuale preferisce, invece, collocarsi stabilmente nello spazio binario «perché accettare di avere una patologia e convivere con essa sarebbe più facile che accettare uno stato *intersex* “permanente” in una società dalle salde fondamenta binarie» (così ancora G. VIGGIANI, *Un’introduzione critica alla condizione intersex*, cit., 438).

²⁹ Sulla *vexata quaestio* v. G. CARDACI, *Il processo di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, n. 3, 683 ss.; ID., *Il processo di rettificazione dell’atto di nascita della persona intersex*, in *GenIus*, www.articolo29.it, 2018, n. 1, 39 ss.

³⁰ G. VIGGIANI, *Appunti per un’epistemologia del sesso anagrafico*, in *GenIus*, www.articolo29.it, 2018, n. 1, 30 ss., 37, informa che «l’improcrastinabilità dell’attribuzione del sesso alla nascita (...) presenta un ampio margine di errore che arriva fino al 40%».

2.1. (Segue) ... e le pronunce del Bundesverfassungsgericht, 10 ottobre 2017, e della Corte costituzionale austriaca, 15 giugno 2018

Anche sulla scorta delle problematiche qui rapidamente delineate, è stato presentato al *Bundesverfassungsgericht* – utilizzando lo strumento della *Verfassungsbeschwerde* – ricorso da parte di un soggetto intersessuale di nazionalità tedesca, affetto da sindrome di Turner³¹, che aveva richiesto all’ufficio del registro rettifica anagrafica *female to «inter/diverse»* o, in alternativa, semplicemente «*diverse*» vedendosi opporre il netto rifiuto da parte del funzionario competente. I tre gradi di giudizio esperiti a seguito di tale rifiuto (Corte di Cassazione inclusa) si erano conclusi con il rigetto della richiesta dell’attore³². Diversa è, invece, apparsa la questione al Tribunale costituzionale tedesco, che il 10 ottobre 2017³³, ha dichiarato l’incostituzionalità della legge sullo stato civile nella parte in cui non prevedeva la possibilità di collocare gli intersessuali in uno “spazio” anagrafico *ad hoc* e ha “invitato” il legislatore ad adeguare, entro il 31 dicembre 2018, la normativa tedesca al riconoscimento dell’esistenza di una specificità per tali soggetti.

I passaggi salienti della pronuncia rimarcano la prospettiva antidiscriminatoria dell’introduzione di una previsione che renda possibile collocarsi, ove del caso, in un sesso anagrafico che non sia né maschile né femminile. Ad avviso della Corte costituzionale tedesca, difatti, «*the general right of personality also protects gender identity*» anche se essa «*can be assigned neither male nor female gender*». «*Current civil status law interferes with this right*» nella misura in cui «*who permanently identifies as neither male nor female*» non ha possibilità di definire il suo stato anagrafico al di fuori del binarismo maschio-femmina e «*the interference with fundamental rights is not justified under constitutional law*». Sotto questo punto di vista «*the interests of third*

³¹ Nel panorama delle ambiguità o anomalie dello sviluppo sessuale, riconducibili alla generica categoria di intersessualismo, la sindrome di Turner è una di quelle in cui più evidente è l’impossibilità di definire maschio o femmina chi ne è affetto.

³² Per un primo commento alla decisione v. F. BRUNETTA D’USSEAU, *La Corte costituzionale tedesca dichiara l’illegittimità della legge sullo stato civile*, in *articolo29*, www.articolo29.it, 27 novembre 2017.

³³ Decisione reperibile con sintesi in lingua inglese all’indirizzo https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/10/rs20171010_1bvr201916en.html.

parties cannot justify that current civil status law does not offer a third gender option, allowing for a positive entry». La dichiarata incostituzionalità della legge nella parte *de qua*, però, non è stata sanata con una pronuncia additiva «because the legislature has several options to correct these violations». La disciplina, in altri termini, necessitava di adeguata discussione in sede legislativa, potendo essere diverse le strade da percorrere per giungere all'obiettivo di saldare la legislazione civile alla legalità costituzionale in tema di identità sessuale in questa specifica situazione; circostanza non soddisfatta, ad opinione della Corte tedesca, dalla variante di legge prima in vigore: «senza indicazione di sesso»³⁴.

Il *Bundestag*, il 13 dicembre 2018, prima camera legislativa in Europa, ha optato (modificando alcune disposizioni della legge sullo stato civile) per la soluzione di un'indicazione positiva di sesso – «*divers*» – che può essere richiesta e ottenuta purché sia soddisfatta la condizione della previa presentazione di una certificazione medica attestante la presenza di una variante dello sviluppo sessuale. Quest'ultima, peraltro, non è necessaria nei casi in cui non sia possibile acquisirla ovvero in quelli in cui il suo ottenimento possa palesarsi eccessivamente traumatico per l'istante, essendo all'uopo sufficiente una dichiarazione giurata³⁵. È sempre fatta salva, infine, la possibilità di lasciare l'indicazione di sesso aperta.

Pochi mesi prima, il 15 giugno 2018, anche la Corte costituzionale austriaca³⁶, innanzi ad una questione analoga, è giunta alle stesse conclusioni del *Bundesverfassungsgericht* con la differenza, però, che, invece di rinviarne la definizione al legislatore, ha fornito, con una sentenza interpretativa di rigetto, una lettura costituzionalmente orientata della legge sull'anagrafe statuendo l'obbligo da parte degli ufficiali di stato civile di procedere sin da subito, ove richiesto, alle

³⁴ Con l'entrata in vigore in data 7 maggio 2013 della legge rubricata «*Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)*» – poi modificata in data 24 luglio 2017 dalla legge rubricata «*Zweites Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (2. Personenstandsrechts-Änderungsgesetz - 2. PStRÄndG)*» – era stata introdotta nell'ordinamento tedesco la possibilità che, all'atto della dichiarazione di nascita, potesse rimanere in bianco l'annotazione del sesso.

³⁵ Cfr. il testo della legge all'indirizzo <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/064/1906467.pdf>.

³⁶ Per una sintesi in lingua inglese della sentenza cfr. l'indirizzo https://www.vfgh.gov.at/medien/Civil_register_-_Intersex_persons.en.php.

registrazioni *de quibus* facendo ricorso «al paniere di definizioni proposte dalla Commissione di bioetica della Cancelleria austriaca che, nella sua relazione a favore dell'introduzione di un terzo genere anagrafico, aveva proposto i termini "diverso", "inter" o semplicemente di omettere il dato»³⁷. La Corte costituzionale austriaca ha ritenuto anche immediatamente possibile procedere alla modifica, integrazione e correzione dei dati inerenti all'identità sessuale di eventuali richiedenti, sussistendo nella legge austriaca disposizioni che lo consentono, se interpretate, per l'appunto, nei sensi di cui in motivazione.

3. Il sesso "diverso". Una prima valutazione della soluzione raggiunta

Le vicende cui si è fatto ora riferimento giungono a prospettare una soluzione che appare rispettosa della condizione esistenziale dei soggetti intersessuali sotto diversi punti di vista.

Essa, in prospettiva, consentirebbe, innanzitutto, di neutralizzare quasi completamente le criticità (intrinseche ed estrinseche) derivanti dalla necessità di classificare anagraficamente il soggetto in un momento molto vicino alla sua nascita anche quando non sia possibile individuarne in termini univoci il sesso sulla base dei tradizionali riferimenti morfologici e anatomici. Sin da subito, infatti, vi dovrebbe essere la possibilità di accantonare il risalente (e non sempre adeguato) criterio del «sesso prevalente»³⁸ e utilizzare la registrazione quale sesso «divers». In questi, così come nei più insidiosi casi di diagnosi di ambiguità di carattere cromosomico o fenotipico, l'opportunità, inoltre, di registrare all'anagrafe il neonato con sesso *non definito* o *senza indicazione di sesso* – in attesa che il raggiungimento dell'età puberale possa aiutare a diradare quei dubbi spesso irrisolvibili in uno stadio così iniziale dell'esistenza umana – dovrebbe aiutare a modificare gradualmente l'approccio culturale dei genitori/tutori del minore

³⁷ Così F. BRUNETTA D'USSEAU, *La Corte costituzionale austriaca impone l'immediato riconoscimento del terzo genere*, in *articolo29*, www.articolo29.it, 27 agosto 2018.

³⁸ Regola generale attribuibile al magistero di Ulpiano (III secolo d.C) che, però, non indicava i criteri sulla base dei quali rilevare il sesso prevalente. Tale questione ha attraversato i successivi diciotto secoli senza che, all'uopo, si siano individuati criteri certi e attendibili, anzi, in taluni casi, semmai, irragionevoli (cfr. G. VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, cit., 434 e 441).

intersex, troppo spesso inclini a prestare il consenso a interventi di chirurgia “correttiva” o perché sovrastati dal forte desiderio di avere un figlio “normale” o perché erroneamente o solo parzialmente edotti e, quindi, in definitiva, non propriamente liberi di assumere decisioni che siano frutto di informazioni realmente complete e corrette³⁹.

Ciò, di riflesso, dovrebbe, nella sostanza, anche svuotare della propria principale ragion d’essere la diffusa prassi della chirurgia “cosmetica” sul neonato intersessuale⁴⁰, essenzialmente finalizzata al riallineamento fisico di quest’ultimo ad uno dei corni del binarismo anagrafico. Essa (non solo) dovrebbe (ma, di fatto, potrebbe), dunque, essere limitata alle sole eventualità indifferibili e necessarie per concrete ragioni di tutela della salute, dovendosi escludere possano essere considerate tali quelle riconducibili ad una logica brutalmente normalizzatrice o rispondenti ad una prognosi di benessere futuro, come detto, strutturalmente contrassegnata da alti livelli di fallibilità.

L’introduzione del terzo sesso anagrafico, infine, dovrebbe agevolare notevolmente la condizione dell’intersessuale anche nell’età successiva alla pubertà – quando di norma il percorso di crescita identitaria può ritenersi pressoché completato – consentendogli di sanare l’eventuale dissonanza tra genere percepito e sesso legale con la procedura della rettificazione anagrafica o, a seconda dei casi specifici, con una sua variante semplificata.

Eppure, vi è da sottolineare che l’ipotesi dell’introduzione di un terzo sesso anagrafico non ha incontrato consensi unanimi ed, anzi, per un verso, ha innescato timori in ordine al suo portato stigmatizzante⁴¹; per altro verso, ha sollevato dubbi

³⁹ Cfr., in tal senso, le riflessioni di G. VIGGIANI, *Un’introduzione critica alla condizione intersex*, cit., 448 s.

⁴⁰ Pratica espressamente vietata nell’ordinamento della Repubblica di Malta ai sensi del *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* del 14 aprile 2015. Per un approfondimento della questione cfr. F. DICÈ, M. AURICCHIO, I. PARISI, M. SALERNO, F. SANTAMARIA, P. VALERIO, *Disorders of sex development. The frontiers in a scientific bioethical and social debate*, in AA. VV., *Bioethical issues, Atti of 9th World conference «Bioethical, medical, ethics & health law towards the 21th century»*, Napoli, 19-21 novembre 2013, Napoli, 2013, 181 ss.

⁴¹ Lo ricordano S. STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, cit., 22, e A. LORENZETTI, *Il “trattamento” giuridico della condizione intersessuale*, in *Genlus*, www.articolo29.it,

in ordine alla sua reale utilità in punto di fatto e di diritto⁴².

In realtà, la soluzione adottata negli ordinamenti tedesco e austriaco appare adeguata al rispetto della dignità dei soggetti intersessuali contemplando la possibilità di mantenere una indicazione di sesso aperta, connaturata alla variabile dei tempi e dei modi del perfezionamento dell'identità sessuale di costoro. La scelta di collocarsi anagraficamente (*male, female or other or undefined*), dunque, è rimessa al presupposto del consapevole approccio del soggetto interessato (o dei suoi genitori/tutori) al proprio differente o anomalo sviluppo sessuale (e alle correlate implicazioni).

4. La ricerca di un punto di equilibrio tra certezza delle relazioni giuridiche e soddisfacimento del diritto all'identità sessuale

La positivizzazione del "terzo sesso" con riferimento agli intersessuali è, pertanto, funzionale ad evitare storture gravemente lesive della dignità e della salute di soggetti che, all'evidenza, versano in una situazione che necessita di tutele specifiche e differenziate. Essa, per altro verso, rimarca la vocazione degli ordinamenti giuridici a ricondurre a categorie ben determinate (e, dunque, all'interno della dialettica giuridica) scostamenti rispetto a paradigmi consolidati – qual è quello del dimorfismo sessuale – sulla base del diritto di identità personale e del principio di uguaglianza⁴³ nella duplice, dialettica chiave di strumento antidiscriminazione ed antisubordinazione⁴⁴; dialettica che, «non potendo essere

2018, n. 1, 6 ss., 8 e 10. Affronta la questione A. COMENI, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, *ivi*, 12 ss.

⁴² Cfr. G. VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, cit., 442 ss.

⁴³ H. DENNINGER, *Il diritto all'autodeterminazione nell'ordinamento costituzionale tedesco*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 2018, n. 2, 11, rimarca che la pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco inquadra la mancanza di un terzo sesso non solo nell'ambito della violazione del diritto all'autodeterminazione ma anche in quello del principio di uguaglianza.

⁴⁴ Sulla necessità di una lettura del principio di uguaglianza che tenga conto di entrambi i profili per il superamento dei limiti connaturati alla chiave di lettura solo antidiscriminatoria v., più di recente, S. NICCOLAI, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto anti discriminatorio*, in *Dir. soc.*, 2014, 313 ss. Per un ampio approfondimento di tale questione, di recente, M. MASSA, *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'uguaglianza*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Atti del Convegno di Campobasso del Gruppo di Pisa, 19-20 giugno 2015, Napoli, 2016, 135 ss., al quale si rinvia anche per la copiosa bibliografia di contesto.

interamente assorbita nell'ambito del circuito giurisdizionale, di per sé inadatto a consentire composizioni stabili e sistematiche, inevitabilmente richiama il senso dei processi di "mediazione politica"»⁴⁵.

Alla luce delle considerazioni esposte, forse, il quesito più importante cui è stata data risposta è quello se, nel prisma delle diverse istanze identitarie emergenti, l'esigenza dei soggetti *intersex* rappresenti un epifenomeno da relegare nella sfera privata ovvero interroghi gli ordinamenti giuridici e la loro attitudine a provvedere a (o a risolvere) questioni la cui anomia determini disuguaglianze meritevoli di ristoro. E ciò non solo a garanzia della coerente composizione della società e della identificabilità esteriore di ciascun individuo⁴⁶, ma anche nel senso dell'affermazione di quei doveri di solidarietà sociale inscritti nel costituzionalismo europeo contemporaneo, alla ricerca di un fisiologico temperamento con le coesistenti ragioni di matrice «individualistico-libertaria»⁴⁷.

Le narrate vicende relative alla condizione degli intersessuali evidenziano, infatti, che gli ordinamenti citati sono intervenuti per fissare un punto di equilibrio tra il diritto costituzionalmente garantito al pieno sviluppo della persona umana e l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche, sì che la scelta individuale (o quella di genitori/tutori per i neonati) non risulti meramente potestativa e si muova, piuttosto, all'interno di situazioni che hanno riscontro medico-scientifico⁴⁸, rinvenibili in natura e oggettivate nell'osmotica relazione che

⁴⁵ Così M. DELLA MORTE, *Costituzione ed egemonia dell'eguaglianza*, in ID. (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, cit., 1 ss., 3. Sulla delicata questione v., di recente, A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016.

⁴⁶ Cfr. P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in L. FERRARO, F. DICÈ, A. POSTIGLIOLA, P. VALERIO (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Milano-Udine, 2016, 279 ss.

⁴⁷ Per dirla con A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in *Pol. dir.*, 2014, 403 ss.

⁴⁸ Sulle questioni problematiche del rapporto reciprocamente condizionante tra sapere scientifico e diritto (costituzionale) v., *ex multis*, più di recente, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 13 giugno 2014; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2014, n. 1; M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione*

si instaura tra le componenti fisica e psichica degli interessati⁴⁹.

La certificazione medica (ovvero, eccezionalmente, una dichiarazione giurata nei casi in cui essa non possa essere acquisita) quale condizione per l'iscrizione anagrafica nel sesso *diverso* (o anche per la sola registrazione *con formula aperta*) è presupposto indefettibile per la valutazione della serietà e univocità della scelta dell'istante (o dei suoi genitori/tutori) al fine di escludere che essa possa rispondere ad un ondivago desiderio di fluidità di genere e, allo stesso tempo, per delimitare, nell'ordinamento costituzionale di riferimento, tanto la misura della massima espressione possibile dell'autodeterminazione individuale, quanto l'ampiezza del nucleo inviolabile del diritto all'identità personale.

Si ha l'impressione che l'introduzione del terzo sesso, nei casi qui evidenziati, renda più stringente e accurato il principio di certezza della classificazione legale e delle relazioni sociali dei sessi ponendo, semmai, il problema di adattamento dell'ordinamento al riconoscimento della nuova dimensione di genere. Tale adattamento, in questa specifica situazione, può fungere da volano per una crescita della consapevolezza socio-culturale verso tale concreta situazione. A dirla tutta, il

assiologica, in *Pol. dir.*, 2015, 271 ss.; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2015, n. 4; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, *ivi*, 2016, n. 2; S. PENASA, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2016, n. 1, 39 ss.; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2017, n. 1; L. CHIEFFI, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2017, n. 7; G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scienza*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, 2017, fasc. 2; A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, www.gruppodipisa.it, 2017, n. 1; E. PULICE, *Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2019, n. 1, 237 ss. Con specifico riferimento, poi, al diritto all'autodeterminazione v. in chiave critica, di recente, A. GUSMAI, *Il diritto all'autodeterminazione: una libertà "perimetrata" dal sapere scientifico?*, in *Diritti fondamentali*, www.dirittifondamentali.it, 2019, fasc. 1.

⁴⁹ Sui rischi di un approccio ai temi dell'identità personale che non tenga conto della stretta e necessaria interrelazione tra corpo e psiche, *ex multis*, v. M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, Milano, 2012, 43 ss. In termini parzialmente diversi, invece, tra gli altri, F. BILLOTTA, voce *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv., sez. civile, Aggiornamento*, Torino, 2013, 732 ss., 735, nt. 17, secondo il quale i due termini, *sex* e *gender*, «rimangono autonomi pur essendovi un'interrelazione profonda tra di loro».

terzo sesso, in una prospettiva aperta ad un costituzionalismo solidaristico, positivizza per gli *intersex* una condizione di fatto che sarebbe riduttivo collocare semplicemente in rapporto di eccezione alla regola, e quindi nella sola ottica di un rafforzamento del dimorfismo sessuale. Essa, di più, può costituire approdo al riconoscimento di una dimensione equivalente a quella di maschio e femmina proprio in ragione dello sua stretta caratterizzazione quale stato di (e in) natura: più propriamente quale *species* del più ampio *genus* umano.

5. Brevi spunti su autodeterminazione individuale e condizione transgender

Quanto fin qui acquisito – e cioè, da un lato, la possibilità per i transessuali di rettificare il sesso senza obbligo di costringimento chirurgico radicale e, dall'altro lato, quella per gli intersessuali di non optare per una indicazione positiva di genere o di scegliere di classificarsi in un genere "terzo" – spinge, per logico "trascinamento", ad affrontare anche il problema del riconoscimento giuridico della condizione più propriamente *transgender*, cioè, come detto, di quello stato che riguarda individui «che, pur restando a cavallo tra il maschile e il femminile, non sentono di appartenere ad alcun genere»⁵⁰ o rifiutano l'idea stessa di appartenenza di genere (più propriamente *queer*⁵¹) o che riterrebbero soddisfacente una collocazione *altra* rispetto a quella binaria tradizionale, anche solo in via transitoria e senza necessità di puntuali riscontri giustificativi di tipo medico o biologico.

La domanda da porsi è, quindi, se si può estendere per "scivolamento" ai *transgender* quanto fin qui osservato per gli *intersex*.

Una prima indicazione in senso negativo sembra emergere proprio dall'interno delle dinamiche emancipative attivate dai movimenti transgenere, che hanno provato, con risultati non sempre significativi, ad inglobare la questione *intersex* al fine di attrarre le rivendicazioni *genderfluid* di cui sono portatori nel solco dei riconoscimenti giuridici che, progressivamente, gli ordinamenti destinano agli

⁵⁰ Si pone la questione, tra gli altri, N. POSTERARO, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari*, cit., 1372 s.

⁵¹ Per un approfondimento del fenomeno *queer* nella letteratura italiana v., di recente, L. BERNINI, *Le teorie queer. Un'introduzione*, Milano-Udine, 2017.

intersessuali⁵² con strategie apparentemente contrastanti ma, di fatto, tendenti ad un obiettivo convergente e cioè quello di superare la scarsa omogeneità delle due situazioni (questione principalmente di identità sessuale quella degli *intersex*; questione esclusivamente di identità di genere quella dei *transgender*). In tale prospettiva, da un lato, si è tentato di sottrarre la condizione intersessuale all'eziologia che le è propria; dall'altro lato, si è provato, specularmente, a ricondurre a un dato biologico oggettivo anche le specificità *transgender*.

Ma altre ragioni potrebbero suggerire l'incompatibilità con il modello personalistico costituzionale di un'istanza di genere che si proietti in un orizzonte di così ampia latitudine.

Più in particolare, l'universo transgenere reclama la necessità di una rivisitazione (prima socio-culturale e poi anche) ordinamentale «dei "generi" e dei "sessi" fluida, capace di rivendicare il diritto di ogni persona ad autodeterminarsi e collocarsi in una qualsiasi posizione intermedia rispetto agli estremi stereotipati di "maschio" e "femmina"»⁵³. Questo approccio alle questioni di genere, da tempo ben noto alle (e approfondita dalle) scienze sociali e mediche⁵⁴, trae spunto da un'impostazione filosofica che sottopone a serrata critica l'organizzazione (e la classificazione) sociale per sessi, in quanto meccanismo di *biopolitica* attraverso cui "il potere" esercita la sua presa sulla vita biologica, plasmandola in una forma capace di trovare preciso riscontro nell'ordine dato⁵⁵. Tale approccio critico si

⁵² Ne rende conto G. VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, cit., 445 s.

⁵³ N. POSTERARO, *op. loc. ult. cit.*, sulla scorta dell'argomento secondo il quale «è poco plausibile chiedere ad un individuo di adattare il proprio essere a uno *standard* predefinito secondo cui è concesso essere alternativamente e rigidamente maschi o femmina (*rectius*, donne o uomini). Vuol dire guardare in modo acritico al dimorfismo sessuale, anche nell'evidenza per cui alcune persone non rientrano in questo schema binario. Si attua una vera e propria compressione della dignità umana, e consequenzialmente del diritto alla salute di queste persone, minate nel proprio benessere psico-fisico».

⁵⁴ Esse affondano le proprie radici nei cc.dd. *gender studies* che ebbero modo di svilupparsi in psicosessuologia e in psichiatria con particolare riferimento, dapprima – e non a caso – alla condizione degli intersessuali (cfr. J. MONEY, J.G. HAMPSON, J.L. HAMPSON, *Hermaphroditism: recommendations concerning assignment of sex, change of sex and psychologic management*, in *Bullettin of the J. Hopkins Hospital*, 1955, 97, 284 ss.) e, successivamente, a quella dei transessuali (cfr. R.J. STOLLER, *Sex and gender. On the development of masculinity and femininity*, New York, 1968).

⁵⁵ Il riferimento è al *fil rouge* che lega la trilogia di M. FOUCAULT, *Storia della sessualità*, vol. I, *La volontà di sapere* (1976); vol. II, *L'uso dei piaceri* (1984); vol. III, *La cura di sé* (1984).

diffonde, poi, nel panorama dei *gender studies* con un grado di definizione sempre crescente che va di pari passo con l'evoluzione della costruzione in termini autoriflessivi del pensiero *sul* genere⁵⁶ e supera le sue radici epistemologiche⁵⁷ con forti connotazioni autoreferenziali⁵⁸.

Se l'obiettivo è, dunque, quello della decostruzione di identità sessuali stabili (e, con essa, dei criteri di classificazione legale dei sessi), non si può fare a meno di osservare che l'eventuale rapporto tra corpo e psiche sarebbe molto sbilanciato verso quest'ultima, divenendo il primo un mero strumento per la realizzazione della seconda. Più che di «interrelazione», tra i due insisterebbe un rapporto di autonomia servente a senso unico: «l'identità sessuale potrebbe al limite essere del tutto indipendente e svincolata da una determinata struttura corporea», la qual cosa dovrebbe risultare paradossale per un costituzionalista «perché le prime luci sui diritti della persona hanno preso le mosse, invece, proprio dal valore del corpo: l'*habeas corpus* è il primo e più diffuso dei diritti umani, sin dalla *Magna Charta* del 1215»⁵⁹.

Anche quelle autorevoli correnti di pensiero che sottolineano come la frontiera dell'*habeas corpus* si sia spostata molto in avanti – e che il superamento della «logica "originalista" incentrata tutta sulla fisicità, del corpo inviolabile» abbia liberato spazio vitale per i «moti della coscienza, le libere determinazioni di ciascuno»⁶⁰ – non intendono propugnare la prevalenza di una dimensione umana sull'altra, bensì rimarcare che la «costituzionalizzazione della persona»⁶¹ fissa un equilibrio

⁵⁶ Cfr. F. FERRARI, *Pensare il genere e parlare di genere: distinguere livelli, obiettivi e contesti*, in *GenIus*, www.articolo29.it, 2016, n. 1, 178 ss., 187 ss. e *passim*.

⁵⁷ In questa prospettiva J. BUTLER, *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity* (1999), *Scambi di genere. Identità sesso desiderio*, trad. it. di R. Zuppet, Milano, 2004.

⁵⁸ Cfr., ad esempio, L. BERNINI, *Apocalissi Queer. Elementi di teoria antisociale*, Pisa, 2013.

⁵⁹ M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, cit., 50 s.

⁶⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 273.

⁶¹ La persona, da intendersi «come la categoria che meglio permette di dare evidenza alla vita individuale e alla immersione nelle relazioni sociali. Da qui, in definitiva, una nuova antropologia, espressa attraverso la costituzionalizzazione della persona» (così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 183).

tra le sue dimensioni attraverso «una più intensa considerazione dell'autodeterminazione della persona» quale diritto fondamentale⁶².

Molto, allora, si gioca sull'inquadramento dell'autodeterminazione individuale nell'attuale assetto costituzionale, sui suoi presupposti fondativi, sulla sua natura, sulla definizione dei suoi limiti. Tutti elementi speculativi che, pur sgorganti dall'art. 2 Cost., si articolano in plurime variabili esegetiche, che, a loro volta, si frammentano ulteriormente in una miriade di micro-situazioni (per lo più eticamente sensibili) in cui ad essa si fa richiamo per sfruttarne l'alto grado adattivo⁶³: in un «terreno senza confini, praticamente immenso perché sostanzialmente immense – anzi inesauribili – sono le potenziali istanze di libertà di cui il singolo si fa portavoce e di cui si ritiene, a torto o a ragione, portatore»⁶⁴. Non v'è chi non abbia notato, infatti, che anche in Italia – benché nella Costituzione repubblicana non vi siano appigli testuali che legittimino la sua certa identificazione con il concetto di libertà⁶⁵ – «l'autodeterminazione è andata consolidandosi negli ultimi anni quale concetto-chiave attraverso cui interpretare le Costituzioni e aggiornare il catalogo di diritti individuali», dando l'impressione di

⁶² Cfr. ancora S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 158 e *passim*, sulla scorta di Corte costituzionale, sentenza n. 438 del 2008, *Considerato in diritto*, § 4. Sui rischi, però, dell'individuazione di un diritto all'autodeterminazione che si traduca in un «"moderno *Habeas Corpus*"» e sui dubbi che in termini, assoluti esso possa dirsi compatibile con l'ordinamento costituzionale italiano e in questo radicarsi v. A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali VIII*, Milano, 2016, 263 ss., 331 ss.

⁶³ Cfr. in chiave critica A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2019, fasc. 1, 92 ss. S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 18 novembre 2009, 3, rimarca «come "autodeterminazione" non ha nell'ordinamento giuridico una dimensione unitaria, ma è suscettibile di assumere valenza giuridica solo per frammenti, riconducendo i diversi aspetti delle scelte e decisioni individuali all'ambito giuridico che è loro proprio, e cioè ad una disposizione puntuale che contempla una determinata situazione e la qualifica giuridicamente».

⁶⁴ Così A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, cit., 412.

⁶⁵ In tal senso cfr. L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del Convegno nazionale U.C.G.I., Pavia, 5-7 dicembre 2009, Milano, 2012, 11 ss., 15; S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, cit., 3, 4 e *passim*.

provocare una dissolvenza tra «desideri privati e diritti fondamentali»⁶⁶. Tendenza rafforzata soprattutto nella teorica della tutela integrata dei diritti umani su scala europea e universale proprio lì dove, come osservato da avvertita dottrina, lo sganciamento tra politica e *bios* provoca «una sorta di soggettivismo di ritorno» che corre il rischio di snaturare il compito del costituzionalismo volgendolo alla protezione «*sub specie* di diritto soggettivo fondamentale di qualsiasi pretesa soggettiva, qualsiasi bisogno umano, individuale e collettivo, psichico-fisico, biologico»⁶⁷.

Ciò che si perde di vista nell'affermazione della libertà di autodeterminazione intesa come incoercibile e illimitata volontà di definizione dei confini della propria sfera di essere, agire e sentire è che l'*humus* del personalismo solidale non sembra risiedere nel mero coordinamento fra piani di vita che restano, gli uni per gli altri, reciprocamente irrilevanti⁶⁸. E ciò pare valere pure quando le scelte che ne scaturiscono non interferiscano nella sfera altrui⁶⁹. A tacer d'altro, ne emergerebbe «un certo tipo di costituzione, non certamente prescrittiva e assiologicamente orientata, non rivolta alla persona, in quanto tale, ma al raccordo delle diverse concezioni (e dei diversi gruppi) attorno ad un denominatore minimo di coesistenza e di integrazione»⁷⁰.

⁶⁶ L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, cit., 11 s. Sul rischio della evaporazione di un contenuto "prevedibile" della categoria stessa di diritto fondamentale v. più ampiamente N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016. Cfr. anche A. D'ALOIA, *Il "terzo" sesso*, cit., 4, secondo il quale «rivestendo tutto ciò che si agita a livello dei desideri umani e delle rivendicazioni soggettive della qualifica di 'diritti fondamentali'» si corre «il rischio di trasformarli in una sorta di "bene abbandonato, che chiunque può far suo e per qualsiasi scopo"». Similmente, con riferimento alla dialettica tra godimento di diritti fondamentali ed emersione di connessi doveri costituzionali, in chiave assiologica, v. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, 167 ss.

⁶⁷ A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2017, n. 3, 92. Per una articolata critica alla teorica della tutela integrata dei diritti umani su scala europea e universale v., inoltre, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 113 ss. Similmente, tra gli altri, A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, cit., 426; L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, cit., *passim*; G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2017, n. 3.

⁶⁸ Cfr. F. MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010.

⁶⁹ Diversamente S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 195 e *passim*.

⁷⁰ Lo rileva S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, cit., 23.

In definitiva, una siffatta prospettiva decostruzionista, prima ancora che antagonista a interessi collettivi pubblici meritevoli di tutela, sembra in contrasto con le coordinate che il costituzionalismo personalista traccia per la convivenza della dicotomia libertà individuale/socialità o, se si preferisce, individuo/persona escludendo che l'assetto sociale ivi delineato possa così tanto sbilanciarsi verso un modello egualitario retto dall'atomismo individualistico declinato quale «libertarismo costituzionale»⁷¹.

⁷¹ Cfr. ancora A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, cit., 427, 432 ss., 443. Molto di recente è stata la stessa Corte costituzionale a ribadire un siffatto assunto lì dove ha precisato, ancora una volta, che «l'art. 2 Cost. collega, dunque, i diritti inviolabili al valore della persona e al principio di solidarietà. I diritti di libertà sono riconosciuti, cioè, dalla Costituzione in relazione alla tutela e allo sviluppo del valore della persona e tale valore fa riferimento non all'individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita in relazioni sociali. Il costituzionalismo contemporaneo è, del resto, ispirato all'idea che l'ordinamento non deve limitarsi a garantire i diritti costituzionali ma deve adoprarsi per il loro sviluppo. Di qui una concezione dell'individuo come persona cui spetta una "libertà di" e non soltanto una "libertà da"» (sentenza n. 141 del 2019, *Considerato in diritto*, § 5.1).