



PAOLO MEZZANOTTE\*

## IDENTITÀ DI GENERE NON BINARIA E ALTRE QUESTIONI IN UNA RECENTE PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE\*\*

**Abstract [It]:** Il contributo ha ad oggetto la sentenza n. 143/2023 con cui la Corte costituzionale ha affrontato per la prima volta la questione dell'identità di genere non binaria, oltre a dichiarare parzialmente illegittima la norma sull'autorizzazione all'intervento chirurgico da parte del giudice. Nell'analisi della giurisprudenza si evidenzia, da un lato, la graduale affermazione del principio di autodeterminazione nella propria identità di genere e, dall'altro, l'esistenza dell'interesse pubblico alla certezza giuridica che con il primo deve essere bilanciato.

**Abstract [En]:** The object of the article is the Constitutional Court's judgement n. 143/2023. The judgement faced two issues: firstly, it had to deal with the question of the non-binary gender identity for the first time; secondly, it declared partially illegitimate the norm concerning the need for judicial authorization to the surgery for transexual people. In the case-law analysis, on the one hand you can notice the emerging of the principle of self-determination in the gender identity and, on the other hand, public interest to juridical certitude, with whom the first one needs to be balanced.

**Parole chiave:** Transgenderismo, Identità di genere, Identità non binaria, Autorizzazione all'intervento chirurgico

**Keywords:** Transgenderism, Gender identity, Non-binary identity, Authorization to surgery

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. – 2. Sull'identità non binaria. – 2.1. Alcuni precedenti europei. – 2.1.1. La Cedu. – 2.1.2. Cenni di diritto comparato. – 2.2. Sull'autorizzazione all'intervento medico-chirurgico. – 3. Sull'illegittimità dell'autorizzazione al trattamento medico chirurgico. – 4. Brevi rilievi conclusivi.

\* Ricercatore di Diritto costituzionale e pubblico – Sapienza Università di Roma.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

## 1. Introduzione al tema

La sent. 23 luglio 2024 n. 143 della Corte costituzionale ha affrontato alcune questioni di vivo interesse ai fini della regolazione del fenomeno transgender. La pronuncia ha toccato due questioni.

Da un lato, ha riguardato il complesso e delicato tema dell'identità di genere non binaria. Dall'altro, ha dichiarato incostituzionale, a certe condizioni, la necessità dell'autorizzazione giudiziaria all'intervento medico-chirurgico teso al mutamento del sesso.

In dottrina e in giurisprudenza, le vicende relative al transgenderismo sono ricondotte a un diritto all'identità di genere, a sua volta da porre in relazione con il diritto inviolabile all'identità personale. È in particolare in Corte cost. 5 novembre 2015 n. 221, seguita da Corte cost. 13 luglio 2017 n. 180, che si fa riferimento a un diritto all'identità di genere come elemento costitutivo dell'identità personale, rientrando a pieno titolo fra i diritti fondamentali della persona<sup>1</sup>.

Il discorso attorno all'identità di genere presuppone una nozione del termine “genere” distinta da quella di “sesso”. Ove con quest'ultimo si intende l'aspetto biologico, ossia l'alternativa uomo-donna sulla base dei caratteri sessuali esteriori, il genere della persona si arricchisce di fattori psicologici e sociali. Primaria importanza riveste il dato subiettivo della percezione della propria sessualità; percezione che nel transgenderismo porta a una difformità tra l'appartenenza sessuale così come avvertita dall'interessato e quella invece risultante dal dato biologico<sup>2</sup>.

Sin da tempi risalenti, nella spiegazione del fenomeno e delle sue istanze di tutela, la Corte costituzionale ha posto l'accento su una concezione della sessualità come attinente alla sfera culturale e non solo biologica. Si legge infatti nella sent. 6 maggio 1985 n. 161 di «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni [...] ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale», all'insegna di «una concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché *la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa* – il o i fattori dominanti» (corsivo aggiunto).

Già con questa prima pronuncia, la Corte, nel dire che la differenza tra i due sessi coinvolge aspetti di cultura e non solo di biologia, e nel dire che è quantitativa, dava conto di un elemento di fluidità che contraddistingue il fenomeno<sup>3</sup>. Nelle odierne concezioni,

<sup>1</sup> In tema, cfr. M. D'AMICO, *I diritti dei “diversi”. Saggio sull'omosessualità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2021, p. 164 ss., nonché I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta Online*, 1/2016, p. 175 ss. V. anche, con toni più critici, 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*, n. 41/2017. Sul fondamento costituzionale dell'identità di genere, v. A. ASTONE, *Il controverso itinerario dell'identità di genere*, in *Nuova giurispr. civ. comm.*, n. 2/2016, p. 315 ss.

<sup>2</sup> Cfr. fra gli altri A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, Milano, 2013, p. 19 ss. Nello stesso senso, cfr. A.C. VISCONTI, *Oltre la logica binaria...L'identità di genere tra vecchie e nuove prospettive*, in *federalismi.it*, n. 15/2023, p. 240 ss.

<sup>3</sup> V. già, in tema, P. STANZIONE, *Transessualità*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 874 s.: «L'immutabilità o definitività tra essere-uomo ed essere-donna sembra, allo stato attuale degli studi biologici e psicologici, cedere il passo

basate sulla distinzione tra genere e sesso, l'identità di genere sembra sfuggire alla dicotomia uomo-donna, per includere realtà ulteriori che in tale dicotomia non si identificano, o per caratteri biologici, o perché in essa non si riconoscono. È quest'ultimo, in particolare, il caso delle persone non binarie, che, per inclinazione, intendono sottrarsi al dualismo maschile-femminile<sup>4</sup>.

Il fenomeno dell'identità non binaria, in quanto variante di genere, è ricondotto alla nozione "ombrello" di transgenderismo, ove questa venga intesa in senso ampio, ossia in maniera tale da ricomprendere al suo interno vicende ulteriori rispetto a quelle sussumibili entro le categorie binarie uomo-donna<sup>5</sup>. Sotto tale aspetto, la nozione di transgenderismo si distingue da quella di transessualismo in quanto è idonea ad assorbire diverse manifestazioni dell'identità di genere, alcune delle quali non comportano un percorso di modificazione del sesso biologico. Mentre, infatti, per transessuale si intende chi si sottopone a interventi medici per mutare il proprio sesso da uomo a donna o viceversa, nel termine transgender sono altresì inclusi coloro che, per ragioni mediche o per scelta, non intendono affrontare l'intervento di riconversione dei caratteri sessuali, così come coloro che, come nel caso in oggetto, percepiscono la propria identità a prescindere dal binarismo di genere<sup>6</sup>.

Le recenti tendenze dell'ordinamento, *in primis* della giurisprudenza costituzionale, sono quelle di ricondurre le questioni concernenti l'identità di genere alla sfera di autodeterminazione del soggetto e di preservare la salute psico-fisica di questi. Ne è un chiaro esempio la pronuncia con la quale il Giudice delle leggi, con sentenza interpretativa di rigetto, ha reputato non necessario l'intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari ai fini del procedimento di rettificazione anagrafica del sesso. L'organo di garanzia ha infatti sancito un'interpretazione della normativa in vigore in senso conforme all'istanza di tutela del diritto individuale all'identità di genere e alla relativa autodeterminazione, ammettendo la possibilità che vi siano soggetti che mutano sesso anagrafico pur senza desiderare di mutare i propri caratteri sessuali primari<sup>7</sup>. Infatti,

---

ad una concezione in cui la maschilità e la femminilità non sono valori nettamente opposti, ma gradi successivi dello sviluppo di un'unica funzione, la sessualità».

<sup>4</sup> Cfr. A. LORENZETTI, *Uguaglianza e genere: cenni per un dibattito tra punti fermi e sabbie mobili*, in AA. VV., *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto. Atti del seminario di Roma 26 novembre 2021*, Napoli, 2022, p. 205 s. Attorno all'identità di genere come dato culturale, e non solo biologico, v. A. ASTONE, *Il controverso itinerario dell'identità di genere*, cit., p. 306 ss. In tema di identità non binaria, si vedano G. MINGARDO, *Il riconoscimento delle nuove soggettività e il limite del binarismo di genere nella prospettiva costituzionale*, in *GenIUS*, 24 settembre 2024; A.C. VISCONTI, *Oltre la logica binaria...L'identità di genere tra vecchie e nuove prospettive*, cit.

<sup>5</sup> Cfr. B. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., p. 20.

<sup>6</sup> Cfr. fra gli altri A.C. VISCONTI, *Oltre la logica binaria...L'identità di genere tra vecchie e nuove prospettive*, cit., p. 246.

<sup>7</sup> Cfr. Corte cost., 5 novembre 2015 n. 221. A commento della pronuncia, v. fra gli altri P.I. D'ANDREA, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi*, in *Giur. cost.* n. 1/2016, p. 263 ss.; L. FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. cost.*, n. 6/2015, p. 2054 ss.; ID., *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale? in Questione Giustizia*, 2016; P.C. 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*, n. 8/2018; A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, p. 1006 ss.; C. MEOLI, *La correzione dell'interpretazione sulla correzione del sesso: brevi note a Corte cost., sent. n. 221 del 2015.*, in *giustamm.it*, n. 6/2016; A. NOCCO, *La rettificazione di attribuzione di sesso tra Corte Costituzionale n. 221/2015 e fonti sovranazionali*, in *Questione giustizia*, 30 novembre 2015; C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile*

secondo il Giudice delle leggi, le modalità di adeguamento dei caratteri sessuali devono adattarsi all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive<sup>8</sup>.

Emerge in tutta la sua delicatezza il margine di fluidità che, nelle concezioni odierne e nella stessa giurisprudenza costituzionale, contraddistingue alcuni aspetti dell'identità di genere.

Tuttavia, questo assunto va commisurato con le istanze pubblicistiche di certezza degli *status* e delle relazioni giuridiche, che pure sono sottese alla disciplina in vigore. Tali istanze sono alla base dello stesso coinvolgimento di un giudice, cioè di un organo dello Stato, nel procedimento di rettifica dell'attribuzione di sesso e, come si vedrà dall'analisi della pronuncia in commento, hanno altresì ricadute normative ben precise allorquando, nell'ambito dei diversi settori disciplinari dell'ordinamento, la distinzione tra i sessi è presupposta ai fini del prodursi di determinati effetti (come ad es. per il diritto di famiglia o per il diritto dello sport, ma l'elenco è lungo). In alcuni contesti normativi, l'inserimento del riconoscimento di un genere non binario, ove non accompagnato dai delicati bilanciamenti che solo il legislatore può fare, rischierebbe di inserirsi come un "corpo estraneo" e metterebbe in crisi l'impianto legislativo di fondo; ciò che giustifica la Corte per l'essersi espressa a favore di una riserva del Parlamento circa le modalità con cui dare ingresso a questa sorta di *tertium genus* all'interno dell'ordinamento. Pertanto, alla questione con la quale veniva chiesto di introdurre con sentenza additiva la possibilità di conseguire nel procedimento di rettificazione «altro sesso diverso da quello maschile e femminile», la Corte ha risposto con una pronuncia di inammissibilità, pur lasciando intendere che sussiste un problema di riconoscimento dei diritti da parte del legislatore.

Altra questione toccata dalla sentenza in commento concerne, come sopra accennato, la costituzionalità della previsione per la quale, ai fini della realizzazione dell'intervento medico-chirurgico di mutamento di sesso, era necessaria l'autorizzazione del giudice<sup>9</sup>.

---

*varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw Journal - Rivista Di Bio-Diritto*, 2016, n. 1/2016, p. 283 ss.; I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *giurcost.org* n. 1/2016; A. SPANGARO, *Anche la Consulta ammette il mutamento di sesso senza il previo trattamento chirurgico*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2016, p. 639 ss.

<sup>8</sup> In tema di mutamento del sesso e identità di genere, la letteratura, come si sa, è piuttosto nutrita. Per una prima ricognizione, si vedano, con varietà di intonazioni e sotto vari punti di vista, C. ANGIOLINI, *Transsessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso tra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2017, p. 263 ss.; S. BARTOLE, *Transsessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 1178 ss.; F. BILOTTA, *Transsessualismo*, in *Digesto discipline privatistiche*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2013, p. 732 ss.; S. CELENTANO, *La legge 164/1982. La rettificazione di attribuzione di sesso*, in L. FERRARO, F. DICÉ, A. POSTIGLIOLA, P. VALERIO (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto* Milano, 2016, p. 79 ss.; L. FERRARO, *Transsessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *Federalismi.it* n. 21/2013; T. GAZZOLO, *Identità di genere. Una critica al diritto di essere sé stessi*, Milano, 2023; M.E. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, t. II, *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Milano, 2011, p. 1599 ss.; A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit.; G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 729 ss.; S. PATTI, M. R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986; B. PEZZINI, *Le persone transessuali*, in P. CENDON, S. ROSSI (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, Roma, 2013, p. 715 ss.; ID., *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, in G. VIDAL MARCILIO POMPEU, F. SCAFF, *Discriminação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Conceito Editorial, Brazil, 2012, p. 327 ss.; P. STANZIONE, *Transessualità*, cit.; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Transsessualismo e tutela della persona*, Assago, 2002.

<sup>9</sup> Cfr. art. 31, comma 4, d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150.

Come si vedrà, con una sentenza di accoglimento parziale il Giudice costituzionale ha “liberalizzato” il regime dell’intervento medico-chirurgico, non ritenendo più necessaria, almeno in certi casi, l’autorizzazione in parola. In tale evenienza, la Corte conferma la tendenza verso una evoluzione del regime del mutamento di genere tesa a prediligere, entro certi limiti, l’autodeterminazione individuale del soggetto interessato dal procedimento di rettifica del sesso.

Ma guardiamo alla vicenda più da vicino.

## 2. Sull’identità non binaria.

Il giudizio costituzionale affonda le sue radici in una vicenda processuale di azione di rettificazione di sesso, con contestuale richiesta di adeguamento dei caratteri sessuali mediante intervento medico-chirurgico. La persona interessata, di sesso biologicamente femminile, recava con sé una diagnosi di identità di genere non binaria, sia pure con inclinazione verso il polo maschile. Si rivolgeva al tribunale avendo già iniziato i trattamenti ormonali atti allo scopo e specificando di voler rettificare il sesso riportato nell’atto di nascita da femminile ad «altro», conformemente al carattere non binario della sua identità di genere<sup>10</sup>.

Il giudice remittente solleva q.l.c. in relazione alla normativa in materia di rettifica di attribuzione di sesso nella parte in cui non prevede la possibilità di ottenere rettificazione con attribuzione di un genere diverso da quello maschile e femminile<sup>11</sup>. È da notare come il giudice predichi l’esistenza del diritto all’identità di genere, intesa come espressione del diritto all’identità personale e al tempo stesso strumento per la piena realizzazione del diritto alla salute – ove questo venga inteso nell’accezione ampia, sia fisica che psichica - e lo riconduca agli artt. 2 e 32 Cost., oltre che all’art. 8 Cedu<sup>12</sup>. Il remittente fa altresì propria una nozione di identità di genere in termini fluidi, in maniera tale da realizzare un *continuum* tra i generi maschile e femminile, conformemente ai presupposti scientifici e culturali di cui si è dato conto nel § che precede. A integrare il parametro invocato concorre anche il principio di eguaglianza, dacché le persone di genere non binario, non potendo accedere al procedimento per la rettifica dell’attribuzione di sesso, sarebbero ingiustificatamente discriminate rispetto ai portatori di un’identità binaria<sup>13</sup>.

È riconosciuta, di contro, l’istanza pubblicistica, cui sopra si è fatto cenno, alla esatta differenziazione tra i generi, in maniera tale da non creare situazioni relazionali non previste dall’attuale sistema di diritto familiare. Tuttavia, il bilanciamento posto in essere dal

<sup>10</sup> Cfr. Trib. Bolzano, Seconda Sezione civile, ord. di rimessione 31 ottobre 2023, § 1.1.

<sup>11</sup> Cfr. Art. 1, l. 14 aprile 1982 n. 164: «La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali».

<sup>12</sup> Cfr. ord. di rimessione, § 4.1.

<sup>13</sup> Cfr. ord. di rimessione, *ibidem*.

legislatore tra i principi in gioco non è ritenuto conforme a proporzionalità, essendo vanificato totalmente il diritto all'identità di genere dei soggetti non binari<sup>14</sup>.

La Corte costituzionale evidenzia la sussistenza di un problema di «tono costituzionale» (*sic*)<sup>15</sup> e fa riferimento a «una situazione di disagio significativa rispetto al principio personalistico cui l'ordinamento costituzionale riconosce centralità (art. 2 Cost.)»<sup>16</sup>. Per la Consulta, in altri termini, il tema del riconoscimento dell'identità non binaria ha a che fare con la Costituzione e i suoi principi. Parimenti, è presa sul serio la censura di disparità di trattamento, così come quella dell'esigenza di piena tutela psico-fisica della persona<sup>17</sup>.

Tuttavia, l'organo di garanzia non arriva a predicare un diritto all'identità binaria immediatamente configurabile con gli strumenti della giustizia costituzionale e in via indipendente dall'intervento legislativo.

La questione ha un duplice risvolto.

Sotto un primo profilo, il Giudice costituzionale intende rispettare il ruolo del legislatore come «primo interprete della realtà sociale»<sup>18</sup>. Si pone, così facendo, in linea di continuità con tutte quelle pronunce di inammissibilità con cui ha rispettato lo spazio della discrezionalità legislativa e il connesso principio della separazione dei poteri, ritenendo non confacente alle proprie attribuzioni costituzionali la realizzazione di un intervento di così ampia portata come quello dell'introduzione di un *tertium genus* oltre a quello maschile e femminile<sup>19</sup>.

Tuttavia, l'argomentazione più convincente ai fini della pronuncia di inammissibilità della questione è un'altra. Infatti, in termini di certezza giuridica, una parte delle stesse fondamenta dell'ordinamento poggia sul binarismo di genere. Ciò è vero ad es., e innanzitutto, per il diritto di famiglia, laddove il matrimonio e l'unione civile postulano rispettivamente un'unione tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso. Considerazione medesima è da fare per il diritto del lavoro, con riguardo alle azioni positive per la lavoratrice. Il diritto dello sport rappresenta un'altra branca ordinamentale in cui la distinzione degli ambiti competitivi avviene secondo il dualismo di genere. Infine, vedasi la disciplina dei «luoghi di contatto», come le carceri e gli ospedali, organizzati per genere maschile e femminile<sup>20</sup>. Ai fini dell'introduzione di un principio di riconoscimento dell'identità non binaria, e della sua realizzazione nel procedimento per rettifica del sesso, la Corte sembra rinviare all'esigenza di una profonda riforma che, nel mutare i paradigmi binari fin qui adottati, riesca tuttavia a preservare le istanze di certezza giuridica. Di qui, come detto, la pronuncia di inammissibilità.

Sul punto dell'identità non binaria, la pronuncia in commento presenta più di un aspetto di interesse.

<sup>14</sup> Cfr. ord. di rimessione, *ibidem*.

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., n. 143/2024, *Cons. in diritto*, § 5.

<sup>16</sup> Cfr. *Cons. in diritto*, § 5.4.

<sup>17</sup> Cfr. *Cons. in diritto, ibidem*.

<sup>18</sup> Cfr. *Cons. in diritto, ibidem*.

<sup>19</sup> In ordine a tali decisioni di inammissibilità si veda, recentemente, G. VASINO, *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. Tutela sostanziale dei diritti e tecniche decisorie*, Torino, 2024, p. 67 ss.

<sup>20</sup> Cfr. *Cons. in diritto*, § 5.5.

Emerge, in generale, la complessità del processo che porta eventualmente all'affermazione di un nuovo diritto o, in tale caso, di un nuovo *status*, connesso con il diritto inviolabile all'identità di genere.

Sotto un primo profilo, in tale processo la Corte offre copertura alle istanze di tutela sul piano delle affermazioni di principio, come quella relativa al tono costituzionale e alla segnalazione di una situazione di disagio in relazione al pieno dispiegamento del principio personalistico di cui all'art. 2 Cost.

Sotto altro profilo, tuttavia, quando si tratta di scendere più nel concreto nei meccanismi di tutela giuridica, riemerge il tema della "riserva" di disciplina legislativa, dacché l'introduzione di un terzo genere, altro rispetto a quello maschile e femminile, postula un intervento sistemico da parte del Parlamento onde modificare in profondità, e non senza la spendita di discrezionalità politica, interi settori ordinamentali che si fondano, o quantomeno presuppongono, la logica binaria di genere.

Rimane sullo sfondo, ma resta visibile nelle argomentazioni della Corte, il principio che, in tema di mutamento di sesso e procedimenti di rettificazione anagrafica, agisce più tradizionalmente da freno nei confronti delle domande di autodeterminazione individuale, ossia il principio di certezza delle relazioni giuridiche. A ben vedere, infatti, nelle branche ordinamentali, esemplificativamente indicate sopra, il cui impianto si fonda sulla logica binaria di genere, il bene costituzionale da preservare non è soltanto la separazione dei poteri, cioè l'esigenza di lasciare al legislatore il compito di incisive riforme di sistema, bensì anche quella del rispetto della certezza delle relazioni giuridiche e, non da ultimo, di quelle sociali, che delle prime sono il rovescio della medaglia.

## 2.1 Alcuni precedenti europei

### 2.1.1. La Cedu

Di per sé, da tempo il fenomeno transgender ha trovato riconoscimento presso la Corte Edu. Sin dal caso *Goodwin c. Regno Unito* la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha affermato la sussistenza per gli Stati contraenti di un obbligo di riconoscere legalmente il mutamento di genere<sup>21</sup>. Tale conclusione è stata fondata su un'interpretazione evolutiva dell'art. 8 della Convenzione Edu, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare. In particolare, si intende sottesa all'art. 8 una sfera di autonomia individuale che abbraccia il diritto di stabilire e veder riconosciuti i termini della propria identità sessuale<sup>22</sup>. In quell'occasione, la Corte Edu ha giudicato che il margine di apprezzamento dello Stato era soggetto a restrizione anche per l'emersione di un consenso fra gli Stati contraenti in ordine al riconoscimento legale del mutamento di genere<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. *Goodwin v. United Kingdom*, 11 luglio 2002.

<sup>22</sup> Cfr. § 90.

<sup>23</sup> Cfr. § 84.

In merito al diritto al riconoscimento legale di un'identità non binaria, i precedenti Cedu non sembrano, invece, essere così favorevoli. Ciò si può desumere da una pronuncia che, di per sé, non interessa direttamente il tema dell'identità non binaria, bensì quello dell'intersessualità, ossia del fenomeno per il quale la non piena riconducibilità del genere della persona a quello maschile o femminile deriva non tanto e non solo dal modo in cui la persona percepisce sé stessa, ossia da fattori psicologici, bensì da elementi di natura biologica<sup>24</sup>. Il fenomeno è dunque differente, ma, per le argomentazioni del Giudice di Strasburgo e ai nostri fini, presenta alcune analogie con quello della non binarietà.

La fattispecie è considerata nella sentenza *Y. c. Francia*<sup>25</sup> e concerne la legittimità del rigetto, da parte delle autorità giurisdizionali francesi, di una domanda presentata da persona intersessuale di essere registrata allo stato civile con genere «neutro», o «intersesso», anziché con quello maschile che figurava allo stato.

Secondo la Corte di Strasburgo la questione riguarda l'identità sessuale, rientrante nella sfera del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione, e in merito, in quanto è in gioco un tratto essenziale della vita del soggetto e dello sviluppo della sua personalità, gli Stati godono di un margine ristretto di apprezzamento discrezionale<sup>26</sup>. Tuttavia, viene rilevato che, in materia, non esiste fra agli Stati aderenti al Consiglio d'Europa un consenso sul riconoscimento del diritto alla registrazione di un genere neutro e che, anzi, la grande maggioranza degli Stati ha ancora una legislazione imperniata sulla rigida alternativa tra maschile e femminile<sup>27</sup>.

Soprattutto, è importante ai nostri fini notare come l'arresto faccia riferimento a interessi pubblici di rilievo che militano a favore di un allargamento del margine di apprezzamento delle autorità nazionali. I giudici nazionali, in particolare, adducono interessi generali che la Corte di Strasburgo accetta come scopo legittimo ai fini della compressione del diritto all'identità di genere. Così, il carattere binario delle attribuzioni di sesso negli atti dello stato civile è un aspetto fondamentale dell'organizzazione giuridica e sociale francese<sup>28</sup>, assieme con l'interesse alla sicurezza e alla coerenza degli atti stessi<sup>29</sup>. Inoltre, l'immissione di un sesso altro, o neutro, rispetto al binomio maschile-femminile richiederebbe delle profonde riforme legislative e dei delicati apprezzamenti sul piano etico-morale, che impingono nella discrezionalità del legislatore alla stregua del principio della separazione dei poteri<sup>30</sup>. Infatti, il riconoscimento di un sesso neutro o indeterminato avrebbe profonde ripercussioni su varie branche ordinamentali, tra le quali il diritto di famiglia, la filiazione, l'eguaglianza tra i sessi. In generale dunque, conclude il la Corte, «lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans

<sup>24</sup> In tema di identità *intersex*, v. i riferimenti nel § 2.1.2., in nota.

<sup>25</sup> *Y. c. Francia*, 31 gennaio 2023. A commento, v. F. BRUNETTA D'USSEAUX, *Le persone intersessuali e il terzo genere*, in *DPCE online*, n. 2/2023, p. 2299 ss.

<sup>26</sup> Cfr. §§ 75-76.

<sup>27</sup> § 77.

<sup>28</sup> §§ 78, 80 e 84.

<sup>29</sup> § 89.

<sup>30</sup> §§ 86, 89.

un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle de décideur national»<sup>31</sup>.

Viene dunque lasciato *in primis* agli Stati il compito di determinare la misura in cui venire incontro alle istanze di riconoscimento dell'identità intersessuale, sebbene con l'esortazione a porre in essere una disciplina che la tuteli.

La sentenza della Corte di Strasburgo presenta dei tratti di similitudine con quella in commento della Corte costituzionale. Così come per quest'ultima, anche la Corte Edu riconosce in principio l'interesse della persona – in tal caso – intersessuale, riconducendolo a un diritto codificato nella Carta. Allo stesso modo, però, sono valorizzati i motivi di pubblico interesse che ostano all'accoglimento della domanda e che rinviando, in ultima istanza, al principio della certezza e stabilità delle relazioni e degli *status*. Il rispetto delle istanze ordinali di stabilità e certezza richiede delicate ponderazioni che solo il legislatore può fare.

### 2.1.2. Cenni di diritto comparato

Quanto al panorama comparativo, spiccano alcuni casi – per vero ancora minoritari – in cui le autorità nazionali hanno prestato riconoscimento al “terzo genere”.

Così, con sent. 19 giugno 2019 n. 99<sup>32</sup>, la Corte costituzionale Belga ha aperto al genere binario, dichiarando incostituzionale la legge sulle persone transgender, impugnata in ricorso per annullamento da alcune associazioni a difesa dei diritti dei transgender. La legge è dichiarata incostituzionale nelle disposizioni che conservano un impianto binario uomo/donna, implicando che la modifica del sesso debba necessariamente avvenire soltanto entro questi due termini. La normativa in questione è stata censurata per disparità di trattamento nei confronti delle persone non binarie ed è stata dichiarata illegittima nella parte in cui non prevede, per queste, la possibilità di modificare l'attribuzione di sesso in maniera corrispondente alla loro identità di genere.

A differenza delle giurisdizioni francesi sopra menzionate nella sentenza *Y. c. Francia*, la Corte costituzionale belga ha altresì stabilito che il dualismo di genere non deve essere necessariamente considerato come un principio di base dell'ordine costituzionale belga.

Allo stesso modo, la Corte costituzionale austriaca, con sentenza del 15 giugno 2018, ha interpretato la legge sullo stato civile austriaca conformemente alla Costituzione, in maniera tale da permettere alle persone intersessuali di essere indicate nei registri e nei documenti utilizzando i termini «altro» ovvero «aperto»<sup>33</sup>.

Nell'ordinamento tedesco, diverse sono state le novità negli ultimi anni.

Innanzitutto, il *Bundesverfassungsgericht*, con sentenza 10 ottobre 2017, ha dichiarato l'incostituzionalità di diverse disposizioni di legge sullo stato civile nella misura in cui

<sup>31</sup> § 90.

<sup>32</sup> Sulla quale v. il commento di L. G. SCIANNELLA, *Diritto all'autodeterminazione e “Terzo genere”*: la Cour constitutionnelle belge si pronuncia sul “Transgender Act”, in *DPCE online*, n. 3/2019, p. 2295 ss.

<sup>33</sup> V. in tema C.P. GUARINI, *Appunti sul “terzo sesso” e identità di genere*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, p. 10 ss.

impongono di indicare il sesso maschile ovvero femminile anche a persone intersessuali. Il diritto all'identità di genere è fatto discendere dalla Corte tedesca dal più generale diritto al libero svolgimento della personalità di cui all'art. 2, comma 1, GG<sup>34</sup>. La legge 18 dicembre 2018, nel dare seguito alla pronuncia della Corte costituzionale, ha consentito alle persone intersessuali di optare per la categoria "altro" in luogo dei generi maschile o femminile.

Con la recente legge del 12 aprile 2024, il legislatore ha dettato un'unica procedura per ottenere il cambio anagrafico di sesso. Questo può essere ottenuto con semplice dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile. Le opzioni sono "maschio", "femmina", "altro" o "nessun dato". Nella previsione sono ricomprese, dunque, sia le persone intersessuali che quelle non binarie<sup>35</sup>.

Differente, infine, la posizione della Corte suprema del Regno Unito nel caso *Elan-Cane*, sentenza 15 dicembre 2021, riguardante l'identificazione non binaria del genere sul passaporto attraverso il marcatore "X" in luogo del maschile "M" e del femminile "F".

In quella circostanza la *Supreme court* ha ritenuto che, alla luce della giurisprudenza Cedu concernente gli individui transgender, l'identificazione di una persona come *non-gendered* è un aspetto della vita privata alla stregua dell'art. 8 della Convenzione, e tuttavia il diritto in questione non si intende illegittimamente compresso per la mancata previsione del marcatore "X" - ossia del genere neutro - nel passaporto, e ciò per il ricorrere di alcuni motivi di carattere pubblicistico.

Anche in questo caso infatti, come per la Corte costituzionale e per la Corte Edu, è stato valorizzato l'interesse pubblico alla sicurezza e alla certezza, qui relative alla corretta identificazione delle persone. Inoltre, emerge anche qui il fatto che intere branche dell'ordinamento inglese presuppongono il dualismo di genere. Infine, il giudice inglese ritiene, applicando i principi della giurisprudenza di Strasburgo, che le autorità abbiano potuto godere di un margine di apprezzamento non ristretto; ciò in quanto il marcatore di genere "X" sul passaporto non è stato ritenuto, di per sé solo, come un interesse vitale della persona e, d'altro canto, non esiste sufficiente consenso fra gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa la necessità della disponibilità di passaporti con il suddetto marcatore<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. F. BRUNETTA D'USSEAU, *Intersessualismo e "terzo sesso": la rivoluzione copernicana della Corte costituzionale tedesca*, in *Articolo29.it*, 27 novembre 2017; 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* n. 2/2018, p. 125 ss. Sul tema dell'identità intersessuale, v. anche G. CERRINA FERONI, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *DPCE*, 2/2015, p. 303 ss.; B. PEZZINI, *La condizione intersessuale in Italia: ripensare la frontiera del corpo e del diritto*, in *Resp. medica - diritto e pratica clinica*, 2017, p. 443 ss.; P. VERONESI, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in *GenIUS*, n. 2/2020, p. 13 ss.; G. VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, p. 433 ss.

<sup>35</sup> In tema, v. E. CATERINA, *Il Bundestag approva la legge sull'autodeterminazione in relazione alla registrazione anagrafica del sesso (2024)*, in *cortecostituzionale.it*, Servizio studi.

<sup>36</sup> In tema, v. SARAH PASETTO, *Corte suprema, sentenza nel caso R (on the application of Elan-Cane) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2021] UKSC 56, del 15 dicembre 2021, sul rilascio di passaporti senza genere, in *coortecostituzionale.it*, Servizio studi.

### 3. Sull'illegittimità dell'autorizzazione al trattamento medico chirurgico

Il caso portato dinanzi alla Consulta presenta una questione ulteriore, che, a differenza dell'identità non binaria, riguarda questa volta il fenomeno transgender nella sua generalità.

Vanno ricordate le peculiarità della fattispecie, per le quali il soggetto, di sesso biologico femminile, recava con sé una diagnosi di identità non binaria, ma con inclinazione verso il polo maschile. In virtù di ciò, manifestava l'intenzione di sottoporsi a trattamento medico chirurgico. In quella circostanza, eccepiva l'incostituzionalità della norma per la quale l'intervento medico chirurgico deve essere autorizzato con sentenza passata in giudicato<sup>37</sup>.

Secondo le interpretazioni più tradizionali, l'autorizzazione al trattamento medico-chirurgico riveste un ruolo centrale nell'intera vicenda del mutamento di sesso. In questa prospettiva, nel procedimento di autorizzazione all'intervento confluiscono non solo «le aspirazioni e le scelte soggettive della persona», ma anche «la valutazione dell'interesse obbiettivo della stessa persona, di altri soggetti e dell'intera collettività»<sup>38</sup>.

Secondo un'altra prospettiva, le istanze pubblicistiche, fra cui la certezza giuridica, sarebbero già garantite dal fatto che alla rettificazione del sesso si pervenga attraverso una sentenza e dunque attraverso il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria. L'autorizzazione sarebbe pertanto prevista nell'esclusivo interesse del destinatario dell'intervento chirurgico, così da tutelare la delicatezza della sua posizione e verificare, nel corso del procedimento, l'effettiva ponderazione della decisione da parte del soggetto interessato<sup>39</sup>.

In ogni caso, nel giudizio *a quo*, e poi nel giudizio costituzionale, viene contestata la stessa necessità e legittimità della previsione di un'autorizzazione all'intervento medico-chirurgico. Questa, secondo l'attore, con argomentazioni fatte proprie dal giudice remittente, rappresenta un'ingiustificata limitazione dell'accesso alle procedure sanitarie, ledendo il diritto alla salute psico-fisica e all'autodeterminazione del singolo e ponendo un ostacolo non indifferente all'accesso a una prestazione sanitaria che, come nel caso preso in esame, abbia già ottenuto un'indicazione medica favorevole<sup>40</sup>.

La vicenda in oggetto va ad iscriversi, così, nella più ampia tendenza, sancita anche dalla giurisprudenza costituzionale, a riconoscere, nei procedimenti di rettifica del sesso, maggiore peso al principio di autodeterminazione individuale nella questione della scelta delle modalità con cui realizzare appieno la propria identità di genere. Non è casuale, così, il richiamo fatto alla già citata Corte cost. m. 221/2015. Questa, come detto anche sopra, ha interpretato le disposizioni di legge nel senso della non necessità dell'intervento medico-chirurgico ai fini del conseguimento della rettifica di attribuzione di sesso, cui si può pervenire, quindi, anche attraverso altre modalità scelte dall'interessato in accordo con le competenti autorità sanitarie, purché il percorso individuale sia serio e irreversibile e sia

<sup>37</sup> Cfr. art. 31, comma 4, d.lgs. 150/2011: «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato. Il procedimento è regolato dai commi 1, 2 e 3».

<sup>38</sup> Cfr. P. STANZIONE, *Transessualità*, cit., p. 887.

<sup>39</sup> Cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., p. 54 s.

<sup>40</sup> Cfr. ord. rimessione, § 1.3, § 4.2.

fatto oggetto di accertamento rigoroso. La sent. 13 luglio 2017 n. 180 ha ribadito che «l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il risultato di un processo individuale che non postula la necessità di tale intervento, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale siano oggetto di accertamento anche tecnico in sede giudiziale»<sup>41</sup>.

Il remittente, infine, sembra ben comprendere come, a seguito della predetta sent. 221/2015, le esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, con particolare riguardo alla distinzione tra i generi, non possano essere più fatte risalire all'intervento medico-chirurgico, che ha perso il proprio nesso funzionale con la rettificazione anagrafica. Di conseguenza, ciò provoca una perdita di valore anche dell'autorizzazione all'intervento stesso come luogo di emersione di tali esigenze di certezza<sup>42</sup>.

A dire il vero, la Corte costituzionale non accoglie per intero le argomentazioni del remittente, ma segue un itinerario parzialmente diverso. Qui infatti il principio di autodeterminazione assume rilievo decisamente minore. Invero, pur riconoscendo i tratti paternalistici della previsione sull'autorizzazione all'intervento chirurgico, la Corte non la reputa manifestamente irragionevole, in relazione alle conseguenze dell'intervento chirurgico sul corpo del paziente.

Ciò non impedisce, tuttavia, al Giudice costituzionale di rilevare un profilo di irrazionalità del regime autorizzatorio conseguente alla già citata Corte cost., 221/2015. Infatti, come detto, a seguito di questa pronuncia il percorso di mutamento del sesso può essere compiuto anche mediante trattamenti ormonali e sostegno psicologico-comportamentale, quindi a prescindere dall'intervento medico chirurgico. Ciò vuol dire che l'intervento stesso può avvenire anche dopo la già disposta rettificazione di sesso, pronunciata sulla base di altri elementi. Ma, se la ragion d'essere dell'autorizzazione all'intervento chirurgico risiede nell'esser preordinata al successivo procedimento di rettifica, è evidente che, qualora questo avvenga prima, la previsione di un'autorizzazione non abbia più senso.

Attraverso questo ragionamento un po' complesso, la Corte perviene a una pronuncia di accoglimento parziale, dichiarando la disposizione sull'autorizzazione illegittima per irragionevolezza nella parte in cui prescrive la necessità dell'autorizzazione anche quando le modificazioni dei caratteri sessuali già intervenute siano ritenute sufficienti dal tribunale per l'accoglimento della domanda di rettificazione.

#### 4. Brevi rilievi conclusivi

Nel complesso, l'ordinamento italiano sembra evolversi gradualmente verso l'affermazione di un principio di autodeterminazione nell'esercizio delle proprie scelte di

<sup>41</sup> Cfr. Sent. 13 luglio 2017 n. 180 n. 17, *Cons. in diritto*, n. 4.1. In ogni caso, la tendenza dell'ordinamento a valorizzare le ragioni dell'autodeterminazione non porta a concludere che «l'elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione». Cfr. *Cons. in dir.*, § 5.2.

<sup>42</sup> Cfr. ord. di rimessione, § 4.2.

genere. Per certi aspetti, come appena visto, va a proseguire la traiettoria impostata dalla sent. n. 221/2015 nel dare risalto alle peculiarità del percorso individuale della persona e nell'attuare alcuni degli aspetti più autoritativi della disciplina.

A ben vedere, anche la questione dell'identità non binaria, che si affaccia insistentemente ora presso la Corte costituzionale, ora presso la Corte Edu, ora presso le giurisdizioni costituzionali europee, sembra dare il senso di un moto indirizzato verso le istituzioni nazionali e internazionali, teso a rivendicare nuovi spazi di autonomia individuale, giuridica e sociale.

Il sentiero del pieno riconoscimento dell'identità non binaria, tuttavia, non è stato completamente battuto, né in Italia, né nella Cedu né, allo stato, in molte altre esperienze nazionali europee. Milita a favore della prudenza e della gradualità delle risposte la circostanza che la logica binaria uomo/donna è ancora fondativa di intere branche degli ordinamenti giuridici nazionali, e che a questa logica risulta intrecciato lo stesso principio della certezza giuridica. La parola, come ha motivato la stessa Corte costituzionale, spetta anzitutto al legislatore, che deve porre mano a delicati bilanciamenti – anche in virtù del fatto che si tratta di temi eticamente sensibili in cui, oltre alla contrapposizione tra principi giuridici, si assiste alla necessità di comporre le diverse sensibilità presenti in un ordinamento democratico.

Ad ogni modo, il Giudice costituzionale non ha mancato di dare al legislatore indicazioni di massima, evidenziando una situazione di sofferenza in relazione al pieno dispiegamento del principio personalistico e del rispetto della dignità sociale, nonché della tutela della salute – intesa quale pieno benessere psico-fisico – delle persone di identità non binaria.

È possibile – anche se, forse, non probabile - che il legislatore si faccia carico della questione. È altrettanto possibile che la vicenda del genere non binario conosca altri capitoli davanti la Corte costituzionale o presso la Corte Edu.