

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

GIACOMO MINGARDO

Il riconoscimento delle nuove soggettività  
e il limite del binarismo di genere nella prospettiva  
costituzionale

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
*19 settembre 2024*

# **Il riconoscimento delle nuove soggettività e il limite del binarismo di genere nella prospettiva costituzionale**

## **Sommario**

1. Cenni introduttivi. – 2. Identità di genere e identità sessuale nella prospettiva dei diritti. – 3. Una Costituzione solo per due? – 4. Dalla teoria alla pratica: annotazioni *de iure condendo*. – Nota di aggiornamento.

## **Abstract**

Il presente contributo si propone di indagare la possibilità di riconoscimento da parte dell'ordinamento costituzionale italiano di nuove forme di soggettività che superino il binarismo di genere. Muovendo dalle rivendicazioni identitarie avanzate da persone non binarie e intersessuali, l'analisi approfondisce le definizioni dei concetti di 'identità di genere' e 'identità sessuale' per poi interrogarsi sulla portata del diritto all'identità di genere delineato dalla giurisprudenza costituzionale. L'articolo si propone di dimostrare come il binarismo di genere non rappresenti un limite di rango costituzionale per l'ordinamento e come sia possibile l'istituzione di un terzo genere. In conclusione, il contributo avanza alcune proposte *de iure condendo* volte a superare il binarismo di genere.

*This contribution aims to investigate the possibility of the Italian constitutional system recognising new forms of subjectivity that go beyond the gender binary. The analysis commences with an examination of the claims for full affirmation of identity advanced by non-binary and intersex people. This is followed by a deepening of the definitions of the concepts of 'gender identity' and 'sexual identity'. Finally, the scope of the right to gender identity outlined by constitutional jurisprudence is questioned. The article seeks to demonstrate that the gender binary does not represent a constitutional limit for the legal system and that it is possible to establish a third gender. In conclusion, the contribution puts forward some *de iure condendo* proposals aimed at overcoming the gender binary.*

---

\* Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Milano. Il contributo rientra tra le attività del progetto PRIN PNRR 2022 T.R.A.N.S. (Transsexuals' Rights and Administrative procedure for Name and Sex rectification) finanziato dall'Unione europea–Next Generation EU. I punti di vista e le opinioni espresse sono tuttavia solo quelli dell'autore e non riflettono necessariamente quelli dell'Unione europea o della Commissione europea. Né l'Unione europea né la Commissione europea possono essere ritenute responsabili per essi. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Cenni introduttivi

La soggettività contemporanea risulta essere al crocevia di numerose istanze di riconoscimento e al cuore dell'attualità vi è oramai il tema delle identità di genere. Tale espressione, che ha trovato progressivamente spazio anche all'interno di numerosi testi normativi<sup>1</sup>, è stata mutuata dagli studi di genere, i quali definiscono così il rapporto sesso-genere: il sesso fa riferimento alle differenze genetiche, biologiche e anatomiche, mentre il genere indica il costruito sociale, ossia l'insieme di processi sociali e culturali che si strutturano sulla base del sesso<sup>2</sup>. Gli studi in materia di genere hanno progressivamente portato alla decostruzione del *binarismo sessuale*, ossia quel sistema che «[...] impone, sia alla maggioranza sia alle minoranze, alternative a due termini che riguardano il sesso (essere maschio o femmina in senso biologico, a seconda della propria dotazione genitale), il genere (comportarsi da uomo o donna, cioè seguire linee di condotta ritenute socialmente consone all'uno o all'altra) e l'orientamento sessuale (avere un desiderio eterosessuale, rivolto a persone di sesso opposto al proprio, od omosessuale, rivolto a persone del proprio sesso)»<sup>3</sup>.

Oggetto del presente contributo sono le precise rivendicazioni sociali, avanzate dal mondo LGBTQIA+ e soprattutto dall'attivismo *transgender*<sup>4</sup>, con riguardo al mancato riconoscimento delle esperienze identitarie che si possono raggruppare in "identità non binarie" (cc.dd. *non binary*, *enby* oppure *genderqueer*), termine onnicomprensivo per tutti gli individui la cui identità di genere non rientra nell'alternativa binaria (di genere) maschio/femmina ormai consolidata nell'attuale società<sup>5</sup>. L'assenza di appartenenza in via definitiva ed esclusiva al genere maschile e a quello femminile rappresenta l'unico elemento in grado di unire il potenziale numero infinito di tali manifestazioni di identità. Per questo motivo, il riferimento alle identità non binarie non può essere singolare, ma deve essere necessariamente plurale. Per un maggior grado di chiarezza sul punto, risulta necessario riportare alcuni esempi: *agender*, ossia il non sentirsi appartenere né all'uno né all'altro genere; *bigender* vuole dire appartenere a più generi contemporaneamente o *genderfluid* ossia oscillante da un genere

1 Si veda M. Virgilio, *Rassegna critica di lessico giuridico: «identità» nelle fonti normative*, in *Ragion pratica*, 2015, 2, pp. 547 ss. Restringendo il campo alle sole fonti primarie statali, si può rintracciare il D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18 in attuazione della Direttiva 2011/95/UE il quale, in merito all'attribuzione della qualifica di rifugiato, individua tra i motivi di persecuzione l'appartenenza a un particolare gruppo sociale che può identificarsi anche con riferimento all'identità di genere. L'art. 11 del D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 di modifica della legge 26 luglio 1975, n. 354 (norme sull'ordinamento penitenziario) in cui si aggiunge al divieto di trattamenti discriminatori, il motivo dell'identità di genere. Infine, il D.l. 10 settembre 2021, n. 121 convertito in legge 9 novembre 2021, n. 156 ha disposto il divieto sulle strade e sui veicoli di qualsiasi forma di pubblicità veicolanti, tra i vari motivi, messaggi discriminatori dell'identità di genere.

2 E. Ruspini, *Le identità di genere*, Roma, Carocci, 2023 (3ª ed.), p. 30.

3 L. Bernini, *Maschio e Femmina li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, Il Dito e La Luna, 2010, p. 12.

4 Alla base di tali rivendicazioni, risultano particolarmente influenti le teorie *queer*. Sul punto si veda L. Bernini, *Le teorie queer. Un'introduzione*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2017. Sul rapporto tra tali teorie e il diritto si rimanda a F. Mastromartino, *Contro l'eteronormatività. La soggettività queer di fronte al dilemma del riconoscimento giuridico*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini editore, 2017, p. 217 ss.; M.R. Marella, *Queer eye for the straight guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in *Politica del diritto*, 2017, 3, pp. 383 ss. e A. Lorenzetti, *Diritto e queer: spunti di riflessione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, 2, pp. 381 ss.

5 R. Clucas, S. Whittle, *Law*, in C. Richards, W.P. Bouman, M-J. Barker (eds.), *Genderqueer and Non-Binary Genders*, Londra, Palgrave Macmillan, 2017, p. 74.

all'altro ecc.<sup>6</sup>.

Anche le persone intersessuali rivendicano, seppur in parte, il superamento del binarismo di genere. La condizione di tali persone, caratterizzata dalla presenza dal punto di vista genetico e biologico di elementi riconducibili sia al sesso maschile sia al sesso femminile<sup>7</sup>, è stata storicamente nascosta e ricondotta forzatamente all'interno di uno dei due generi mediante interventi chirurgici correttivi<sup>8</sup>. Anche in questo caso, e per ciò che qui è accennato, l'istituzione di nuovi generi è ritenuta una possibile opzione per permettere una piena espressione a tali identità.

È indubbia la presenza di un punto di contatto tra le due categorie richiamate – persone non binarie e intersessuali – che si concretizza nel superamento della suddivisione binaria al fine di ottenere sul piano giuridico un pieno e indiscusso riconoscimento. I due gruppi, però, non sono completamente sovrapponibili. Anzitutto, non necessariamente le persone intersessuali si dichiarano non binarie e non tutte le persone non binarie sono da ritenersi intersessuali. Inoltre, le due categorie si distinguono per una differente condizione biologica e medico-clinica, la quale si riflette anche sull'oggetto delle rispettive rivendicazioni. Nel caso delle persone intersessuali, la possibile compresenza di fattori riconducibili tanto a caratteri maschili, quanto a caratteri femminili, disvela la possibilità di una variazione tra i due poli, incidendo così sulla definizione stessa di sesso biologico. Diversamente, le persone non binarie non necessariamente presentano (o rivendicano) una modifica del sesso biologico quanto piuttosto richiedono interventi sul genere.

Muovendo su un piano giuridico, il fine delle richieste si concretizza in un intervento, legislativo o giudiziario, diretto a modificare l'impianto giuridico ordinamentale al fine di far trovare spazio e riconoscimento a istanze volte a definire (giuridicamente) nuovi generi, al di là del mero binomio 'maschile/femminile'.

Le istanze presentate rivendicano il diritto alla propria identità personale, di cui il genere rappresenta una componente essenziale e perciò si pretende che vi sia una piena tutela da parte dei pubblici poteri. Tuttavia, occorre segnalare che tali rivendicazioni inerenti al riconoscimento di nuovi generi non si muovono su un fronte unitario, ma secondo differenti proposte: v'è chi propone la totale abolizione del genere, v'è chi invece auspica l'istituzione di un unico genere; infine, non manca chi ritiene che debba essere aggiunto un terzo genere, ovvero che si possa immaginare una moltiplicazione dei generi riconosciuti, codificando così la specifica esperienza di ciascuno<sup>9</sup>.

Appare utile sottolineare come la questione trattata nella presente indagine abbia interessato anche altri ordinamenti. Infatti, diversi Stati hanno affrontato i rigidi contorni del binarismo, addivenendo a esiti differenti. Se si circoscrive l'indagine a livello degli Stati europei<sup>10</sup>, sono registrabili non solo nette chiusure, come in Svizzera e nel Regno Unito<sup>11</sup>, ma anche alcune aperture soprattutto a opera

6 N. Thorne, A. K-T. Yip, W.P. Bouman, E. Marshall, J. Arcelus, *The terminology of identities between, outside and beyond the gender binary – A systematic review*, in *International Journal of Transgenderism*, 2019, 20, pp. 138 ss.

7 Oggigiorno si registra un'attenzione maggiore, anche da parte della dottrina, rispetto a tali persone. *Ex multis*, si vedano G. Viggiani, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, pp. 433 ss.; G. Cerri-Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 2, pp. 303 ss.

8 Sul punto si veda P. Veronesi, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in questa *Rivista*, 2020, 2, p. 8 ss.; G. Cardaci, *Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex*, in questa *Rivista*, 2018, 1, pp. 44 ss.

9 Spunti in tal senso sono riportati in G. Willems, *Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle: faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, 124, pp. 909 ss.

10 Sul punto si veda la tassonomia introdotta da S. Osella, *When Comparative Law Walks the Path of Anthropology: The Third Gender in Europe*, in *German Law Journal*, 2022, 7, pp. 920 ss.

11 In Svizzera, la proposta di riconoscere un terzo genere è stata respinta dal Consiglio Federale svizzero. Ugualmente nel Regno Unito, in cui la petizione per la riforma del *Gender recognition act* è stata respinta dal Governo.

della giurisprudenza costituzionale. In particolare, tre sono le più rilevanti pronunce che hanno accolto le istanze di riconoscimento di nuovi generi, sebbene non in riferimento alle medesime categorie di soggetti: a favore dei soli intersessuali nei casi delle sentenze della Corte costituzionale tedesca<sup>12</sup> e di quella austriaca<sup>13</sup>; aperta a tutte le forme di soggettività nel caso della Corte costituzionale belga<sup>14</sup>.

Da qui, il presente contributo si interroga sulla possibilità di riconoscimento da parte dell'ordinamento costituzionale italiano di nuove forme di soggettività. Nonostante l'assenza di dati certi, si stima che all'incirca tra l'1% e 2% della popolazione si descriva come non binario<sup>15</sup> e tra lo 0,05% e il 1,7% della popolazione come intersessuale. Si giustifica pertanto l'iscrizione di tali tematiche nell'alveo del diritto costituzionale «[...] perché si tratta di condizioni personali che, proprio perché statisticamente minoritarie, interpellano con particolare forza il diritto costituzionale, nella sua capacità di dare riconoscimento e garanzia ai diritti inviolabili della persona umana»<sup>16</sup>.

Il binarismo di genere trova una sua prima traduzione normativa nell'ordinamento di stato civile, il quale impone l'obbligatoria iscrizione nei registri dello stato civile, l'indicazione del sesso del nascituro<sup>17</sup> e la conseguente trascrizione nei registri anagrafici. L'atto di nascita rappresenta pertanto la prima attribuzione di un'identità *giuridica* e il *sesso anagrafico* diviene la rappresentazione giuridica del sesso biologico. L'indicazione del sesso è così uno strumento per identificare la persona e tale dato è riportato in diversi documenti quali la carta d'identità, il passaporto e il codice fiscale. Il presupposto di fondo è quello di una piena coincidenza tra l'identità fattuale – ciò che la persona è nella realtà – e l'identità giuridica – come la persona è considerata nell'ordinamento. L'unica possibilità di variazio-

- 12 Bundesverfassungsgericht, 1 BverG 2019/16, 10 ottobre 2017. Si veda il commento di F. Brunetta d'Usseaux, D. Ferrari, *La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca*, in questa *Rivista*, 2018, 2, pp. 125 ss. Il legislatore tedesco ha dato seguito alla pronuncia adottando la legge del 18 dicembre 2018. La successiva legge del 12 aprile 2024 ha ammesso anche per le persone non binarie la modifica del sesso anagrafico.
- 13 Verfassungsgerichtshof (VfGH), G 77/2018-9 15 giugno 2018.
- 14 Cour constitutionnelle belge, arrêt n. 99/2019, 19 giugno 2019. Si veda il commento L.G. Scianella, *Diritto all'autodeterminazione e "terzo genere": la Cour constitutionnelle belge si pronuncia sul "Transgender Act"*, in *DPCE online*, 2019, 3, 2295 ss.; G. Willems, *ivi*, p. 895 ss.
- 15 È possibile ricavare tali dati dalle rilevazioni statistiche nazionali di Canada, Australia, Inghilterra e Galles. Tali Stati infatti hanno incluso nei questionari un quesito relativo all'identità di genere: le persone intervistate, infatti, potevano chiarire se il genere in cui si identificavano differisse dal sesso registrato alla nascita. In Italia, secondo N. Santini, *Essere non-binary. Taccuino per psicologi contemporanei*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2024, in assenza di statistiche ufficiali, incrociando i dati raccolti in altri paesi sostiene che «si può sinteticamente indicare che si riconosce come non binary in media circa il 2% di giovani nella popolazione generale, il 30% nella popolazione transgender non clinica e il 15% tra giovani trans che accedono ai servizi specializzati».
- 16 B. Pezzini, *Il binarismo di genere come problema di bio-diritto*, in *Rivista di Biodiritto – Biolaw Journal*, 2023, 1, p. 62.
- 17 Il d.P.R. n. 396 del 2000, concernente la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, stabilisce che la dichiarazione di nascita debba essere effettuata entro tre giorni dal parto presso la Direzione sanitaria della struttura ospedaliera o, in alternativa, entro dieci giorni presso l'ufficio di stato civile del comune di nascita o di residenza dei genitori (art. 30). Tale dichiarazione deve includere l'indicazione del "sesso del bambino", così come riportato nell'attestazione di avvenuta nascita. L'articolo 30 comma 2, prevede che la dichiarazione di nascita sia accompagnata dall'attestazione di avvenuta nascita, compilata dal personale sanitario presente al parto e contenente le generalità della madre, nonché i dettagli relativi al luogo, alla data e all'ora di nascita e al sesso del neonato. In caso di parto non assistito, viene redatta una constatazione di avvenuto parto al momento dell'intervento del personale medico. Qualora ciò non fosse possibile, in base all'art. 29, il dichiarante può presentare una dichiarazione sostitutiva. L'articolo 35 stabilisce infine la necessità di coerenza tra il sesso e il nome attribuito al bambino.

ne è data dal procedimento di “rettificazione di attribuzione di sesso” disciplinato inizialmente dalla legge n. 164 del 1982<sup>18</sup> e successivamente dall’art. 31 del D.lgs. n. 150 del 2011<sup>19</sup>.

A fronte di tale quadro, uno spiraglio per ammettere il riconoscimento delle nuove soggettività parrebbe essere l’affermazione del diritto all’identità di genere, il quale ha trovato consacrazione nel nostro ordinamento con la sentenza n. 221 del 2015 della Corte costituzionale. In quella pronuncia, è stato statuito che «[il] diritto all’identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale, [rientra] a pieno titolo nell’ambito dei diritti fondamentali della persona»<sup>20</sup>. Si pone pertanto l’interrogativo se rispetto a tale diritto possano trovare riconoscimento anche identità di genere ulteriori rispetto alla tradizionale dicotomia maschile/femminile.

## 2. Identità di genere e identità sessuale nella prospettiva dei diritti

Un’indagine in materia di binarismo e diritto costituzionale chiama l’interprete a risolvere un (primo) problema con specifico riguardo all’interpretazione e al coordinamento tra due diritti fondamentali, ossia quello all’identità di genere e quello all’identità sessuale. Entrambi hanno trovato una loro consacrazione all’interno di vicende riguardanti le persone trans. Occorre perciò ricostruire i due significati – identità di genere e identità sessuale – al fine di (tentare di) predisporre possibili soluzioni giuridiche.

La locuzione “identità sessuale” non trova menzione, né alcuna definizione normativa. Al medesimo esito si giunge paradossalmente anche con riferimento all’“identità di genere”. Benché quest’ultima espressione, come rilevato, trovi oramai impiego in numerosi atti normativi, la portata di tale locuzione non è mai stata definita. Nemmeno le fonti internazionali, che pur fanno ampio riferimento a tale dicitura, provvedono a delineare un contenuto univoco e vincolante di tale espressione<sup>21</sup>.

Gli unici tentativi definitivi a livello giuridico non risultano risolutivi della questione. Il primo è contenuto nei Principi di Yogyakarta sull’applicazione del diritto internazionale dei diritti umani in relazione all’orientamento sessuale e all’identità di genere. In essi, l’identità di genere è definita nel preambolo come l’intima e individuale esperienza di genere profondamente sentita da ogni persona, che può corrispondere o meno al sesso assegnato alla nascita, compreso il senso personale del corpo e altre espressioni di genere<sup>22</sup>. La definizione, quindi, poggiandosi sull’intima esperienza della persona del proprio genere, pone in risalto il potere di autodeterminazione dell’individuo rispetto al genere. Nonostante la risonanza che tale atto ha avuto a livello internazionale, influenzando l’elaborazione e la stesura di successivi documenti<sup>23</sup>, esso è un atto di *soft law* elaborato da un gruppo di esperti di diritti umani. La definizione fornita quindi si pone come un mero ausilio interpretativo privo però di qualsiasi forza vincolante.

18 Legge 14 aprile 1982, n. 164 «Norme in materia di rettificazione di sesso».

19 Decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 «Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell’articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69»

20 Corte costituzionale, sent. 21 ottobre 2015, n. 221 punto 4 del *Considerato in diritto*.

21 G. Gilleri, *Sex, Gender and International Human Rights Law: Contesting Binaries*, Abingdon, Routledge, 2024, p. 33 e p. 54.

22 Il testo riportato è «‘gender identity’ [...] refer[s] to each person’s deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms».

23 G. Gilleri, *ivi*, p. 58.

Il secondo tentativo definitorio si può rintracciare nel disegno di legge relativo al contrasto dei fenomeni di omofobia e transfobia (c.d. d.d.l. Zan)<sup>24</sup>. In seguito alla critica mossa dal Comitato della Legislazione<sup>25</sup>, l'art. 1 co. 1 lett. d) definiva infatti l'identità di genere come «[...] l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione»<sup>26</sup>. Tale definizione, oggetto di serrate critiche sia in dottrina che a livello politico, risulta tuttavia poco utile per l'interprete a causa della mancata adozione del testo. È innegabile invece che l'approvazione avrebbe determinato un ausilio interpretativo importante. Sebbene nell'intenzione del progetto di legge le definizioni enunciate, tra cui quella di identità di genere, si sarebbero dovute applicare limitatamente alla sola materia disciplinata dal progetto stesso, si sarebbe introdotta la possibilità di ricostruire con maggiore certezza la portata del diritto all'identità di genere mediante un'interpretazione sistematica<sup>27</sup>.

L'assenza di una definizione da parte di una norma di diritto positivo impone il necessario ricorso a fonti extra-giuridiche<sup>28</sup>.

Per quanto riguarda la nozione di identità di genere, non è agevole rintracciare una nozione univoca. Essa è definita talvolta come «l'esito del percorso che accompagna ogni soggetto verso il riconoscimento delle implicazioni culturali connesse al proprio e altrui sesso biologico»<sup>29</sup>, oppure quale «senso intimo, profondo e soggettivo di appartenenza ad un sesso e non ad un altro – maschile, femminile o uno alternativo (per esempio, genderqueer, gender nonconforming, genere neutrale) – che può o meno corrispondere al sesso assegnato alla nascita o alle caratteristiche sessuali primarie o secondarie»<sup>30</sup>.

Più in generale, tale difficoltà a fornire un contenuto condiviso dell'espressione "identità di genere" risiede nel fatto che risultano particolarmente dibattuti (e controversi) il rapporto che intercorre tra sesso e genere e il potere dell'individuo di agire sul genere stesso. Le risposte a questi due nodi critici hanno determinato diverse teorie e prospettive<sup>31</sup> e ciò che preme sottolineare in questa sede è che le diverse interpretazioni si sono moltiplicate al punto che è ormai impossibile delineare un significato univoco delle espressioni, ben potendosi dare definizioni diverse e tra di loro talvolta contrastanti<sup>32</sup>.

24 Disegno di legge recante «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità». Sul punto si veda il Focus: *Il ddl Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo*, in questa *Rivista*, 2021, 2, pp. 5 ss.

25 Cfr. Parere del Comitato per la Legislazione della Camera dei deputati sul testo unificato delle proposte di legge n. 107, n. 569, n. 868, n. 2171 e n. 2255.

26 Sul punto si veda I. Fanlo Cortés, *Il DDL Zan e il nodo dell'identità di genere*, in questa *Rivista*, 2021, 2, p. 37.

27 E. Rossi, *Definizioni normative e uso simbolico del diritto penale nel ddl Zan*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 2, p. 548.

28 Così C. Angelini, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso tra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 1, pp. 272 ss.

29 E. Ruspini, *ivi*, p. 16.

30 *American Psychological Association, Linee-guida per la pratica psicologica con persone transgender e gender nonconforming*, adattamento italiano a cura di P. Valerio, V. Bochicchio, F. Mezza, A.L. Amodeo, R. Vitelli e C. Scandurra, appendice A, p. 120. La definizione, inoltre, puntualizza che «[e]ssendo una dimensione interiore, l'identità di genere non è necessariamente manifesta agli altri. Il termine "identità di genere affermata" si riferisce all'identità di genere di una persona in seguito al suo coming out come [transgender e gender nonconforming] o al processo di transizione sociale e/o medica».

31 Le diverse posizioni sono state riportate *ex multis* da L. Palazzani, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2011. Più recentemente T. Gazzolo, *Identità di genere. Una critica al diritto di essere sé stessi*, Milano, Meltemi, 2023.

32 In tal senso si è espressa J.W. Scott, *Usi e abusi del genere*, in J.W. Scott, *Genere, politica, storia*, a cura di I. Fazio, Roma, Viella, 2013, p. 110 «Piuttosto che chiarirsi nel corso del tempo (come erroneamente pensavo), il "genere" è diventato più sfug-

Inevitabili sono quindi le ricadute sulle impostazioni dottrinali adottate, le quali poggiano – di volta in volta – su interpretazioni differenti<sup>33</sup>.

Meno controversa e maggiormente accettata è invece la nozione di “identità sessuale”, la quale individua «un costrutto multidimensionale che indica una dimensione soggettiva e del tutto personale del proprio essere sessuato. Rappresenta l’esito di un continuo e complesso processo in cui interagiscono aspetti biologici, psicologici, socioculturali ed educativi. L’identità sessuale è composta da quattro differenti elementi: il sesso biologico, l’identità di genere, il ruolo di genere e l’orientamento sessuale»<sup>34</sup>.

Nemmeno il ricorso a saperi e fonti extra-giuridiche, quindi, permette di risolvere compiutamente la questione relativa alla portata di questi due diritti. A fronte di tali difficoltà, le interpretazioni giurisprudenziali sembrerebbero essere le uniche fonti in grado di colmare questa lacuna.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 69 del 1979, ha inizialmente negato il diritto all’identità sessuale. In base all’assenza di una legge ordinaria e a una lettura dell’art. 2 Cost. come clausola chiusa, in quell’occasione i giudici costituzionali asserirono che i principi costituzionali non ponevano tra i diritti fondamentali «quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall’originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica»<sup>35</sup>. Solo successivamente, nella pronuncia n. 181 del 1985, la Corte ha riconosciuto nel giudizio di costituzionalità della legge relativa alla transizione di genere l’innovazione apportata dal legislatore. Quest’ultimo infatti aveva adottato «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato» in cui «[...] viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l’ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale». Vi è dunque una «concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l’equilibrio [...]»<sup>36</sup>.

La presa di posizione della Corte del 2015 di definire l’identità di genere quale diritto fondamentale si inserirebbe in una sorta di diretta continuità tra le due formulazioni, cioè la nuova espressione altro non sarebbe che una sorta di “aggiornamento linguistico” rispetto alla precedente formulazione adottata<sup>37</sup>. Tale dato parrebbe condiviso implicitamente dalla stessa dottrina in cui i due termini sono usati per lo più in modo interscambiabile<sup>38</sup>. Se ne deduce che tali diritti hanno il medesimo contenuto ossia il diritto di poter accedere al percorso di transizione e una volta completato di beneficiare del nuovo *status*. Tuttavia, il limite implicito è rappresentato proprio dal binarismo di genere. Nonostante il riconoscimento delle «irriducibili varietà soggettive»<sup>39</sup>, la scelta finale deve condurre la persona in

---

gente, un luogo di contestazione, un concetto controverso nell’arena politica. La parola continua a essere utilizzata dalle femministe, ma è ormai diventata un termine di riferimento per tutti i movimenti politici e ha prodotto effetti talvolta molto diversi da quelli che le femministe avevano previsto».

33 C. Angelini, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso tra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 1, pp. 272 ss.

34 P. Valerio, C. Scandurra, *Pluralità identitarie, questioni di genere e orientamenti sessuali: tra bioetica e biodiritto*, in *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, L. Ferraro, F. Dicé, A. Postigliola, P. Valerio (a cura di) Milano, Mimesis Edizioni, 2016, p. 35.

35 Corte cost., 12 luglio 1979, n. 98 punto n. 2 del *Considerato in diritto*. La motivazione poggiava sull’assenza di una legislazione ordinaria e su una lettura dell’art. 2 come clausola chiusa.

36 Le citazioni sono tratte dal testo della sentenza n. 161 del 1985.

37 Cfr. T. Gazzolo, *ivi*, pp. 20 ss.

38 F. Bilotta, *Transessualismo* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet, 2013, 732 ss., spec. pp. 765 ss.

39 Corte costituzionale, n. 221/2015, punto n. 4.1. del *Considerato in diritto*.



transizione a iscriversi (almeno) anagraficamente in uomo o donna<sup>40</sup>.

Tale assunto è avallato anche dalle successive pronunce del 2017<sup>41</sup>. A fronte delle critiche «per difetto» e «per eccesso» mosse dai giudici *a quo* nei confronti dell'interpretazione del diritto all'identità di genere<sup>42</sup>, la Corte ribadisce la propria posizione: il diritto all'identità di genere è da intendersi quale diritto alla transizione nel limite del binarismo di genere<sup>43</sup>.

Tale esito interpretativo sembrerebbe confermato anche tentando un'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo<sup>44</sup>. Vero è che a partire dal caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* la Corte di Strasburgo ha statuito che vi sia un diritto a poter stabilire i dettagli della propria identità, tra cui anche il genere<sup>45</sup>, ciononostante, tale presa di posizione non si è mai tradotta in una piena autodeterminazione della persona, come invece prospettato da parte della dottrina<sup>46</sup>.

Tale impostazione emerge nella giurisprudenza più recente relativa alle persone trans in cui si afferma la necessità di un procedimento volto a riconoscere l'identità di genere. In particolare, i giudici di Strasburgo, nella pronuncia *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*<sup>47</sup>, hanno ritenuto che la previsione di un procedimento giudiziale e la richiesta di un certificato di disforia di genere da allegare alla domanda

40 C.M. Reale, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw Journal - Rivista Di Bio-Diritto*, 2016, 1, 294-295.

41 Corte costituzionale, sent. 13 luglio 2017, n. 180 e ord. 13 luglio 2017, n. 185. C.P. Guarino, «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*, 2018, 8, p. 29 il quale, notando che le due questioni sono state decise l'una il giorno successiva dell'altra, depositate il medesimo giorno (13 luglio 2017) e redatte dal medesimo relatore, considera le due pronunce costituzionali come fossero «un *unicum* ermeneutico che riserva solo alla seconda talune precisazioni non necessarie alla prima e viceversa» (corsivo dell'Autore).

42 Le citazioni sono tratte da C.P. Guarino, *ivi*, p. 18 e p. 24. Le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale lamentavano, seppur da prospettive opposte, un'errata valutazione del peso attribuito alla volontà del soggetto richiedente la riattribuzione del genere. Secondo le ordinanze del Tribunale di Trento, dichiarate non fondate dalla sentenza n. 180 del 2015, era necessario valorizzare la volontà del soggetto, prescindendo dal requisito dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali non solo primari, ma anche secondari. Al contrario, secondo l'ordinanza del Tribunale di Avezzano, dichiarata manifestamente infondata dall'ordinanza n. 185 del 2017, la linea interpretativa adottata dalla Corte costituzionale conduceva ad accogliere qualsiasi istanza a prescindere da ogni intervento sui caratteri sessuali sulla base del solo elemento volontaristico, ledendo così l'interesse della società alla certezza delle relazioni giuridiche.

43 T. Gazzolo, *ivi*, p. 24 secondo il quale il riferimento all'identità di genere «è utilizzato dalla Corte unicamente come un dispositivo che permette il passaggio dall'uno all'altro sesso – se pure in difetto di una modifica del sesso anatomico, in forza del quale quello anagrafico viene assegnato. [...] non serve altro che a rendere intellegibile il transessualismo – inteso qui come passaggio da un "sesso" all'altro – all'interno però di una cornice che rimane quella del sesso (anagrafico/anatomico)».

44 In tal senso N. Palazzo, *Terre di mezzo e mine vaganti: il riconoscimento giuridico del genere della persona trans*, in questa *Rivista*, 2021, 1, p. 18.

45 Corte Edu, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, par. 90 «[...] the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings».

46 Cfr. M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e non discriminazione*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 424 secondo la quale la pronuncia mette l'accento sull'aspetto volontaristico e sulla dimensione della scelta dell'identità.

47 Corte Edu, 6 aprile 2017, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*.

non violassero gli obblighi di tutela della vita privata e familiare.

Ancor più radicale è la pronuncia *Y. c. Francia*<sup>48</sup> avente a oggetto la violazione dell'art. 8 della Convenzione per il mancato riconoscimento dell'identità intersessuale da parte dello Stato francese. Nel riconoscere l'ampio margine di apprezzamento dello Stato nella questione, la Corte non ha configurato un ampio diritto all'identità di genere tale da poter riconoscere violata la tutela della vita privata del ricorrente<sup>49</sup>.

Risulta innegabile il contributo fornito dalla giurisprudenza delle due Corti in materia di identità di genere. Esse hanno avuto il merito di promuovere una concezione dinamica ed evolutiva dell'identità, superando la visione di un concetto statico e immutabile. Significativo è stato anche il loro ruolo nel ridefinire i confini del diritto all'autodeterminazione e alla transizione di genere, contribuendo a ridurre progressivamente la patologizzazione del transessualismo<sup>50</sup>. A ben vedere però né l'una, né l'altra Corte hanno ammesso un pieno diritto e libero di autodeterminazione nel proprio genere. Seppur con diversi accenti, entrambe le corti affermano che il diritto all'identità di genere si sostanzia nel diritto a poter accedere al percorso di transizione e una volta completato a poter beneficiare del nuovo *status*. Non si può negare che vi siano differenze tra i due orientamenti soprattutto relativi alle procedure da adottare per raggiungere il risultato, tuttavia, in nessun caso è stata messa in discussione la distinzione binaria dei generi.

Tuttavia, il caso oggetto di studio è volto proprio a contrassegnare una differente fattispecie: le richieste avanzate dalle persone non binarie mirano a ottenere un riconoscimento del genere a prescindere dalla transizione di genere. L'opzione interpretativa illustrata si basa unicamente sulla valutazione giurisprudenziale della legge n. 164 del 1982. Essa, pertanto, si riconduce all'interno della normativa e ne riproduce i presupposti culturali e sociali: la struttura binaria della società suffragata da un interesse pubblico al mantenimento di tale organizzazione sociale<sup>51</sup>.

L'errore di tale interpretazione è nell'assunto che l'identità di genere e identità sessuale siano termini sovrapponibili e interscambiabili.

È possibile però fornire una differente lettura dei due diritti fondamentali, riconcettualizzando il diritto all'identità sessuale e il diritto all'identità di genere e ricollocandoli nell'alveo dei principi costituzionali. Partendo dalla definizione di identità sessuale, si ricava come i due diritti non stiano in un rapporto di uguaglianza, quanto di generalità-specialità. L'identità di genere si configura come uno tra gli elementi che concorrono a determinare la più complessa e globale identità sessuale. In tale prospettiva, il concetto di identità sessuale si avvicina – e a tratti si sovrappone – con quello di identità personale, intesa quale sintesi di quelle caratteristiche che qualificano e differenziano ciascun individuo. L'identità sessuale è un valore a cui l'ordinamento deve tendere in quanto mira alla piena realizzazione della persona. In tale prospettiva, l'identità sessuale «non può essere descritta come il sempli-

48 Corte Edu, 31 gennaio 2023, *Y. c. Francia*.

49 O. Bui-Xuan, *L'absence de reconnaissance juridique à l'état civil des personnes intersexes ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La prudence de la Cour européenne des droits de l'homme face au dépassement de la biculturalisation des mentions de sexe à l'état civil (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Y c. France, 31 janvier 2023)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2023, 161, pp. 1117 ss.

50 Il tema è stato ampiamente trattato dalla dottrina. Si veda *ex multis* N. Posteraro, *Il diritto alla salute delle persone transessuali e la rettificazione chirurgica del sesso biologico: problemi pratici*, in *Rivista italiana medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2017.

51 F. Bilotta, voce *Transessualismo*, *ivi*, p. 734. Per una ricostruzione storica della cultura e del dibattito precedente l'approvazione della legge n. 164 del 1982, si veda S. Voli, *Il parlamento può fare tutto, tranne che trasformare una donna in uomo e un uomo in una donna. (Trans)sexualità, genere e politica nel dibattito parlamentare sulla legge 164/1982*, in *Italia contemporanea*, 2018, 287, pp. 75 ss.

ce portato di una logica individualista o l'effetto della pretesa di autorappresentarsi, ma si colloca nella dimensione della soggettività»<sup>52</sup>.

In tale prospettiva, l'affermazione contenuta nella sentenza n. 221 del 2015 della Corte costituzionale deve essere letta come un tentativo di circoscrivere con più precisione l'oggetto del diritto: è l'identità di genere, o meglio la sofferenza relativa a tale aspetto non riconosciuto, a impedire alla persona di realizzare la propria identità sessuale (nonché personale). In tal modo, si permette di ricollocare le pretese delle persone non binarie, volte a incidere sulla propria identità personale mediante il riconoscimento di un nuovo genere, nella complessa valutazione di tutti gli elementi che concorrono a comporre l'identità sessuale.

In tale prospettiva, allora, la questione non è più se il diritto all'identità di genere possa (o meno) rivendicare un genere ulteriore, oltre a quello maschile e femminile, quanto piuttosto si pone sul piano costituzionale. Diviene centrale comprendere se si debba considerare il binarismo un limite costituzionale<sup>53</sup>.

---

52 S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 128.

53 Ed è altresì una questione su cui si dovrà prossimamente pronunciare anche la Corte costituzionale in seguito all'ordinanza di rinvio del Tribunale di Bolzano. Nel momento in cui si scrive, non è ancora stata pubblicata la sentenza. Nel corso del procedimento di rettificazione di attribuzione del sesso, la parte attrice ha richiesto, in base alle risultanze medico-scientifiche allegate, una sentenza di riconoscimento legale del proprio genere non binario. A tal fine due sono le questioni sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale: da una parte l'assenza di una previsione che consenta, in forza di una sentenza passata in giudicato, l'attribuzione di un genere diverso da quello maschile o femminile con conseguente rettificazione anagrafica; dall'altra parte l'irragionevolezza del regime autorizzatorio che richiede un accertamento di natura giudiziale sulla necessità dell'intervento chirurgico in luogo di una esclusiva valutazione di natura medica e psicologica. In riferimento all'oggetto della trattazione, la questione sottoposta alla Corte costituzionale riguarda la legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 164/1982, nella parte in cui non prevede la possibilità di ottenere una rettificazione anagrafica con attribuzione di un genere diverso da quello maschile e femminile. Tale limitazione è ritenuta in contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost. e l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 8 Cedu, poiché lederebbe l'identità di genere, considerata espressione del diritto all'identità personale e strumento per la piena realizzazione del diritto alla salute. Data l'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione, secondo il giudice rimettente l'obbligo di necessaria iscrizione nel genere maschile o femminile violerebbe il diritto all'identità di genere della persona, poiché in contrasto con «la percezione di genere soggettiva di taluni individui, i quali non riconoscono di appartenere al genere femminile ovvero a quello maschile». Il giudice *a quo*, infatti, segnala che «[...] il riconoscimento di una nozione di identità di genere in termini non binari, bensì fluidi, collocabile quindi in un continuum tra i generi maschile e femminile, posti tra loro agli antipodi, appare effettivamente conforme ai più recenti approdi della scienza medica e psicosociale», approdi confermati anche dalle pronunce delle Corti costituzionali tedesca, austriaca e belga. La disposizione censurata inoltre non raggiungerebbe il corretto punto di equilibrio tra i diritti dell'interessato e i contrapposti interessi pubblici secondo i canoni di necessità e proporzionalità imposti nell'interpretazione dell'art. 8 Cedu dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, poiché «sacrifica interamente il diritto delle persone non binarie a vedere riconosciuta anagraficamente la propria identità di genere, attribuendo in tal modo preferenza incondizionata all'interesse pubblicistico alla certezza dei rapporti giuridici». Infine, secondo il giudice *a quo* opererebbe una ingiustificata disparità tra gli individui con identità di genere binaria che richiedono giudizialmente la rettificazione del sesso enunciato nell'atto di nascita ed individui con identità di genere non binaria che intendono proporre la medesima domanda. Cfr. Ordinanza di rinvio del 12 gennaio 2024, n. 11 pubblicata in G.U. 14 febbraio 2024, n. 7.

### 3. Una Costituzione solo per due?

Da quando l'analisi di genere è stata oggetto di ricerca a opera della dottrina di diritto costituzionale<sup>54</sup>, è stato dimostrato come vi sia un rapporto di reciprocità tra il binomio sesso-genere e la Costituzione: il primo innerva tutta la trama costituzionale e la seconda agisce su tale binomio contribuendo alla sua costruzione<sup>55</sup>. La differenza tra i sessi diviene così costitutiva dell'ordinamento costituzionale e l'esito è quello di una democrazia qualificata come *duale*, da intendersi come superamento della 'sola' parità tra uomini e donne in favore di un'universalità in grado di tenere conto delle differenze tra i sessi «in base a una sorta di nuovo contratto sociale tra i due generi»<sup>56</sup>.

Lo stesso tenore letterale della Costituzione sembra – almeno a una prima lettura – designare il binarismo di genere. All'indistinto divieto generale di discriminazioni in ragioni del sesso posto dall'art. 3 Cost., alcuni articoli esplicitano il dualismo tra uomini e donne. Nel testo originario della Costituzione, siffatto dualismo si ravvisa all'art. 37 Cost. in cui si dichiara a favore della lavoratrice gli stessi diritti e la stessa retribuzione, a parità di lavoro, che spettano al lavoratore, all'art. 48 Cost., in cui l'inciso «uomini e donne» rafforza il diritto al voto di tutti i cittadini, e al successivo art. 51 Cost., in cui al primo comma si esplicita che l'accesso agli uffici e alle cariche elettive è garantito a tutti i cittadini «dell'uno o dell'altro sesso». Il concetto è stato poi ribadito in occasione di due leggi di revisione costituzionale del 2003<sup>57</sup>, che, limitatamente all'oggetto in questione, hanno sancito la possibilità per il legislatore – statale e regionale – di adottare provvedimenti volti a promuovere le pari opportunità tra uomini e donne. La suddivisione binaria sembrerebbe essere intesa come elemento presupposto non solo dal legislatore costituente, ma ribadito anche in occasione delle successive revisioni costituzionali. La conseguenza, quindi, è che la (sola) suddivisione possibile della popolazione è tra uomini e donne.

Anche gli artt. 31 e 37 Cost., nella parte relativa alla tutela costituzionale della maternità, parrebbero segnalare una differenziazione binaria iscritta in Costituzione. Tali disposizioni indicano il proposito dell'ordinamento di proteggere non solo «la funzione sociale della maternità», ma anche il legame tra la madre e il minore sia durante la gravidanza, sia nel momento successivo al parto al fine di tutelare «l'attiva ed assidua partecipazione [della madre] allo sviluppo fisico e psichico del figlio»<sup>58</sup>. È riconosciuto pertanto da tali norme «l'irriducibile differenza tra i sessi nella riproduzione, introducendo una regola unidirezionale, applicabile al solo sesso femminile»<sup>59</sup>.

L'assunto del binarismo di genere come elemento caratterizzante la Costituzione sembrerebbe essere avallato anche dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale. A tal riguardo, il riferimen-

54 La questione di genere, intesa come statuto giuridico delle donne, ha trovato oramai ampio spazio all'interno della dottrina. *Ex multis* G. Pistorio, *Potere e parità di genere*, in *Potere e Costituzione*, in M. Cartabia, M. Ruotolo (a cura di), *Enciclopedia del diritto. I tematici*, V, Milano, Giuffrè, 2023; M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, Raffaello Cortina, 2020.

55 Imprescindibile il riferimento agli scritti di Barbara Pezzini sul punto. *Ex multis* si veda B. Pezzini, *Costruzione del genere e Costituzione*, in *Genere e diritto: come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Ead. (a cura di), I, Bergamo, Sestante edizioni, 2012, pp. 15 ss.

56 B. Pezzini, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 81.

57 Legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1 e legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

58 Così Corte costituzionale, sent. 14-19 gennaio 1987, n. 1.

59 B. Pezzini, *Costruzione del genere e Costituzione*, cit., p. 31.

to non è solo alle pronunce relative al transessualismo citate in precedenza<sup>60</sup>. Esso è emerso anche in relazione al tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso. La diversità di genere tra i nubendi, infatti, è stata ritenuta il presupposto rilevante per l'accesso a tale istituto. Ciò è stato affermato implicitamente nella sentenza n. 138 del 2010<sup>61</sup>, per poi essere esplicitato nella successiva pronuncia n. 170 del 2014<sup>62</sup>. L'esito di tale presa di posizione, avallato dalla legge n. 76 del 2016 istitutiva delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, è un modello familiare strutturato secondo una logica binaria in cui la differenza di genere risulta dirimente: infatti, laddove il sesso (più correttamente il genere) dei due componenti sia il medesimo, è preclusa la facoltà di contrarre matrimonio e necessariamente si dovrà usufruire dell'istituto dell'unione civile. Anche la recente sentenza n. 66 del 2024 in tema di trasformazione dell'unione civile in matrimonio in seguito alla riattribuzione di genere del partner in parte riproduce e avvalorata tale impostazione duale<sup>63</sup>.

In realtà, la divisione binaria, innegabilmente presente nel testo della Costituzione, non necessariamente conduce a una netta preclusione rispetto alla possibilità di riconoscimento di altri e ulteriori generi. È possibile, infatti, offrire una diversa chiave di lettura in prospettiva evolutiva. Le norme richiamate sono frutto di un preciso momento storico, in cui persisteva una distinzione tra uomini e donne volta a gerarchizzare e subordinare la posizione femminile rispetto a quella maschile. La netta presa di posizione della Costituzione era finalizzata proprio a porre rimedio a tale situazione innescando così un percorso di trasformazione della società. E in tal ottica devono essere lette le modifiche apportate anche dalle leggi di revisione costituzionale. La stessa vicenda storica alla base dell'intervento riformatore giustifica tale interpretazione<sup>64</sup>. La perdurante manifestazione di tale fenomeno costituisce una valida giustificazione per la conservazione delle distinzioni tra uomini o donne nella Costituzione, ma di per sé non pare mostrare alcun elemento ostativo rispetto al riconoscimento di nuovi generi.

Analogo ragionamento si può applicare alle previsioni di tutela della maternità. Anch'esse in una prospettiva storica si collocano nell'innovativo disegno di costruzione dello stato sociale

<sup>60</sup> Cfr. *supra*.

<sup>61</sup> Corte costituzionale, 14 aprile 2010, n. 138, spec. punto n. 9 del *Considerato in diritto* «[...] I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale».

<sup>62</sup> Corte costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170. Tale assunto emerge nel punto n. 5.6 nella parte in cui si afferma «[...] l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) [...]» e successivamente nel punto in cui la Corte esclude una sentenza manipolativa «che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.».

<sup>63</sup> Corte costituzionale, 22 febbraio 2024, n. 66, in particolare punto n. 3 del *Considerato in diritto* «Matrimonio e unione civile trovano differente copertura costituzionale, essendo il primo, inteso quale unione tra persone di sesso diverso, riconducibile, nella giurisprudenza di questa Corte, all'art. 29 Cost. [...], e la seconda alle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., all'interno delle quali l'individuo afferma e sviluppa la propria personalità [...]».

<sup>64</sup> Cfr. P. Carnevale, *La revisione costituzionale nella prassi del "terzo millennio". Una rassegna problematica*, in *Rivista AIC*, 2013, 1, pp. 8-10.

nell'immediato dopoguerra<sup>65</sup> e nella necessità di garantire un'uguaglianza sostanziale alla donna lavoratrice<sup>66</sup>. Benché la legislazione in materia e la relativa giurisprudenza costituzionale siano evolute nella direzione di sostegno a una genitorialità sempre più paritaria tra i generi<sup>67</sup>, la tutela della funzione sociale della maternità e della relazione primaria e centrale tra il minore e la madre risultano ancora ineludibili obiettivi da perseguire. In alcun modo, però, le disposizioni contenute agli artt. 31 e 37 Cost. si pongono come limite, ma al più quali elementi utili per orientare la forma e la modalità del riconoscimento di nuovi generi<sup>68</sup>.

Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela della coppia omosessuale e di accesso all'istituto matrimoniale sembrerebbe non costituire un ostacolo. Seppur la differenza di genere sia alla base della distinzione binaria tra tutela del matrimonio e tutela delle formazioni sociali, non si può non riconoscere come, anche alla luce del diritto vivente, i due istituti mostrano confini sempre più labili. Già lo stesso legislatore nel delineare la disciplina delle unioni civili ha attinto ampiamente dalla disciplina matrimoniale; la giurisprudenza ordinaria ha contribuito poi in modo significativo all'equiparazione degli effetti giuridici tra i due istituti, colmando progressivamente le lacune normative<sup>69</sup>. L'unica eccezione rilevante persiste nella disciplina della filiazione. La distanza tra i due istituti però è stata mitigata dall'ormai consolidata giurisprudenza, la quale non solo ha esteso l'adozione dei casi particolari alla genitorialità omosessuale, ma ha anche "modellato" l'istituto al fine di rendere garantire una maggiore tutela al minore<sup>70</sup>. Benché quindi nell'ambito della filiazione il binarismo di genere non sia completamente superato, la sua rilevanza risulta notevolmente attenuata.

Più in generale, considerando il binarismo di genere come un elemento iscritto in Costituzione si rischia di nascondere o dimenticare tutte le altre differenze. In coerenza con i principi su cui poggia l'intero ordinamento costituzionale italiano, cioè personalismo, pluralismo e solidarietà, la trama costituzionale è volta a valorizzare, tutelare e proteggere le varie differenze che concorrono a delineare l'identità della persona<sup>71</sup>. La differenza sessuale, infatti, non è l'unica differenza che il testo costituzionale (ri-)conosce. È lo stesso art. 3 Cost. a individuare le discriminazioni e le disuguaglianze che incidono sull'identità della persona e impediscono la piena realizzazione della stessa. È allora nel riferimento alle condizioni personali e sociali che si può individuare uno dei motori del cambiamento in grado di valorizzare il ruolo trasformativo e aperto della Costituzione<sup>72</sup> anche con riferimento all'ammissibilità di nuovi generi. La formula può rappresentare una clausola aperta che di volta in

65 L. Cassetti, *art. 31 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 641.

66 C. Salazar, *art. 37 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 758.

67 Per una disamina si veda E. Ales, voce *Maternità e congedi parentali*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 2016, pp. 531 ss.

68 Cfr. *infra* paragrafo n. 4.

69 Da ultima si veda Corte di cassazione, sezioni unite civili, 27 dicembre 2023, n. 35969, riguardante il riconoscimento della convivenza more uxorio prima ai fini dell'assegno divorzile in seguito allo scioglimento dell'unione civile.

70 In particolare, i principali nodi critici della disciplina dell'adozione nei casi particolari sono stati risolti, dopo le sentenze monitorie nn. 32 e 33 del 2021 della Corte costituzionale, dalla sentenza n. 79 del 2022 della Corte costituzionale, riguardante il vincolo di parentela tra la famiglia dell'adottante e l'adottato, e dalla pronuncia delle sezioni unite civili n. 38162 del 2022, relativamente all'assenso all'adozione del genitore biologico.

71 *Contra* B. Pezzini, *Tra uguaglianza e differenza*, *ivi*, p. 106 la quale ritiene che «tra tutte le differenze tra gli esseri umani, la differenza di genere – maschile e femminile – l'aspetto naturale e quello culturale risultano inestricabilmente connessi, perché peculiarmente rilevanti sono le basi materiali e corporee, da un lato, e la dimensione simbolica, dall'altro lato, delle differenze tra i sessi».

72 In tal senso, limitatamente al fenomeno del transessualismo A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 202.

volta permette di aprire a nuove istanze che emergono nel corso della storia all'interno della coscienza sociale. Il percorso non è differente da quanto già avvenuto con il riconoscimento e la valorizzazione di nuovi aspetti della soggettività che erano già presenti nel testo, come nel caso delle persone con disabilità oppure che erano prive di un esplicito riferimento, come nel caso delle persone omosessuali<sup>73</sup>. Risulta così una funzione in grado di riallineare e riattualizzare i concetti costituzionali rendendo la Costituzione un testo *vivo*.

Emerge quindi chiaramente come la Costituzione non contenga delle preclusioni rispetto al riconoscimento di nuove soggettività e pertanto il binarismo di genere non può essere riconosciuto un limite di ordine costituzionale. In quest'ottica, se la distinzione tra uomini e donne non è frutto di un obbligo iscritto nella Costituzione, ne deriva che a livello giuridico tale suddivisione altro non è che un mero criterio adottato per poter regolare il funzionamento della società. Ciò è pienamente coerente con quanto affermato dagli studi di genere<sup>74</sup> e con quanto sostenuto dallo Stato francese nella citata causa *Y. c. Francia*, in cui più volte si è ribadito il carattere di «elemento fondatore dell'organizzazione sociale e giuridica» della suddivisione in due generi dell'ordinamento giuridico.

In questa prospettiva, dal momento che il binarismo di genere è un criterio funzionale all'organizzazione dell'ordinamento giuridico e al contempo non è un principio costituzionale, ne deriva che dal punto di vista giuridico l'assetto delineato non è costituzionalmente necessario ma che possono essere adottate modifiche alle norme che regolano l'obbligatoria iscrizione delle persone nelle categorie di genere maschile e femminile.

#### 4. Dalla teoria alla pratica: annotazioni *de iure condendo*

L'assenza di un limite costituzionale permette il dischiudersi di nuovi orizzonti e di ridefinire alcuni problemi. Ciò conduce a indagare, quale ultimo aspetto, la "forma" che debba avere tale riconoscimento. La questione in esame interseca inevitabilmente le istanze avanzate dal movimento *queer*, precedentemente illustrate, che propongono: l'abolizione della categoria di genere, l'istituzione di un genere unico, o l'introduzione di un terzo (o di più) genere(i). Rispetto a queste diverse istanze, è necessario in prima battuta comprendere se il dettato costituzionale sia orientato verso una determinata soluzione.

L'iscrizione della differenza di genere in Costituzione spinge a scartare l'ipotesi di una completa abolizione così come l'istituzione di un unico genere. In entrambi i casi, infatti, si avrebbe la valorizzazione della libera autodeterminazione della persona sul proprio genere, tuttavia, al contempo, si configurerebbe una cancellazione di quanto previsto dal dettato costituzionale. Inoltre, la rimozione delle differenze in luogo di una privatizzazione delle stesse potrebbe condurre al ritorno della «falsa neu-

<sup>73</sup> Per quanto riguarda le persone con disabilità si rimanda a G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, Franco Angeli, 2020, spec. pp. 139 ss. In riferimento invece alle persone omosessuali si veda M. D'Amico, *Art. 3*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, il Mulino, 2021, p. 38. Parte della dottrina ha ricondotto il divieto di discriminazione nei confronti delle persone transessuali e omosessuali nel divieto di discriminazione per sesso A. D'Aloia, *Il principio di pari dignità sociale e di uguaglianza in senso formale*, in M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *I principi fondamentali, Trattato di diritto costituzionale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 234-236 e A. Celotto, *art. 3*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, p. 74.

<sup>74</sup> Da ultimo si veda J. Lorber, *Oltre il gender. I nuovi paradossi dell'identità*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 25 ss.

tralità del soggetto»<sup>75</sup>.

Anche l'ipotesi di una moltiplicazione dei generi è da respingere dal momento che si potrebbe addivenire a un numero infinito di realtà con il rischio di rendere inefficace il genere come strumento di tutela dei diritti.

Residua quindi la scelta di un terzo genere, inteso come genere alternativo a quello maschile e femminile, in linea con quanto emerso già in altri ordinamenti<sup>76</sup>. Tale opzione risulta essere la più coerente con l'impianto costituzionale e in grado di ricomprendere al suo interno sensibilità differenti. L'istituzione di un terzo genere – indipendentemente dalla sua denominazione: terzo genere, altro, genere non binario ecc. – consente lo sviluppo di altre identità di genere diverse da quelle maschili e femminili, senza tuttavia negare la tradizionale distinzione.

La più rilevante conseguenza della compatibilità (*rectius* non contrarietà) della Costituzione rispetto a un terzo genere è data in merito all'obbligatorietà di tale riconoscimento. Ciò, infatti, non si può tradurre in un pieno diritto all'autodeterminazione intesa quale «diritto di ascrivere effetti giuridici all'affermazione della propria identità»<sup>77</sup>. L'esigenza di certezza del diritto, declinata come certezza della classificazione legale e delle relazioni sociali, può costituire un limite ragionevole a tale diritto. Ed è proprio considerando il diritto all'identità sessuale e la sua sfaccettata composizione che la questione si può collocare «– dal punto di vista dei principi fondamentali della costituzione – nel rapporto tra la dimensione personalista dell'art. 2 Cost. “in cui si svolge la personalità” di ciascun essere umano e la dimensione di effettività dell'uguaglianza sostanziale garantita dall'art. 3, II Cost., che afferma gli obiettivi del pieno sviluppo della persona e dell'effettiva partecipazione»<sup>78</sup>.

Il bilanciamento delle differenti istanze è quindi appannaggio del legislatore, il quale gode di ampia discrezionalità. La stessa Costituzione lascia alla dialettica politica, interprete della coscienza sociale, la definizione della migliore soluzione possibile, secondo un principio già sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale rispetto a questioni etiche sensibili non trattate dal testo della Costituzione<sup>79</sup>.

L'obbligo del riconoscimento deve essere perciò inquadrato in una «lotta per il riconoscimento». In questa prospettiva, l'assenza di un possibile terzo genere apre il quesito se si tratti di un'inerzia legislativa, di una precisa volontà politica o piuttosto della mancanza di proposte politiche unitarie<sup>80</sup>. Consultando i progetti di legge depositati nelle ultime legislature, emerge come non vi sia traccia di alcun disegno di legge (o dibattito) volto al riconoscimento delle nuove soggettività.

Ciò conduce inesorabilmente a tracciare perciò delle considerazioni *de iure condendo*.

Le rivendicazioni del superamento del binarismo di genere mettono in luce come il genere, al pari della razza e della religione, da una parte stia diventando un elemento sempre più di appartenenza identitaria, ma dall'altra parte più plurale. A tal proposito, in dottrina si è affermato che dopo la società post-religiosa e quella post-razziale, si sta delineando una società post-sessuale<sup>81</sup>.

È necessario tracciare percorsi volti ad affermare la necessità di un eventuale superamento della divisione binaria. Rispetto alle istanze delle persone intersessuali, non si può negare come tale diversi-

75 B. Pezzini, *Il binarismo di genere come problema di bio-diritto*, *ivi*, p. 63.

76 Cfr. *supra*.

77 Ead., *ivi*, p. 64. Ritiene G. Pistorio, *ivi*, p. 517 «[...] in nome dell'autodeterminazione, l'ordinamento non può ricondurre qualsiasi pretesa soggettiva, qualsiasi bisogno individuale e finanche qualsiasi desiderio privato a diritto fondamentale».

78 Ead., *ivi*, p. 64.

79 Corte costituzionale, 20 ottobre 2020, n. 230 punto n. 7 Considerato in diritto.

80 In tal senso. J. Lorber, *ivi*, p. 125 ss.

81 M. Rizzuti, *Soggettività e identità di genere*, in *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, F. Bilotta, F. Raimondi (a cura di), Napoli, Jovene, 2020, p. 152.



tà, incidendo proprio sul corpo stesso, richieda un intervento più netto proprio alla luce dei principi costituzionali<sup>82</sup>, come già avvenuto in Germania e in Austria.

Diversamente per le richieste delle persone non binarie, vi è la necessità di un impegno ancor più pregnante verso tutte quelle situazioni in cui la richiesta di dichiarare il genere (oppure la suddivisione in generi) risulta oramai priva di qualsiasi fondamento. Si concorda perciò con quella parte della dottrina che ha ritenuto di dover indirizzare le pretese verso forme sempre maggiori di riservatezza<sup>83</sup>. Gli esempi oramai sono vari. Si pensi al passaporto, in cui l'utilizzo dei dati biometrici rende del tutto superflua l'indicazione del genere, o al codice fiscale, dove sarebbe sufficiente adottare una diversa modalità di calcolo che non tenga conto nella sua formulazione del sesso anagrafico<sup>84</sup>. O ancora alla questione della divisione in due file, una per il genere maschile e l'altra per quello femminile, per l'espletamento delle operazioni di voto durante le varie tornate elettorali<sup>85</sup>. Tutti questi esempi mostrano come vi siano diversi e (numerosi) spazi, oltre a quello costituzionale, in cui è possibile intervenire per il riconoscimento di nuove forme di soggettività.

## Nota di aggiornamento

Nelle more della pubblicazione del contributo, la Corte costituzionale con la sentenza n. 143 del 2024 ha dichiarato – per quanto riguarda l'oggetto dello scritto – inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982 sollevata dal Tribunale di Bolzano in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117 Cost. in relazione all'art. 8 CEDU. L'introduzione di un eventuale terzo genere non può essere demandata alla decisione dei giudici costituzionali, ma richiede in prima battuta l'intervento del legislatore, dati i numerosi settori dell'ordinamento regolati sulla base del binarismo di genere.

Appare utile sottolineare come la Corte costituzionale non abbia precluso il riconoscimento di un ulteriore genere, ma al contrario abbia valorizzato l'istanza presentata alla luce del principio personalista. Sembrerebbe confermata pertanto la tesi sostenuta nel presente scritto in base alla quale il binarismo di genere non possa considerarsi un limite inscritto nella Costituzione.

---

<sup>82</sup> C.P. Guarini, *Appunti su "terzo sesso" e "identità di genere"*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, spec. 14- 17.

<sup>83</sup> A. Lorenzetti, *ivi*, p. 227.

<sup>84</sup> R. Dameno, *Percorsi dell'identità. I diritti fondamentali delle persone transgeneri. Una riflessione socio-giuridica*, Roma, Aracne, 2012, p. 112.

<sup>85</sup> La questione è stata affrontata anche dalla Corte di cassazione, 9 aprile 2024, n. 9428. I ricorrenti lamentavano che l'obbligatoria suddivisione binaria delle operazioni elettorali e di voto durante le elezioni violasse i diritti fondamentali delle persone trans e non binarie, tra cui l'esercizio libero e incondizionato del diritto di voto. Presentavano pertanto ricorso al fine di poter sollevare questione di legittimità costituzionale della normativa. A fronte del rigetto della domanda da parte Corte d'appello di Bologna a causa della sostanziale coincidenza del *petitum* del giudizio principale con quello della questione di legittimità costituzionale richiesta, la questione è stata affrontata dalla Cassazione la quale ha ritenuto infondato il ricorso. Il ricorso è stato giudicato privo di rilevanza poiché non vi era il nesso di strumentalità necessario tra la definizione del giudizio e la risoluzione della questione afferente al bene della vita per il quale si ricorreva. La suddivisione binaria, infatti, non incide sul diritto di voto, ma unicamente sulle attività di carattere amministrativo propedeutiche all'esercizio di tale diritto.