

*Francesca Brunetta d'Usseaux**, *Daniele Ferrari***

La condizione intersessuale dalla “normalizzazione” alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca

Sommario

1. Osservazioni introduttive - 2. Lo *status* delle persone intersessuali nella dinamica internazionale ed europea - 3. La registrazione del sesso sui certificati di nascita - 4. Cenni di diritto comparato - 5. Il terzo genere anagrafico: la soluzione a tutti i problemi?

Abstract

Prendendo spunto dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca dell'ottobre 2017, il contributo approfondisce la nozione di intersessualismo nel diritto comparato ed europeo, cercando di ricostruire la definizione della qualificazione giuridica delle persone intersessuali, tra identità di genere e diritto.

Starting from the decision of the German Constitutional Court in 2017, the paper delves into the intersex condition in Comparative and European law, trying to reconstruct the definition of the juridical qualification of intersex people, between gender identity and law.

1. Osservazioni introduttive

Il presente contributo si propone di fornire alcuni elementi di riflessione sulla condizione giuridica delle persone intersessuali¹. Il percorso, che ci accingiamo ad intraprendere, si strutturerà in tre distinte parti: nella prima parte introduttiva, si proporranno alcune osservazioni sui legami tra binarismo di genere e condizione LGBTQI; nella seconda parte, si cercherà di descrivere lo *status* giuridico delle persone intersessuali alla luce delle dinamiche istituzionali e di *governance* dei diritti umani in corso nelle istituzioni internazionali ed europee; nella terza parte, si proporrà un approfondimento comparato sulla tutela delle persone intersessuali, che prenderà le mosse dalla recente sentenza della Corte Costituzionale tedesca riguardante il riconoscimento di un “terzo sesso” anagrafico. L'obiettivo della presente analisi è quello di delineare una mappatura dei diversi materiali giuridici che, attualmente, contribuiscono a definire la

* Associata di diritto privato comparato Università di Genova.

** Assegnista di ricerca in diritto ecclesiastico e canonico Università di Siena.

Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Il presente contributo, pur costituendo il risultato di un lavoro congiunto tra i due autori, si deve a Daniele Ferrari per quanto riguarda i paragrafi 1 e 2 e a Francesca Brunetta d'Usseaux per quanto riguarda i paragrafi 3 e 4. Il paragrafo cinque è invece da attribuirsi ad entrambi gli autori.

1 Sul tema, v. *Focus, Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'inceppamento del sistema* (a cura di Anna Lorenzetti), in questa *Rivista* 2018, p. 6 ss., con contributi di Alessandro Comeni, Stefania Stefanelli, Giacomo Viggiani e Giacomo Cardaci.

condizione intersessuale. La ricostruzione della genealogia della nozione giuridica di intersessualismo appare utile, in relazione all'esigenza di mettere a tema l'evoluzione che tale concetto rappresenta rispetto al legame tra diritto, genere e sessualità.

Le nozioni di sessualità e di genere sono state oggetto di diversi studi che, in prospettiva multidisciplinare e interdisciplinare, hanno analizzato il significato che il binomio maschile-femminile ha assunto nella definizione culturale, giuridica e sociale dell'identità della persona². Tra questi studi, che non possono essere integralmente evocati in questa sede, alcune riflessioni hanno alimentato un dibattito in ambito giuridico. Tale dibattito, seppure molto ampio, può essere ricondotto a quattro principali linee di tendenza: 1) progressiva elaborazione di un modello inclusivo dei diritti umani rispetto alle persone LGBT³; 2) sviluppo di un diritto antidiscriminatorio in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere⁴; 3) messa in discussione del modello giuridico binario "maschile-femminile"⁵; 4) difesa del binarismo di genere in relazione alla definizione dello *status* della persona⁶. Queste linee di tendenza non verranno esaminate singolarmente, ma in relazione al processo di progressiva affermazione dei diritti LGBT in Europa.

Un modello inclusivo di tutela dei diritti umani rispetto alle minoranze sessuali si è affermato in Europa attraverso l'attuazione del principio di non discriminazione, sulla base del genere o dell'orientamento sessuale, all'interno di specifici diritti (dal diritto al matrimonio⁷, al riconoscimento del diritto alla riattribuzione del genere⁸, alla garanzia dello *status* di rifugiato per i perseguitati omosessuali,

- 2 Senza voler in questa sede ripercorrere la storia dei c.d. "gender studies", appare utile evidenziare come tale nuovo metodo di interpretazione dell'identità della persona, colta nella sua dimensione individuale e relazionale, si sia espresso in tutte le scienze sociali dalla sociologia (Amy S. Warthon, *The Sociology of Gender: An Introduction to Theory and Research*, II ed., Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2012), alla linguistica (F. Corbisiero, P. Maturi, E. Ruspini (a cura di), *Genere e linguaggio. I segni dell'uguaglianza e della diversità*, Milano: Franco Angeli, 2016), all'antropologia (Henrietta L. Moore, *A Passion for Difference: Essays in Anthropology and Gender*, Cambridge: Polity Press, 1994), alla psicologia (Vicki S. Helgeson, *Psychology of Gender*, V ed., New York: Taylor&Francis, 2017), alla filosofia (Judith Butler, *Fare e disfare il genere*, a cura di Federico Zappino, Milano: Mimesis, 2014), alla storia (Susan Kingsley Kent, *Gender and History*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011), al diritto (Barbara Pezzini (a cura di), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere, Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio, vol. II, Lezioni, casi, materiali*, Bergamo: Bergamo University Press – Sestante edizioni, 2012).
- 3 V., ex multis, N. Bamforth, *Sexual Orientation and Rights*, Abingdon-on-Thames, 2015; D. Borrillo (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, 1998; D. Ferrari, *Status giuridico ed orientamento sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione, alla liberazione, alla dignità*, Pavia, 2015.
- 4 Cfr. C. Danisi, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015; L. Badgett, J. Frank (edit by), *Sexual Orientation Discrimination: An International Perspective*, Routledge, 2007.
- 5 Sul punto, all'interno dei c.d. gender studies, la riflessione femminista sulla nozione di genere, che ha contestato il binarismo "uomo-donna", quale meccanismo di dominazione del maschile sul femminile (J. Butler, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York & London, 1990), si è espressa anche in alcuni scritti di carattere giuridico (C. A. Mackinnon, *Sex Equality*, 3rd Edition, New York, 2016). Per quanto riguarda la dottrina italiana che, in senso specifico, ha messo in discussione il dimorfismo di genere come dato naturale, cfr. L. Bernini, *Maschio e femmina Dio li creò? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010; A. Schuster, *L'abbandono del dualismo etero normativo della famiglia*, in Id. (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, Mimesis, 2011, 35 ss..
- 6 Alcuni autori hanno, infatti, difeso il binarismo di genere, quale criterio "naturale" di costruzione delle società umane, denunciando le pericolose derive della c.d. "teoria gender"; v. T. Anatrella, *La teoria del «gender» e l'origine dell'omosessualità. Una sfida culturale*, Roma, San Paolo Edizioni, 2015.
- 7 Ad oggi 14 Stati europei hanno introdotto il matrimonio tra persone dello stesso genere [Paesi Bassi (2001), Belgio (2003), Spagna (2005), Svezia (2009), Portogallo (2010), Danimarca (201), Francia (2013), Inghilterra e Galles (2013), Lussemburgo (2014), Scozia (2014), Irlanda (2015), Finlandia (2017), Germania (2017), Austria (2019)].
- 8 Sul punto, l'adeguamento dei caratteri sessuali, attraverso intervento chirurgico, inizialmente, interpretato come la soluzione prevalente per ottenere la rettifica anagrafica, è stato superato, nella dinamica istituzionale dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa, da un nuovo orientamento. In particolare, si è sostenuta una nozione psicologica di genere, slegata dal dato genitale, che consente la rettifica del nome anche in assenza dell'intervento medico di adeguamento del genere anatomico al genere anagrafico richiesto. In questo scenario, tale orientamento è stato espresso: a) a livello "comunitario", dal Parlamento Europeo che, con un'importante risoluzione del 15 marzo 2015, ha stigmatizzato l'obbligo previsto in alcuni Stati membri di modifica chirurgica dei caratteri sessuali per il cambio di genere, chiedendo "la messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere" (Parlamento Europeo, Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione europea in materia); b) Dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa che, con la Risoluzione n. 1728 del 2010, ha invitato gli Stati membri a tutelare le persone transessuali attraverso specifiche normative sul cambiamento di sesso anagrafico. Nel rivolgere tale invito, l'Assemblea ha specificato che tali legge non devono avere l'effetto di subordinare la volontà del soggetto all'obbligo del trattamento medico o dell'operazione chirurgica; c) Dalla Corte di Strasburgo che, nella sentenza *Y. Y. c. Turchia*, ha qualificato la previsione contenuta nella legislazione turca sul cambio di sesso, che impone l'incapacità di procreare come

transessuali e intersessuali⁹). Tale processo sembra aver, gradualmente, attenuato il paradigma binario del genere quale criterio di costruzione dello *status* giuridico personale. In particolare, il riconoscimento sempre più forte dell'autonomia della persona nella sfera sessuale e personale ha determinato una messa in discussione del ruolo degli Stati quali unici decisori: con riguardo al singolo, dell'attribuzione del genere di appartenenza; con riguardo alle relazioni affettive, dell'uso della diversità di genere quale unico modello di orientamento sessuale giuridicamente accettabile e rilevante¹⁰.

Il descritto processo ha riguardato in modo prevalente, anche se diverso, le persone omosessuali e transessuali, traducendosi in scelte distinte di politica legislativa che, nei diversi ordinamenti statali, hanno riconosciuto specifici diritti alle persone LGBT. La condizione delle persone intersessuali, invece, appare ancora oggi sprovvista di adeguate tutele nella maggior parte degli Stati europei¹¹. La diversità di tale processo può essere ricondotta, in generale, alle ripercussioni differenziate che l'orientamento sessuale (omosessualità), l'identità di genere (transessualismo) o il possesso di specifici elementi del corpo "sessuati" (intersessualismo) hanno avuto sulla definizione dello *status* giuridico personale¹², in quegli ordinamenti che esauriscono l'identità sessuale al binomio "uomo-donna". In questi termini, omosessuali, transessuali ed intersessuali sono entrati in conflitto per ragioni diverse con il modello binario: le persone omosessuali a causa dell'attrazione nei confronti di soggetti del loro stesso genere in relazione, ad esempio, ad istituti giuridici fondati sul binarismo di genere e per questo riservati all'unione tra un uomo e una donna (matrimonio)¹³; le persone transessuali a causa della loro tensione verso un genere diverso da quello anatomico attribuitogli alla nascita; le persone intersessuali, fin dalla nascita, a causa di un dato anatomico che, non polarizzandosi sull'uno o sull'altro genere, è apparso ambiguo rispetto a modelli giuridici anagrafici che non prevedono una terza fattispecie¹⁴.

In tutti e tre i casi, una costruzione giuridica del genere e un modello di unione tra i generi fondati su una nozione anatomica di maschile e femminile, prescindendo da una libera scelta della persona, sono apparsi problematici sia *ab origine* rispetto allo *status* anagrafico della persona sia *ex post* all'interno del percorso esistenziale delle persone LGBTQI. Tutti questi soggetti hanno, infatti, subito rilevanti limitazioni nella loro sfera personale in relazione alla libertà di autodeterminarsi nella sfera sessuale ed affettiva.

Il binarismo di genere, in particolare, con riguardo alle persone transessuali ed intersessuali, affermando una "normalità anagrafica", ha anche imposto una "normalità anatomica" che, accertata e attribuita al momento della nascita, è reversibile per le persone transessuali, nelle sole ipotesi di "riattribuzione binaria" del genere "F to M" o "M to F"¹⁵, mentre per le persone intersessuali l'identità di

condizione per realizzare l'identità di genere desiderata, come una violazione dell'art. 8 della C.E.D.U. Infatti, non appare necessario in una società democratica imporre una tale limitazione della vita privata, che comprime la libertà di autodeterminazione del transessuale, imponendogli, in modo del tutto gratuito, trattamenti fortemente lesivi della sua integrità fisica e psicologica (Corte Edu, decisione del 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turchia*, ric. n. 14793/08, § 121. Sul punto, v., anche, G.C., decisione del 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, ric. n. 28957/95, § 90).

- 9 Ad esempio, l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), nella guida "Researching the situation of lesbian, gay, and bisexual persons (LGB) in countries of origin" del 2015, ha chiarito che "The guide focuses on researching the situation of LGB since transgender and intersex applicants for international protection are not so common".
- 10 Da questo punto di vista, la dottrina ha osservato che: "A parte i rischi di stigmatizzazione dei soggetti che venissero classificati in questa 'terza' (e indefinita) categoria, resta il fatto che il dimorfismo sessuale conserva ancora una sua irriducibile e strutturale rilevanza in molte fattispecie regolate dal diritto, e collegate a principi e interessi di livello costituzionale (prima fra tutte, si è detto, il matrimonio)", v. A. D'Aloia, *Il "terzo" sesso*, in *Forumcostituzionale*, www.forumcostituzionale.it, 2014, p. 3.
- 11 Sul punto, il Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa ha osservato che "la base de connaissances en matière de droits de l'homme sur les questions touchant les personnes intersexes présente encore des lacunes. À ce jour, on ne dispose que de peu d'informations sur la situation juridique et sociale de ces personnes dans de nombreux pays européens et dans le reste du monde", v. Consiglio d'Europa, Commissario per i diritti umani, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015, 17, disponibile in <https://rm.coe.int/16806da66e>.
- 12 Per un approfondimento sulle definizioni e sulle differenze che intercorrono tra orientamento sessuale e identità di genere si rinvia all'introduzione (e alle relative note) ai Principi di Yogyakarta del 2013, v. Principi di Yogyakarta, *Principi sull'applicazione del diritto internazionale dei diritti umani all'orientamento sessuale ed all'identità di genere*, 2013.
- 13 Per una critica alla qualificazione del matrimonio quale naturale unione tra un uomo ed una donna, v., *ex multis*, N. Vassallo, "Il matrimonio omosessuale è contro natura" (falso!), Roma-Bari, Laterza, 2015.
- 14 Sul punto v., L. Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2012, 597 ss.
- 15 V. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli 2013.

genere da attribuire, rispetto a caratteri sessuali non definiti, viene, in molti casi, determinata dai soggetti esercenti la responsabilità genitoriale sul minore attraverso la decisione di sottoporlo a trattamenti chirurgici "correttivi"¹⁶. In questi termini, nel caso degli intersessuali, il genere anagrafico prevale su quello anatomico quale esito di un processo di normalizzazione giuridica, che si serve di trattamenti chirurgici giustificati dal giudizio patologico formulato dalla medicina¹⁷.

Il permanere del binarismo di genere all'interno dei modelli culturali sottesi alla definizione dei diritti fondamentali ha rappresentato, quindi, il presupposto di un giudizio negativo e stigmatizzante verso specifiche condizioni esistenziali¹⁸. Tale giudizio in Europa si è attenuato, fino quasi a dissolversi, con l'accesso, più o meno inclusivo, delle persone omosessuali e transessuali alla tutela dei diritti fondamentali, mentre permane, come vedremo ancora in oggi, nei confronti degli intersessuali, la cui dignità è lesa sulla base di conoscenze scientifiche non oggettive che separano in modo rigido maschile e femminile¹⁹.

2. Lo status delle persone intersessuali nella dinamica internazionale ed europea

Premesse queste prime osservazioni e venendo alla seconda parte del contributo, lo status giuridico delle persone intersessuali è emerso e si è affermato, in tempi relativamente recenti, in un processo di nuova interpretazione dei diritti umani avvenuto (e in corso) all'interno delle istituzioni internazionali di livello universale ed europeo²⁰. Il definirsi della condizione intersessuale, quale specifica qualità della persona giuridicamente rilevante e da tutelare, è stata presa in considerazione dalle istituzioni sovranazionali in due principali prospettive riguardanti: a) la definizione dello status di intersessuale; b) la garanzia dei diritti delle persone intersex.

Dal primo punto di vista, la definizione di persona intersessuale è emersa, in termini espliciti, nelle linee guida dell'Alto Commissariato ONU per i rifugiati (UNHCR) riguardanti i perseguitati LGBTI²¹, nella guida dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO) riguardante i richiedenti asilo LGBTI²², nel rapporto della Fundamental Right Agency (FRA) di Vienna dell'Unione Europea sui diritti fondamentali delle persone intersessuali²³, nel documento "*Droits de l'homme et personnes Intersexes*" redatto

-
- 16 Cfr., con riguardo al caso italiano, A. Lorenzetti, *Intersex People in Italy between Silence of Harmful practices and violation of the best interest of the child*, in A. Lorenzetti, M.F. Moscati, *LGBTI Persons and Access to Justice*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2015, pp. 146 ss.
- 17 In questi termini, il rapporto tra binarismo di genere, diritto e scienza veniva così descritto da Foucault: "[I]e teorie biologiche della sessualità, le concezioni giuridiche dell'individuo, le forme di controllo amministrativo nelle nazioni moderne, hanno portato poco a poco al rifiuto dell'idea di una mescolanza dei due sessi in un unico corpo e di conseguenza a porre un limite alla libera scelta di individui indeterminati. Pertanto, tutti dovevano avere uno ed un solo sesso. Tutti dovevano avere la propria primaria, profonda, determinata identità sessuale; ciò che poteva apparire un elemento dell'altro sesso poteva essere solo accidentale, superficiale o persino semplicemente illusorio. Da un punto di vista medico, ciò significava che quando aveva di fronte un ermafrodita, il medico non doveva più riconoscere la presenza dei due sessi, giustapposti e mescolati, o sapere quale dei due prevaleva sull'altro, ma doveva decifrare il vero sesso nascosto sotto l'ambiguità delle apparenze", v. M. Foucault, *Herculine Barbin detta Alexina B. Una strana confessione. Memorie di un ermafrodito presentate da Michel Foucault*, trad. it., Torino, Einaudi, 1979.
- 18 V. D. Ferrari, *Status giuridico e orientamento sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione, alla liberazione, alla dignità*, cit..
- 19 Per dare una profondità biografica al processo di "normalizzazione" che il binarismo di genere impone attraverso la chirurgia, cfr. A. Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, in questa *Rivista*, anno V, numero 1/2018, 12-6.
- 20 V. J.A. Greenberg, *International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities. Who Should Determine the Appropriate Treatment for an Intersex Infant?*, in S.E. Sytsma (editor), *Ethics and the Intersex*, Dordrecht, The Netherlands, Springer, 2006, 87-101.
- 21 V. UNHCR, *Linee guida in materia di protezione internazionale n. 9: Domande di riconoscimento dello status di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere nell'ambito dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del suo Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*.
- 22 Cfr. EASO, *Researching the situation of lesbian, gay, and bisexual persons (LGB) in countries of origin*, 2015.
- 23 V. FRA, *The fundamental rights situation of intersex people*, FRA Focus, 2015.

dal Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa²⁴ e in una risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sui diritti delle persone intersessuali del 2017.

L'UNHCR, nelle linee guida del 2008, ha dedicato un'intera sezione alla terminologia legata alle persecuzioni subite dalle minoranze sessuali, al fine di chiarire, in primo luogo, il significato dell'acronimo LGBTI in rapporto sia ad ogni singola condizione (definizione autonoma) sia alle differenze che intercorrono tra le persone che possono essere ricondotte alle diverse "categorie" (definizione relazionale). In questa prospettiva, il soggetto intersessuale è stato qualificato come "una persona (...) nata con una conformazione anatomica dell'apparato riproduttivo o sessuale, e/o un assetto cromosomico che non sembrano corrispondere alle nozioni biologiche tipiche dell'essere uomo o donna", mentre in relazione al genere e all'orientamento sessuale è stato evidenziato che "una persona intersessuale può identificarsi come uomo o donna, e il suo orientamento sessuale può essere lesbico, gay, bisessuale o eterosessuale".

Anche l'EASO ha redatto una guida sui richiedenti LGBTI, riprendendo il modello definitorio (autonomo e relazionale) contenuto nelle linee guida dell'UNHCR. In questo documento, l'Agenzia ha qualificato: in modo autonomo, l'intersessualismo come "a medical condition in which an individual is born with reproductive or sexual anatomy and/or chromosome patterns that do not fit typical biological notions of being male or female"; in relazione all'identità di genere e all'orientamento sessuale ha ribadito che "an intersex person may identify as male or female or any other gender, while their sexual orientation may be lesbian, gay, bisexual, heterosexual, asexual, etc".

In termini diversi, la FRA, all'interno del documento del 2015, ha elaborato una definizione tesa a sganciare la qualificazione giuridica dell'intersessualismo dal paradigma medico binario. In particolare, secondo l'Agenzia europea, "intersex is a collective term for many natural variations in sex characteristics. It is not a medical condition". In questo documento si rifiuta una definizione giuridica chiusa costruita sulla categoria medica "uomo-donna" e si privilegia un modello aperto. Gli autori dichiarano infatti che "intersex is used in this paper as an umbrella term to denote a number of different variations in a person's bodily characteristics that do not match strict medical definitions of male or female".

In una prospettiva ancora ulteriore, l'Alto Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa Nils Muiznieks ha criticato una definizione che tenda a ricondurre la condizione intersessuale ad una forma di terzo sesso, sostenendo che «est important de ne pas regrouper les personnes intersexes dans une nouvelle catégorie collective, "le troisième sexe" par exemple, qui existerait parallèlement aux hommes et aux femmes. En effet, compte tenu de la grande diversité des personnes intersexes et du fait que nombre d'entre elles s'identifient comme des femmes ou des hommes, tandis que d'autres considèrent qu'elles ne sont ni l'un ni l'autre ou encore qu'elles sont les deux à la fois, une telle classification serait incorrecte. En fait, le qualificatif intersexe n'est pas un type en soi, mais plutôt un terme générique qui regroupe l'ensemble des personnes présentant des "variations" des caractéristiques sexuelles». Nello stesso rapporto, inoltre, si auspica la fine di una definizione patologica dell'intersessualità. L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha recepito l'orientamento del Commissario in una risoluzione del 2017 dedicata ai diritti delle persone intersex. In particolare, l'istituzione europea ha criticato una definizione medica della condizione intersessuale, sostenendo che da un tale approccio discenda un giudizio patologico. Proprio la qualificazione dell'intersessualità come malattia ha prodotto, a parere dell'Assemblea parlamentare, gravi danni all'integrità psico-fisica delle persone intersex che, per essere curate, sono state sottoposte in tenera età a trattamenti non solo inutili, ma anche dannosi²⁵.

Con riguardo al secondo aspetto (garanzia dei diritti), nei documenti elaborati dalle istituzioni internazionali sono stati evidenziati: il ruolo di un'adeguata informazione medica al fine di proteggere il diritto all'autonomia e alla libera autodeterminazione dei minori intersessuali; l'esigenza di potenziare gli strumenti relativi al diritto antidiscriminatorio; l'inquadramento dei diritti degli intersessuali all'interno degli strumenti internazionali già esistenti in materia di disabilità, mutilazioni genitali e rispetto del diritto alla vita privata.

Dal primo punto di vista ²⁶, sia il Comitato ONU contro la tortura nelle osservazioni indirizzate alla Germania nel 2011²⁷ sia il Comitato ONU per i diritti del fanciullo nelle osservazioni indirizzate alla

24 Cfr. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015.

25 Cfr. Parliamentary Assembly, Resolution 2191 (2017), *Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people*.

26 Per interventi a livello statale si veda ad esempio il *Gender Recognition Act* irlandese del 2015 o la normativa maltese, su cui *infra*.

27 Committee against Torture, Forty-seventh session, 31 October–25 November 2011, *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Concluding observations of the Committee against Torture – Germany*.

Svizzera nel 2015²⁸ hanno evidenziato che un'adeguata informazione ai genitori permette, quando l'operazione ha finalità meramente estetiche, di non intervenire chirurgicamente e garantisce la libertà del minore di mantenere la propria integrità fisica nel rispetto dell'autonomia e della libera autodeterminazione della persona. Per consolidare tali buone prassi, i due comitati raccomandano agli Stati interessati di potenziare gli strumenti di sostegno (medico e psicologico) alle famiglie rispetto alle decisioni da prendere sul minore intersessuale.

Nella stessa prospettiva ONU di tutela dell'interesse del minore, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, in una raccomandazione del 2013²⁹, ha sostenuto, all'interno dell'elenco delle diverse fattispecie di violazioni dell'integrità fisica dei minori, che *"undertake further research to increase knowledge about the specific situation of intersex people, ensure that no-one is subjected to unnecessary medical or surgical treatment that is cosmetic rather than vital for health during infancy or childhood, guarantee bodily integrity, autonomy and self-determination to persons concerned, and provide families with intersex children with adequate counselling and support"*. Il legame, tra tutela dell'autodeterminazione e superamento di un approccio medico correttivo, è stato evidenziato nel 2014 anche dallo stesso Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa Nils Muižnieks. In particolare, in uno specifico documento³⁰ dedicato alle persone intersessuali, il Commissario ha sostenuto che *"the early "normalising" treatments do not respect intersex persons' rights to self-determination and physical integrity. Intersex babies and younger children are not in a position to give their consent. The proxy consent given by parents may not be free and fully informed and can hardly take into account the best interests of the child in the long-run"*.

Dal secondo punto di vista (potenziamento strumenti di diritto antidiscriminatorio), le persone intersessuali sono state prese in considerazione come soggetti vulnerabili esposti al rischio di subire trattamenti discriminatori. Sul punto la FRA, all'interno del già citato rapporto sull'intersessualismo, ha evidenziato la lacuna esistente nella previsione del principio di non discriminazione contenuta nelle fonti internazionali ed europee. Tali fonti prevedono, a seconda dei casi, tra i fattori di rischio il sesso, il genere o l'orientamento sessuale, ma non la qualità personale dell'intersessualità. In questi termini, non esiste uno strumento specifico nel diritto antidiscriminatorio per proteggere le persone da trattamenti deteriori motivati da questa caratteristica, ma solo motivi che, a seconda dei casi, ma non in tutte le situazioni di discriminazione, possono assorbire l'intersessualità all'interno dei fattori di rischio del sesso, del genere o dell'orientamento sessuale. Applicando tale impostazione, ad esempio, una persona intersessuale, alla quale sia stato erroneamente attribuito un genere femminile alla nascita, potrà essere ritenuta discriminata sulla base del sesso, se le sarà impedito di contrarre matrimonio con una donna, quando il coniugio è riservato alle coppie eterosessuali dal diritto nazionale.

Alla luce della richiamata interpretazione, che tende ad includere la condizione intersex nel diritto antidiscriminatorio, la FRA sostiene che le discriminazioni subite dagli intersessuali siano protette dall'Unione Europea nel diritto originario e derivato. Tra le fonti originarie, il richiamo è all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali UE in relazione al fattore del sesso. Sul piano del diritto derivato, il riferimento è alla direttiva 2006/54 in rapporto alla qualità del genere. In particolare, rispetto all'interpretazione di questa direttiva, il Parlamento Europeo già in un rapporto del 2013³¹, ha sostenuto la possibilità di estendere il fattore discriminatorio del sesso alla tutela delle persone intersessuali.

Dal terzo punto di vista (inquadramento dei diritti delle persone intersex in strumenti di diritto internazionale già esistenti), nel già citato documento *"Droits de l'homme et personnes Intersexes"*, il Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa, cogliendo i numerosi richiami alla condizione intersessuale contenuti negli atti del Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità³², ha evidenziato che *"les personnes intersexes partagent aussi certaines préoccupations relatives aux droits de l'homme avec d'autres minorités, notamment les personnes handicapées et les personnes qui ont subi une mutilation ou une ablation génitale. Le cadre juridique de protection des personnes handicapées est aujourd'hui bien implanté au niveau international (...)"*. L'interpretazione viene motivata anche in ragione della lacuna attualmente esistente nelle fonti sovranazionali di tutela dei diritti umani rispetto a specifiche garanzie destinate ai soggetti intersessuali, lacuna che rappresenta la conseguenza di un più generale vuoto di conoscenza.

28 Committee on the Rights of the Child, 22 January 2015, *Concluding observations on Switzerland*.

29 V. Parliamentary Assembly, Resolution 1952 (2013)1 - *Final version, Children's right to physical integrity*.

30 Cfr. Human rights comment. *A boy or a girl or a person – intersex people lack recognition in Europe*, 2014.

31 *Report on the EU Roadmap against homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity* e2013/2183 (INI), Plenary sitting, No. A7-0009/2014, 7 January 2014, Strasbourg.

32 In questi termini, ad esempio, il 2 settembre 2016 il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità ha ammonito l'Italia per le pratiche di mutilazioni genitali intersex, denunciando tali pratiche come una violazione dell'art. 17 della convenzione sulla "Protezione dell'integrità della persona".

Con riferimento al diritto alla vita privata, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con la Risoluzione n. 2191 del 2017³³, in materia di promozione dei diritti umani ed eliminazione della discriminazione contro le persone intersessuali, ha rivolto un invito agli Stati membri con riguardo alla disciplina dello stato civile e del riconoscimento giuridico del genere. In particolare, le previsioni riguardanti la registrazione delle nascite devono prevedere testualmente o essere applicate nel senso di rispettare la condizione dei bambini intersessuali. Tale garanzia si realizza quando il diritto alla vita privata dei genitori e del nascituro viene protetto, non registrando la condizione intersessuale alla nascita oppure, in sistemi "gender pluralism", assegnando al minore la condizione intersessuale o lo status che maggiormente rispetta l'identità del bambino. In questa prospettiva, continua l'istituzione europea, un buon indirizzo di politica legislativa potrebbe essere rappresentato dalla scelta di rendere opzionale la registrazione del sesso sui certificati di nascita e gli altri documenti di identità.

3. La registrazione del sesso sui certificati di nascita

Proprio la condizione intersessuale, fin qui evocata in relazione al diritto internazionale ed europeo, è stata oggetto della recente decisione della Corte Costituzionale tedesca³⁴: secondo i giudici, prevedere, al momento della registrazione anagrafica del nuovo nato, solo la scelta tra le voci "femminile" e "maschile", offrendo come unica alternativa l'omissione dell'indicazione del sesso (e non anche una terza esplicita denominazione), viola sia il diritto generale della personalità (ex art. 2, comma 1 in combinato disposto con l'art. 1, comma 1 Legge Fondamentale), sia il principio di non discriminazione (ex art. 3, comma 3 Legge Fondamentale)³⁵.

Il diritto tedesco, come accade nella maggior parte degli ordinamenti, sia di *civil*, sia di *common law*, sia europei sia d'oltreoceano³⁶, non prevedeva, fino al 2013, anno in cui è intervenuta una modifica della legge sullo stato civile delle persone³⁷, altra possibilità, a fronte dell'obbligatorietà dell'indicazione, se non quella dell'opzione tra sesso femminile e maschile. Conformemente peraltro alla rigida scelta ordinamentale che si era affermata nel 19° secolo, in virtù della quale, al momento della nascita, si sarebbe dovuto indicare il "vero sesso" del nuovo nato e che, in caso di dubbio, la decisione sarebbe, fondamentalmente, spettata ai medici; si era così abbandonata la strada tracciata dall'ALR, il codice prussiano del 1794, che prevedeva invece che le persone intersessuali³⁸ avessero la possibilità, fino al compimento del 18° anno di età, di correggere la *Geschlechtszuordnung*, l'attribuzione di sesso, effettuata dai genitori al momento della nascita e di indicare quindi autonomamente il proprio sesso, sebbene scegliendo solo, è giusto sottolinearlo, tra le due "tradizionali" possibilità.

Dunque, nel 2013, il legislatore tedesco era intervenuto con una modifica della legge regolante lo status anagrafico delle persone, tenendo conto anche delle risultanze cui era pervenuto lo studio sull'in-

33 Cfr. Parliamentary Assembly, Resolution 2191 (2017), *Promoting the human rights*, cit..

34 Vedi testo in *Commentario decisioni*, in questa *Rivista* 2018, p. 205 (in lingua inglese) e traduzione (parziale) in lingua italiana a cura di R. De Francesco in *Articolo29*, www.articolo29.it.

35 La decisione ha trovato diverso accoglimento in dottrina. K. Märker, *Drittes Geschlecht? Quo vadis Bundesverfassungsgericht?*, in *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2018, p. 1 ss., esprime una posizione molto critica: il risultato cui è giunta la Corte sarebbe basato "su un errato dato biologico e scientifico". Reputano invece la decisione convincente, tra gli altri, S. Muckel, *Beschränkung des Geschlechtseintrags auf "männlich" oder "weiblich" im Personenstandsregister verfassungswidrig*, in *Juristische Arbeitsblätter* 2018 n. 154 e B. Frie, *Anmerkung zu BVerfG 10.10.2017-1 BvR 2019/16 Verfassungsrechtlicher Schutz der geschlechtlichen Identität*, in *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2017, p. 1141 ss., secondo la quale, la Corte Costituzionale avrebbe scritto "una pagina di storia del diritto".

36 Vedi *infra*, par.4.

37 *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften* *PSiRÄndG* del 7 maggio 2013, che ha modificato anche il § 22 della Legge sullo stato delle persone (*PSiG – Personenstandsgesetz* del 19 febbraio 2007). Cfr. T. Helms, *Brauchen wir ein drittes Geschlecht?: Reformbedarf im deutschen (Familien-)Recht nach Einführung des § 22 Abs. 3 PSiG*, Berlino, 2015.

38 La terminologia utilizzata nel codice era quella di ermafroditi.

tersessualità del Comitato etico tedesco nel 2012³⁹; qualora ad un bambino non potesse essere attribuito né il sesso femminile, né quello maschile, sarebbe stato possibile omettere tale indicazione⁴⁰.

La questione sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, sollevata da una persona affetta dalla sindrome di Turner⁴¹, concerneva la possibilità di poter correggere l'iscrizione "di sesso femminile", riportata nel registro delle nascite, sostituendo ad essa quella di "inter/diverso" o "diverso"⁴².

La Corte di primo grado, l'*Amtsgericht* di Hannover, con sentenza datata 13 ottobre 2014 aveva rigettato la richiesta della ricorrente: l'unica opzione sarebbe stata la cancellazione dal registro della dizione "femminile", non invece la sostituzione, che non era tra le opzioni previste dalla legge. La decisione era stata confermata in secondo grado dall'*Oberlandesgericht* di Celle, il 21 gennaio dell'anno successivo⁴³, ed infine anche dalla Corte di Cassazione Federale (*Bundesgerichtshof*), la quale, con sentenza del 22 giugno 2016⁴⁴ aveva rigettato l'istanza. Secondo i giudici, infatti, il legislatore tedesco, con la modifica alla legge sullo stato civile del 2013, da un lato avrebbe riconosciuto e quindi tutelato l'intersessualità, dall'altro avrebbe optato per un "compromesso" costituzionalmente legittimo. Infatti, se è vero che l'identità sessuale di una persona è tutelata dal diritto generale della personalità, è anche vero che gode di una certa discrezionalità quanto alla soluzione preferibile: l'esplicita previsione di un sesso ulteriore, rispetto a quello maschile e femminile, costituisce certo una possibile opzione, che però avrebbe inciso in maniera eccessiva su interessi ordinamentali dello Stato, a fronte dell'incertezza circa il modo migliore di affrontare la tutela delle persone intersessuali⁴⁵.

Tra l'altro, continua la Corte nel suo ragionamento, non ci sarebbe alcuna differenza sostanziale tra l'essere registrato con la dizione "inter" o "diverso", e l'assenza di una specifica attribuzione di genere, perché il diritto materiale non prevede disposizioni *ad hoc* per le persone intersessuali. Non sarebbe infine neanche possibile utilizzare le risultanze cui dottrina e giurisprudenza sono pervenute in riferi-

- 39 S. Gössl, *Intersexuelle Menschen und ihre personenstandsrechtliche Erfassung*, in *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2016, p. 1122 ss.: muovendo dai problemi posti dal sistema binario alle persone intersessuali, nel 2012 il Comitato etico tedesco (*Stellungnahme des Deutschen Ethikrates zur Intersexualität*, in <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-intersexualitaet.pdf>) pubblicò un corposo studio sulla questione, segnalando le mancanze del diritto tedesco regolante lo stato civile che non teneva conto in maniera adeguata degli interessi delle persone intersessuali. Risultanze peraltro accolte solo in parte, visto che in realtà, il Comitato aveva affermato che fosse necessario prevedere una terza possibilità di registrazione del sesso, oltre a maschile e femminile.
- 40 § 22 (3), *PStG*: "Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen": il legislatore ha quindi previsto la possibilità "di non registrare il sesso dei neonati che non potessero essere ascritti al sesso maschile o al sesso femminile", così R. De Felice, in *Articolo29*, www.articolo29.it.
- 41 La sindrome di Turner deriva dall'assenza totale o parziale di uno dei due cromosomi sessuali. Mentre la maggior parte delle persone hanno 46 cromosomi di cui 2 cromosomi sessuali nel loro corredo genetico (46,XX nelle femmine e 46,XY nei maschi), le persone con sindrome di Turner solitamente ne hanno solo 45 (45,X).
- 42 Quanto disposto dal § 22III *PstG*, è applicabile, secondo la giurisprudenza, anche in un momento successivo alla registrazione anagrafica di nascita, attraverso la cancellazione del dato previamente inserito. Così, le persone che non avevano avuto questa possibilità al momento della nascita sono equiparate a quelle per le quali invece sussiste l'opzione dopo l'entrata in vigore del nuovo § 22, cfr. S. Gössl, *Intersexuelle Menschen cit.*, p. 1122.
- 43 AG Hannover, 13.10.2014 -85 III 105 / 14; OLG Celle 21.01.2015 -17 W 28/14
- 44 XII ZB 52/15. Sentenza criticata quasi unanimemente in dottrina, così ad esempio, F. Brachthäuser e J. Remmel, *Anmerkung zu BGH, 22.6.2016, - XII ZB 52/15, Keine Eintragung von "inter" oder "divers" als Angabe des Geschlechts im Geburtenregister*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2016, p. 2885 ss. Gli autori sottolineano come il BGH abbia ignorato il messaggio di fondo inerente i diritti fondamentali come elaborato dalla Corte Costituzionale in riferimento alla transessualità (ed in particolare nella sentenza *BVerfGE* 49 286, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1979, p. 595): la dignità umana e il diritto alla libera espressione della personalità impongono di adeguare lo status anagrafico al sesso cui il soggetto appartiene per sua costituzione psichica e fisica. Certo, la giurisprudenza non ha mai esplicitamente affermato che quella stessa giurisprudenza vada applicata anche alle persone intersessuali, ma il BGH ha errato nel limitare l'impatto della decisione al diritto di famiglia, quando invece sono in gioco interessi fondamentali. Senza contare poi, che il diritto di famiglia ha già fatto propria la molteplicità sessuale e di genere, così ad esempio tenendo conto delle questioni legate alla maternità di transessuali o coppie dello stesso sesso. Cfr. anche J.T. Theilen, *Intersexualität bleibt unsichtbar: kritische Anmerkungen zum Beschluss des BGH zu nicht-binären Eintragungen im Personenstandsrecht*, in *Das Standesamt* 2016, p. 295 ss.
- 45 Nel medesimo senso, ovvero che si tratti di scelta legittima e pienamente rientrante nel margine di apprezzamento di cui gode il legislatore anche T. Helms/A. Dutta, *Geschlechtseintrag "inter/divers" im Geburtenregister?*, in *Das Standesamt*, 2017, p. 98 ss.

mento alla tutela delle persone transessuali⁴⁶: è vero che la tutela della dignità umana e del diritto generale della personalità impongono che l'ordinamento riconosca la possibilità per il singolo di "scegliere" l'identità sessuale che lo rappresenta, ma, a differenza di quanto accade per le persone transessuali che chiedono l'attribuzione di un genere già esistente, nel caso di specie, si tratterebbe di crearne uno nuovo, il che avrebbe, sempre nelle parole dei giudici, ripercussioni di considerevole portata sull'ordinamento statale.

Il problema pare tuttavia mal posto⁴⁷: la decisione se un determinato interesse debba godere di protezione costituzionale, non dovrebbe dipendere dai vantaggi o svantaggi che discenderebbero da tale riconoscimento. Concentrandosi sulle conseguenze si mette in secondo piano proprio la questione principale, ovvero il diritto fondamentale del singolo all'identità di genere, così come elaborato dalla stessa giurisprudenza tedesca, ed in particolare dalla Corte Costituzionale, quale parte integrante del diritto generale della personalità.

Quanto agli interessi ordinamentali dello Stato, vi è chi sostiene che andrebbero accolte solo quelle scelte che "funzionano" nell'ordinamento e non invece quelle che all'ordinamento creano difficoltà: in questi casi, l'autonomia e la protezione degli interessi individuali dovrebbero cedere il passo. Tuttavia, si può anche sostenere che l'identità sessuale sia proprio uno degli ambiti in cui l'ingerenza dello Stato deve essere limitata dalla sussistenza di ragioni pregnanti e caratterizzata da un rigido principio di proporzionalità⁴⁸, che difficilmente si riscontra tenendo conto che la mancata previsione di un terzo genere impedisce totalmente alle persone transessuali di descrivere se stesse e la propria appartenenza di genere in maniera positiva⁴⁹. Il lasciare vacante l'indicazione dell'identità sessuale non rende certo agevole la risoluzione delle problematiche che si pongono in riferimento a matrimonio, unioni e discendenza; la registrazione di un terzo sesso non aggraverebbe certo la situazione attuale⁵⁰.

Stante il rigetto della sua domanda, la ricorrente si era allora avvalsa della possibilità, prevista dall'ordinamento tedesco, della cd. *Verfassungsbeschwerde*, ovvero il diritto di ciascun cittadino tedesco di adire la Corte Costituzionale (una volta esauriti i gradi di giudizio) qualora reputi di aver subito una lesione di un diritto fondamentale⁵¹.

La decisione dei giudici, che, come anticipato in apertura, hanno dichiarato costituzionalmente illegittimo il combinato disposto dei §§ 21, comma 1, numero 3 e § 22, comma 3 del *Personenstandgesetz*, si snoda attraverso l'affermazione dei principi qui di seguito indicati.

Innanzitutto la Corte afferma che il diritto generale della personalità, diritto costituzionalmente garantito, tutela anche l'identità sessuale, che, anzi, ne costituisce uno degli aspetti più rilevanti. La possibilità per la persona di potersi rappresentare attraverso un genere determinato, è un passaggio fondamentale nella costruzione della propria personalità, sia dal punto di vista personale, sia da quello sociale. Questo è lo scopo delle registrazioni anagrafiche, permettere alla persona di trovare una propria collocazione all'interno dell'ordinamento: se poi però la legge stessa, da un lato impone la registrazione del sesso, dall'altro non permette alcuna indicazione positiva che veramente corrisponda all'identità sessuale di tutti quei soggetti che non si riconoscono nel dualismo di genere, essa realizza un sistema che necessariamente ha ripercussioni negative sullo sviluppo della loro personalità, perché impedisce loro di apparire all'esterno in maniera corrispondente al loro intimo sentire. La mera possibilità di omet-

46 S. Gössl, *Intersexuelle Menschen* cit., p. 1125, secondo la quale, la ratio elaborata dalla CEDU per tutelare le persone transessuali, ovvero la necessità di assicurare una vera corrispondenza tra indicazione anagrafica e l'identità sessuale veramente sentita propria dal soggetto, si dovrebbe applicare in maniera analoga anche alle persone intersessuali. La corrispondenza manca anche quando uno Stato preveda solo due opzioni, nelle quali il soggetto non ritiene di rientrare.

47 A. Röthel, *Autonomie im Familienrecht der Gegenwart*, in *JuristenZeitung* 2017, p. 116 ss.

48 S. Gössl, *Intersexuelle Menschen* cit., p. 1123.

49 Anzi, il fatto che si debba registrare l'annotazione "nessun sesso", sotto la dizione "indicazioni mancanti", implica una negazione totale della sessualità degli interessati e assume quasi carattere denigratorio, così A. Röthel, *ivi*, p. 122.

50 Così, A. Röthel, *ivi*, p. 122 ed in senso conforme anche B. Frie, *ivi*, p. 1147, secondo la quale le esigenze ordinamentali non sarebbero sufficienti a legittimare il diniego. S. Gössl, *Intersexuelle Menschen* cit., p. 1124, segnala infine, come, al principio della certezza delle risultanze dei registri di stato civile dovrebbe essere sovrapposto il cd. *Annäherungsgrundsatz*, ovvero il "principio di avvicinamento", che impone il cambiamento, quando, così facendo, ci si avvicina di più alla effettiva realtà giuridica. È il diritto di famiglia che dovrebbe essere interpretato alla luce dell'abbandono di questa categoria. Di diverso avviso invece A. D'Aloia, *ivi*, p. 3: "...resta il fatto che il dimorfismo sessuale conserva ancora una sua irriducibile e strutturale rilevanza in molte fattispecie regolate dal diritto, e collegate a principi e interessi di livello costituzionale (prima fra tutte, si è detto, il matrimonio). Scardinarlo (per legge o per decisione del giudice) in nome di un preteso diritto a vedersi riconosciuta una identità sessuale 'indeterminata', sembra essere, più che un 'avanzamento', una 'fuga in avanti' nell'elaborazione sui concetti di identità e di "diritto" (in senso soggettivo)".

51 Art 93, comma 4 a Legge Fondamentale

tere l'indicazione non tiene conto delle profonde esigenze delle persone intersessuali, che sentono di avere un'identità sessuale, solo non (sempre) riconducibile a "maschile" e "femminile".

La scelta del legislatore tedesco di informare il registro di stato civile alla classificazione sessuale binaria non è imposta dalla Costituzione: questa infatti, da un lato non prevede l'indicazione del sesso come dato necessario, dall'altro non esclude la possibilità di riconoscimento di un'ulteriore identità sessuale e non vi sono interessi superiori preponderanti che impediscano di provvedere in tal senso.

Muovendo da questa affermazione, la Corte riviene anche una violazione del divieto di non discriminazione basato sul sesso ex art. 3, comma 3 Legge Fondamentale. Scopo della disposizione è infatti proprio quello di evitare che persone appartenenti a gruppi "a rischio di discriminazione" possano trovarsi in posizioni di svantaggio e questo è invece quello che si realizza attraverso il combinato disposto delle disposizioni della legge sullo stato civile; le persone intersessuali non possono essere registrate secondo il loro sesso, e questo non è solo uno svantaggio, molto più, è un trattamento discriminatorio⁵².

Accertata quindi l'illegittimità costituzionale delle disposizioni citate, i giudici hanno concesso al legislatore tedesco tempo fino al 31 dicembre 2018 per elaborare una nuova disciplina; corti e amministrazioni sono tenute a disapplicare le norme in questione fino a quando il legislatore non avrà deciso tra le diverse soluzioni che gli si prospettano: eliminare del tutto le indicazioni relative al sesso dal registro di stato civile o trovare una definizione positiva adatta, oltre a "femminile" e "maschile", peraltro non necessariamente conformandosi a quanto richiesto dalla ricorrente nel procedimento *de quo*.

La prima soluzione, come segnalato anche in dottrina⁵³, non è scevra da problemi, tanto che il legislatore tedesco, con il progetto di legge dell'agosto di quest'anno⁵⁴, ha previsto di mantenere l'obbligatorietà della registrazione, permettendo tuttavia oltre alla già prevista omissione dell'indicazione o la scelta tra "femminile" e "maschile" di barrare anche una nuova casella, con la denominazione "diverso".

Cenni di diritto comparato

La Germania, che sarà quindi a breve uno dei primi ordinamenti ad abbandonare il tradizionale sistema binario di inquadramento del genere, non è però il primo Stato che si è dovuto confrontare con la questione della registrazione anagrafica improntata a tale dualismo. Proprio nella vicina Francia una fattispecie simile è stata sottoposta al vaglio della giurisprudenza⁵⁵: la *Cour d'Appel d'Orléans*, con sen-

- 52 Il Costituente, nel 1949, al momento della redazione dell'articolo 3, comma 3 prima frase della Legge Fondamentale, non aveva sicuramente tenuto conto dei soggetti intersessuali, tuttavia questo non impedisce che, alla luce delle nuove conoscenze, il principio si possa applicare anche a questi soggetti e che quindi sia loro estesa la tutela contro le discriminazioni, così anche B. Frie, *ivi*, p. 1141 ss.: sono gli stessi giudici, i quali, richiamando la loro decisione sulla *Sukzessivadoption* (sul punto sia permesso il rinvio a F. Brunetta d'Usseau, *Adozione del figlio adottivo: un nuovo tassello nell'equiparazione tra coppie etero e coppie dello stesso sesso in Germania*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* 2013, p. 375) ricordano che l'interpretazione della Legge Fondamentale non deve necessariamente essere un'interpretazione storica. Anche la Risoluzione 2191 (2017), *Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people* dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, al punto 7.4., pur suggerendo agli Stati Membri di inserire nella legislazione antidiscriminatoria "sex characteristics as a specific prohibited ground" prevede anche la possibilità "of dealing with discrimination against them (intersex people) under the prohibited ground of sex, or as an "other" (unspecified) ground". Negli Stati Uniti, la NYC Commission on Human Rights ha affermato nel 2015 che "discrimination against someone for being intersex" is gender discrimination prohibited by the New York City Human Rights Law.
- 53 S. Gösel *Anmerkung zu BVerfG*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, p. 3642 ss. dove si segnala, tra l'altro, che entrambe le opzioni prevedono un intervento che avrebbe potuto essere realizzato nel 2011 al momento della modifica legislativa del § 22 III PSterbereg, ma che, a ben guardare, già questa disposizione presuppone che esistano persone che non rientrano nelle categorie "femminile e maschile".
- 54 Cfr. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister ein-zutragenden Angaben, BMJ 15.8.2018. Si segnala che, al Punto III. Alternativen, sono esposte le ragioni per cui il legislatore tedesco ha scelto questa seconda opzione: non è possibile rinunciare completamente all'indicazione del genere nel registro anagrafico che è nel quotidiano riferimento per tutti i rapporti giuridici. Ad esempio, le norme di collisione sono diverse per matrimoni tra persone di sesso diverso o uguale, così come, ai fini della loro applicazione, risulta necessario poter determinare quale sesso appartengano i soggetti coinvolti. Problemi potrebbero sorgere anche a livello internazionale, basti pensare, agli Standards of the International Civil Aviation Organisation ICAO, secondo cui il passaporto deve contenere l'indicazione di genere.
- 55 G. Cardaci, *Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex*, in *Focus cit.*, p. 48: "nell'ordinamento francese è consentito, in forza di una circolare del *Ministère de la justice et des libertés*, per i genitori del neonato intersessuale, chiedere all'ufficiale di stato civile che nell'atto di nascita venga menzionato un «sesso indeterminato» o, finanche, in casi eccezionali, previo accordo con il Procuratore della Repubblica, chiedere che venga omessa completamente l'indicazione del sesso: in quest'ultimo caso, tuttavia, secondo la circolare, siffatta omissione è destinata a durare per un periodo massimo di due anni,

tenza resa a *Chambres Réunies* a marzo del 2016⁵⁶, ha negato la possibilità di registrazione come “sesso neutro o intersex” al ricorrente, che desiderava sostituire quella dizione all’indicazione “sesso maschile” effettuata alla nascita.

In prima battuta, il *Tribunal de Grande Instance* di Tours aveva accolto la richiesta, ordinando all’ufficiale di stato civile di procedere con la sostituzione della dizione “maschile” con quella di “sesso neutro”⁵⁷, ma la decisione era stata appunto ribaltata in grado di appello.

I giudici operano un’attenta analisi della situazione, soppesando i *pro* e i *contra*: da un lato, il principio di indisponibilità dello *status* anagrafico implica che il singolo debba tollerare delle imposizioni; per contro, è altresì vero che la particolare situazione del ricorrente e il rispetto della sua vita privata potrebbero giustificare un’eccezione, che permetterebbe al ricorrente, all’età di 63 anni, di ottenere una corrispondenza tra il suo stato civile e l’effettiva percezione soggettiva del proprio genere. Le necessarie modifiche ordinamentali, ed i conseguenti esborsi, non vengono dai giudici considerati ostativi alla modifica, perché controbilanciati, se non superati, dal diritto alla protezione della vita privata, come elaborato dalla giurisprudenza muovendo dall’art. 8 della CEDU.

Tuttavia, il problema, secondo i giudici è che le disposizioni “*législatives et réglementaires en vigueur*” prevedono di poter effettuare solo la registrazione come di sesso maschile o femminile; ammettere la pretesa del ricorrente significherebbe quindi riconoscere l’esistenza di un’altra categoria sessuale, andando al di là del potere di interpretazione della norma che compete al potere giudiziario e la cui eventuale creazione spetta invece unicamente al legislatore⁵⁸. Trapela quindi dalla sentenza il timore che, attraverso una semplice rettifica dello stato civile, si affermi l’esistenza di un’altra categoria sessuale, rispetto al sistema binario, il che travalica il potere di interpretazione della norma spettante al giudice ordinario e la cui creazione risiede unicamente nel potere del legislatore e nel suo libero apprezzamento.

Una menzione a parte merita la Repubblica di Malta, ordinamento nel quale non solo vi è stato il riconoscimento di un terzo sesso, ma questo si è attuato attraverso l’intervento legislativo: con la Legge sull’identità di genere, l’espressione di genere e le caratteristiche di genere approvata nel 2015⁵⁹, se da un lato si protegge il diritto all’integrità corporale e all’autonomia fisica delle persone intersessuali, specialmente minori, dall’altro si introduce il “genere x” nella registrazione anagrafica, ovvero la possibilità di attribuzione di un genere diverso da quello maschile e femminile.

Spostandosi oltreoceano, merita di essere segnalato l’intervento legislativo in California dove, dall’inizio del 2017⁶⁰ è permesso ai residenti cambiare il proprio atto di nascita al fine di ottenere una corrispondenza con la loro identità di genere, che, a seguito dell’entrata in vigore del *Gender Recognition*

superati i quali è indispensabile, all’esito di una procedura giudiziaria – esperibile, in caso di inerzia dei genitori, da parte dello stesso Procuratore della Repubblica – optare per il sesso maschile o per quello femminile; proprio per queste ragioni, dunque, la normativa in esame prescrive all’ufficiale di stato civile di suggerire ai genitori del neonato intersessuale l’imposizione di un prenome neutro, idoneo «*par un fille et par un garçon*».

56 Cour d’Appel d’Orléans, *Chambres Réunies*, sentenza del 22 marzo 2016, n. 142.

57 Riferita anche da G. Cardaci, *ivi*, a nota 27.

58 Cfr. analoga motivazione, ma con riferimento all’ordinamento italiano, A. D’Aloia, *ivi*, p. 3: “Non voglio negare che si possa porre anche in questo caso un problema identitario, che tuttavia sembra atteggiarsi in modo diverso rispetto a quanto si verifica nelle ipotesi ‘classiche’ di transessualismo e di cambiamento del sesso. Costringere un soggetto dentro un’identità opposta a quella che egli sente come propria, e impedirgli di realizzare un percorso di avvicinamento e di armonizzazione tra ‘corpo’ (ed eventualmente anche identificazione anagrafica), e ‘genere percepito’, non è a mio avviso la stessa cosa (sul piano della intensità della discriminazione e della limitazione al godimento dei suoi diritti) che chiedergli di accettare lo schema binario della classificazione di genere, e di rimanere in uno dei due poli della sessualità, anche quando nessuno di questi due riesca a rappresentare esaurientemente la complessa realtà fisico-psicologica e psichica di una persona”.

59 *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (GIGESC Act)* nel quale si legge che la ragione dell’intervento legislativo vada ricercata nel principio per cui “*public service has the duty to ensure that unlawful sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics discrimination and harassment are eliminated, whilst its services must promote equality of opportunity to all, irrespective of sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics*”. Cfr. il commento di R. De Felice, in *Articolo29*, www.articolo29.it: «La legge deve essere specificata da un regolamento, ma già può dirsi ch’essa comprenda la identificazione di un terzo “gender” come il “nessun gender” o genere X, già riconoscibile se acquisito mediante provvedimento straniero obbligatoriamente da riconoscere nel piccolo Stato; inoltre, è d’obbligo menzionare che nello stesso art. 10 si accenna al caso di assegnazione non già di un genere “zero” ma di un genere “altro” (come riconosciuto in molte culture non binarie)».

60 *SB-179 Gender identity: female, male, or nonbinary 2017*, la sec. 2 dispone infatti “...*It is the intent of the Legislature in enacting this legislation to provide three equally recognized gender options on state-issued identification documents—female, male, and nonbinary—and an efficient and fair process for people to amend their gender designation on state-issued identification documents so that state-issued identification documents legally recognize a person’s accurate gender identification*”. Analogamente aveva fatto anche lo Stato dell’Oregon nel 2017.

Act non deve più necessariamente essere maschile o femminile: è infatti prevista la possibilità di indicare un terzo genere. Il Colorado sta invece affrontando la questione attraverso la via giurisprudenziale: in *Zzyym v. Kerry*, sentenza del 2016, i giudici hanno affrontato la questione del rifiuto di una pubblica amministrazione al rilascio del passaporto a Dana Alix Zzyym, che, nel formulario di richiesta, non aveva barrato né il simbolo F né quello M, ma aveva invece aggiunto una X accanto alle caselle indicate. Il dipartimento deputato al rilascio del documento si era rifiutato di procedere con la pratica, considerando la domanda incompleta. I giudici della District Court del Colorado reputano sufficiente affrontare la questione sotto il profilo amministrativo, ovvero valutare la razionalità dell'iter procedurale: le ragioni addotte dall'amministrazione per giustificare il mancato rilascio del passaporto con la dizione indicata vengono considerate insufficienti, tautologiche e prive di ragionevolezza e di conseguenza si richiede al dipartimento di riconsiderare la questione⁶¹. Sebbene la ricorrente avesse invocato a sostegno della propria richiesta anche il V emendamento della Costituzione americana e quindi un giudizio di legittimità costituzionale della normativa, i giudici si limitano ad affermare, a conclusione della disamina: "The court will not address the constitutional issue unless and until it needs to"⁶².

In Australia la registrazione di un terzo genere è stata ottenuta attraverso la via giurisprudenziale: con la sentenza *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*⁶³, i giudici affermano che la legge può essere interpretata nel senso di permettere una registrazione come "non-specific", muovendosi, come è stato scritto, "sui binari della interpretazione, tra le parole della legge"⁶⁴.

A conclusione di questa breve panoramica comparata⁶⁵ merita un riferimento l'ordinamento indiano ed in generale l'area asiatica⁶⁶: la Corte suprema dell'India nel 2014⁶⁷, ha stabilito che l'ordinamento deve garantire a coloro i quali non si riconoscano nella classificazione sessuale binaria un riconoscimento legale come terzo genere, muovendo però proprio dalla necessità di protezione dalle discriminazioni, dalla necessità di tutela della dignità umana, riconoscendo che il "terzo sesso" sia da considerarsi uno dei principali aspetti del diritto all'autodeterminazione della persona, sottolineando peraltro anche l'"apertura dell'interpretazione della Costituzione al dato culturale" una delle condizioni, insieme all'analisi comparata "che sembrano preconstituire le condizioni più appropriate per un approccio privo di pregiudizi"⁶⁸.

Si segnala infine l'intervento della Corte Costituzionale austriaca del 15 giugno 2018: la legge anagrafica nazionale deve permettere, ai soggetti interessati, l'iscrizione nello stato civile come appartenenti a un "terzo sesso", distinto da quello maschile e femminile. Per la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata, la giurisprudenza austriaca raggiunge quindi sostanzialmente il risultato richiesto invece, qualche mese prima, dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco al legislatore nazionale.

61 Per la diversa risoluzione di una fattispecie analoga cfr. <https://www.passports.gov.au/passportsexplained/theapplicationprocess/eligibilityoverview/Pages/changeofsexdoborpob.aspx>: nelle istruzioni per la richiesta di rilascio del passaporto si legge "We can issue a passport to sex and gender diverse applicants, identifying them as M (male), F (female) or X (indeterminate/intersex/unspecified)".

62 Sull'opportunità o meno di affrontare la questione dal punto di vista dei diritti fondamentali e quindi del diritto costituzionale cfr. A. D'Aloia, *ivi*, p. 4: "I diritti sono la risorsa più potente e fragile al tempo stesso del linguaggio costituzionale, ciò che giustifica la sua prescrittività. Proprio per questo non conviene inflazarli... rivestendo tutto ciò che si agita a livello dei desideri umani e delle rivendicazioni soggettive della qualifica di 'diritti fondamentali'"

63 High Court, sentenza del 2 aprile 2014: per riferimenti e un commento alla sentenza, si veda M. Caielli, «Transgender» sì, omosessuale no: riflessioni sulle apparenti incoerenze nella recente giurisprudenza della Corte Suprema dell'Unione Indiana, Milano, 2015, p. 191.

64 A. D'Aloia, *ivi*, p. 2.

65 Per cui si rinvia anche ai riferimenti in S. Gössl, *Intersexuelle Menschen cit.*, p. 1122, nota 9 e 10.

66 Il riferimento è tratto da M. Caielli, *ivi*, p. 193: l'autrice ricorda come sia Nepal, sia Pakistan, sia Bangladesh, nel tentativo di limitare la marginalizzazione delle persone transgender e intersessuali, sono giunte a riconoscere il terzo genere per via giudiziaria (Corte Suprema del Nepal *Sunil Babu Pant & Ors. V. Nepal Government* 2007 e Corte Suprema Pakistaniana, *Dr. Mohammad Khaki & Anr. V. Senior Superintendent of Police (Operation) Rawalpi & Ors* 2011 citate nell'articolo menzionato).

67 Corte Suprema Indiana, 15 aprile 2014, *National Legal Services Authority v. Union of India and others*, citata da M. Caielli, *La tutela dell'orientamento sessuale in India tra giudici e legislatore: un anomalo self-restraint della Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, in www.dpce.it/dpce-online/ 15 aprile 2014. Cfr. anche A. Schillaci, *Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte Suprema dell'India*, in questa *Rivista*, 2014, 2, 175.

68 A. Schillaci, *ivi*, p. 176.

5. Il terzo genere anagrafico: la soluzione a tutti i problemi?

Se è vero che la tutela delle persone intersessuali, che si declina sicuramente almeno come diritto all'integrità⁶⁹ e all'identità⁷⁰, può essere letta alla luce del più ampio valore dell'autonomia, che caratterizza il diritto ed in particolare il diritto di famiglia moderno⁷¹, è anche vero che l'identificazione anagrafica è uno degli aspetti che permettono il pieno sviluppo e godimento del diritto all'autodeterminazione, del diritto al rispetto della dignità e personalità di tutti coloro che per qualche ragione non si riconoscono nella rigida classificazione sessuale binaria⁷². In senso più ampio la domanda che si pone oggi al diritto, e che è stata solo in parte affrontata dalla giurisprudenza e dal legislatore, è quella se e quanto il diritto possa imporre una attribuzione di genere o al contrario sia chiamato a collaborare alla possibilità che il singolo dia di sé una immagine corrispondente al proprio sentire⁷³.

In particolare poi, se l'abbandono dell'eteronormatività pare "un passo fondamentale per la visibilità delle persone intersex e il rispetto dei loro diritti", è legittimo anche il "timore che la possibilità di autodeterminarsi possa trasformarsi nell'obbligo di essere schedati come "i diversi", aumentando lo stigma invece di cancellarlo"⁷⁴; il punto infatti probabilmente è che "la garanzia dei loro diritti, la salvaguardia e la protezione dell'autodeterminazione delle persone intersex dovrebbero essere obiettivo primario di tutto l'impianto legislativo"⁷⁵ nazionale e sovranazionale.

La tensione tra autonomia e autorità in relazione alla condizione intersessuale non solo dimostra una certa ambivalenza rispetto a soluzioni che, apparentemente liberali, potrebbero rivelarsi nuovi insidiosi strumenti di ghettizzazione dei "diversi", ma anche il riemergere del ruolo della medicina quale dispositivo di repressione delle minoranze sessuali. In questi termini, così come il riconoscimento giuridico dei diritti LGBT ha coinciso con un divorzio tra psichiatria e diritto, in relazione alla rilevanza normativa del giudizio medico-diagnostico che qualificava l'omosessualità come una patologia mentale⁷⁶, anche la tutela dei diritti delle persone intersessuali, al di là delle singole soluzioni, dovrà fondarsi su un modello culturale e giuridico che non ritenga gli intersessuali dei pazienti da curare. Questo potrà avvenire solo a condizione che gli ordinamenti giuridici trovino dei temperamenti, come auspicato anche dalle istituzioni internazionali, rispetto a quella "pretesa oggettivante" sull'identità di genere espressa ed esercitata attraverso il modello binario fondato sull'equivalenza tra genere giuridico e dato "medico-anatomico". In assenza di interventi di riforma, in definitiva, l'identità di genere continuerà ad essere ridotta ad un dato scientifico e questo con una conseguente trasformazione dei diritti delle persone intersessuali da diritti fondamentali del singolo a diritti riflessi sul singolo, in funzione della categoria collettiva "uomo-donna".

69 Su cui rinvio a *Focus* cit.

70 A. Röthel, *ivi*, p. 117.

71 J. Gernhuber/ D. Coester Waltjen, *Familienrecht*, 6.Aufl., 2010, § 1 Rn. 19.

72 A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit.: "adeguando al proprio modo di sentirsi, alla propria identità percepita, i caratteri fisici, esteriori, o anche solo il nome,; ovvero poter vivere liberamente il proprio orientamento sessuale, senza il rischio di incorrere in una sanzione penale o anche solo in una riprovazione morale, e anzi con un riconoscimento giuridico di questa dimensione affettiva, hanno effettivamente rimosso un ostacolo, per molti individui pesante ed insostenibile, al pieno e libero sviluppo della personalità".

73 A. Röthel, *ivi*, p. 120.

74 A. Comeni, *ivi*, p. 15: "non è poi vero che tutte le persone intersex, avendone possibilità, sceglierebbero la terza casella, anzi: il già citato studio australiano esplorando anche questo aspetto, riportava che la stragrande maggioranza delle persone intersex si identifica in uno dei due generi tradizionali"

75 A. Comeni, *ivi*, p. 15.

76 Sul punto v. D. Ferrari, *Status giuridico ed orientamento sessuale*, cit., p. 22 ss.