

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI



Rivista Quadrimestrale
SPECIAL ISSUE IV (2023)

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Special Issue IV (2023)

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma “Tor Vergata”
Alessandra Di Martino – Università degli studi di Roma “La Sapienza”
Cristina Fasone – LUISS Guido Carli
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa
Anna Mastromarino – Università di Torino
Oreste Pollicino – Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano
Giorgio Repetto – Università di Perugia
Francesco Saitto – Università degli studi di Roma “La Sapienza”
Raffaele Torino – Università Roma Tre

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. ChietiPescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant’Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bocconi), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss “Guido Carli”), Pasquale De Sena (Univ. Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss “Guido Carli”), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Miguel Poiars Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, Corte di Giustizia UE), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University, Luiss “Guido Carli”), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Tilburg University) (Coordinatore), Nicola Cezzi (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”), Giovanni De Gregorio (Católica Global School of Law), Giacomo Delledonne (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Silvia Filippi (Università di Perugia), Alessandro Francescangeli (Università di Roma “Tor Vergata”), Alessia Fusco (Università di Torino), Giampiero Gioia (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”), Umberto Lattanzi (Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano)

TABLE OF CONTENTS

Access to Justice: a Gender Perspective

Edited by

Valentina Bonini and Elettra Stradella

VALENTINA BONINI AND ELETTRA STRADELLA, *Editorial*

[pp. 1-15]

1. Focus: Access to Justice. Current Debates and Developments

STEFANO OSELLA, *Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata*

[pp. 16-58]

GIOVANNA SPANÒ, *Access to justice between transformation, conservation, and regression: some patterns (and insights)*

[pp. 59-82]

2. Focus: Access to Justice, Gender and Multiculturalism

CHIARA CORRENDO, *Adivasi women's rights to land: cultural patterns and new emancipatory discourses*

[pp. 83-110]

PAOLA PAROLARI, *Interlegality, Agency and Empowerment. A Different Take on the Feminism v. Multiculturalism Conundrum*

[pp. 111-124]

MARIA CHIARA LOCCHI, *Are European democracies good for Muslim women? The challenging question of Muslim women's political participation and representation in European constitutional states*

[pp. 125-147]

PAOLA PANNIA, *Una dottrina religiosa più rispettosa dell'eguaglianza di genere: un affare di stato oppure no? Riflessioni dall'analisi casistica e comparata*

[pp. 148-171]

3. Focus: Access to Justice, Gender-based Violence and Institutional Violence (and the scenario of restorative justice)

NATALIA MARGARITA RUEDA VALLEJO, *Institutional Violence against Women Victims of Domestic Violence and Access to Justice in the Inter-American Human Rights System*

[pp. 172-185]

ROBERTA ROSSI, *Access to Justice and Right to Victim's protection in the Case-law of the European Court of Human Rights About Domestic Violence*

[pp. 186-195]

ALEKSANDRA IVANKOVIĆ, *Supporting victims of gender-based violence: a way to justice for victims*

[pp. 196-207]

TIM CHAPMAN, *Restorative Justice: offering access to justice for victims of gender-based violence*

[pp. 208-227]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.diritticomparati.it/rivista

Editore: Andrea Buratti, Alessandra Di Martino, Cristina Fasone, Giuseppe Martinico, Anna Mastromarino, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Francesco Saitto, Raffaele Torino

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma

ISSN: 2532-6619

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata*

Stefano Osella

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Categorie binarie e identità multiple. Alcune nozioni introduttive. – 3. Il caso colombiano. – 4. La prospettiva italiana. – 5. In conclusione: Un racconto di due (o più) Corti.

1. *Introduzione*

Il 4 febbraio 2022, la Corte costituzionale colombiana ha sancito l'esistenza di un diritto alla rettificazione degli atti anagrafici in un «terzo sesso». Con la medesima decisione, la Corte ha anche dichiarato l'illegittimità del limite temporale di dieci anni tra la prima e le successive rettificazioni anagrafiche, fino a quel punto richiesto dalla legge¹. Qualche anno prima, nel 2015, la Corte aveva garantito la possibilità di rettificare i propri atti anagrafici tramite una semplice procedura dichiarativa, censurando espressamente ogni precondizione – medica, psicologica o comportamentale – per il godimento di tale diritto².

Anche la giurisprudenza costituzionale italiana si è pronunciata a più riprese sulla legittimità della legislazione nazionale in materia³, nonché sui requisiti per ottenere la rettificazione anagrafica, sostanzialmente andando a disciplinare i contorni di un diritto

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ Il paper è stato scritto all'interno del progetto ALFA «Aligning with Law Family Arrangements: Non-traditional Families' Contribution to Addressing Italy's Demographic Crisis», finanziato dalla fondazione Cariplo, che l'autore ringrazia. Si esprime inoltre gratitudine alle prof.sse Marta Cartabia, Federica Coppola, Graziella Romeo, Diletta Tega e a due anonimi *peer-reviewer* per i generosi commenti. Ovviamente, ogni errore è responsabilità esclusiva dell'autore.

² Corte Constitucional, *Sala Sexta de Revisión*, 4 febrero 2022, *sentencia* T-033/22, <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-033-22.htm>.

³ Corte Constitucional, *Sala Primera de Revisión*, 13 febrero 2015, *sentencia* T-063/15, <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-063-15.htm>.

⁴ Legge 14 aprile 1982, n. 164.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

al riconoscimento dell'identità di genere⁴. Gli esiti, tuttavia, appaiono molto differenti rispetto a quelli che hanno caratterizzato l'evoluzione colombiana. Il 21 ottobre 2015⁵, richiamando una sentenza della Corte di cassazione di qualche mese precedente⁶, la Corte costituzionale ha escluso la necessità di un trattamento chirurgico sugli organi sessuali primari al fine di ottenere la rettificazione anagrafica. Al contempo, il Collegio ha ritenuto imprescindibile una trasformazione permanente degli «aspetti psicologici, comportamentali e fisici» del richiedente il riconoscimento, che deve essere valutata dal giudice con il supporto dei sanitari⁷. La Corte ha perciò escluso radicalmente un diritto all'autodeterminazione di genere. Due anni dopo, nel giugno 2017⁸, il giudice costituzionale ha confermato queste conclusioni ed espresso un «netto rifiuto [...] del superamento del dualismo di genere»⁹.

Dal punto di vista degli esiti, Italia e Colombia offrono due discipline totalmente diverse della medesima vicenda. Mentre il soggetto sessuato colombiano sembrerebbe disincarnato, quello italiano appare incarnato – *unencumbered* piuttosto che *encumbered*¹⁰. Eppure, i due paesi mostrano somiglianze quanto alla generale sensibilità in tema di diritti e una certa attenzione per il pluralismo e protezione delle minoranze. È dunque rilevante per chi si occupa di diritto comparato, nonché di diritto costituzionale, indagare le condizioni e le ragioni di questa divergenza da cui si può apprendere molto sull'evoluzione della tutela delle persone trans. La questione può essere esplorata da almeno due punti di osservazione complementari: quali possono essere alcune delle ragioni per cui la Corte costituzionale colombiana difende un approccio incentrato sull'autodeterminazione, mentre quella italiana richiede trasformazioni fisiche, psicologiche e comportamentali? E quali elementi possono influenzare la graduale apertura o la resistenza alle istanze delle persone trans e non binarie¹¹?

Per rispondere a questa duplice domanda di ricerca, questo articolo intende ricostruire e confrontare i principali passaggi dell'evoluzione giurisprudenziale del

⁴ Si richiama qui lo scritto di M. Dogliotti, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1987, p. 236. Il termine «identità sessuale» è aggiornato all'uso corrente quale «identità di genere». Nel prosieguo, si farà riferimento alla giurisprudenza sul diritto all'identità di genere.

⁵ Cost., 21 ottobre 2015, n. 221. Tutte le sentenze della Corte Costituzionale sono liberamente disponibili sul sito istituzionale <https://www.cortecostituzionale.it/>.

⁶ Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138, disponibile in *dejure.it*, nonché, *open access*, in <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/08/Cass-civ-15-n.-15138-Rettifica-del-sesso-senza-intervento-chirurgico.pdf>.

⁷ Cost., 221/2015, § 4 *in diritto*.

⁸ Cost., 20 giugno 2017, n. 180; Cost., 21 giugno 2017, n. 181.

⁹ A. Lorenzetti, *Il cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale: due nuove pronunce (nn. 180 e 185 del 2017)*, in *Studium iuris*, 2018, p. 452.

¹⁰ M. Cartabia, *Le avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Iustitia*, 2011, p. 294.

¹¹ Come chiarito *infra* nel testo, per persona trans si intende chiunque abbia un'identità di genere – vale a dire il profondo e individuale sentito dell'esperienza di genere – diversa da quella assegnata alla nascita. L'identità non binaria è, genericamente, l'identificazione in un terzo genere, non riducibile a quello maschile o femminile.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

diritto all'identità di genere nelle due giurisdizioni. Il tema è pressante. Andando ad incidere sulla categorizzazione in base al sesso, l'espansione dei diritti delle persone trans sembra infatti avere un effetto profondamente trasformativo sul costituzionalismo di genere¹². Inoltre, com'è noto, la protezione dell'identità trans è sovente causa di controversie acrimoniose nel dibattito pubblico, ed è anche per questa ragione che si rinnova la necessità di un'analisi approfondita della materia.

Come si cercherà di illustrare, da questa indagine comparata emerge che l'evoluzione del diritto in discussione è influenzata da una triade di fattori culturali, dogmatici e strutturali. Partendo dal caso colombiano, osserviamo che, da punto di vista *culturale*, a partire dagli anni '90 del secolo scorso la Corte costituzionale ha gradualmente esteso la protezione dei diritti delle persone intersex e trans. Occorre specificare che le esperienze di questi due gruppi di persone non sono sovrapponibili. Le loro rivendicazioni sono sovente diverse¹³. È però altrettanto vero che la giurisprudenza colombiana, analizzando le richieste sia delle persone intersex che trans, si è di fatto trovata a porre in questione concetti come la necessità della registrazione del sesso alla nascita, il binarismo sessuale, e la rettifica degli atti anagrafici. Cogliendo l'occasione, la Corte si è dimostrata recettiva alle teorie *queer* e ha abbracciato una visione plurale e complessa della diversità sessuale. Quest'impostazione teorica ha avuto il suo pendant *dogmatico* nella centralità dei diritti di autonomia, come il diritto al libero sviluppo della personalità. *Strutturalmente*, poi, la Corte ha protetto l'eguaglianza delle persone LGBTQI+, ad esempio riconoscendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso. La forza del binarismo sessuale è perciò diminuita, lasciando maggiore libertà di elezione al singolo.

¹² Si veda a tale proposito, R. Rubio-Marín, *Global gender constitutionalism and women's citizenship. A struggle for transformative inclusion*, Cambridge, 2022, nonché sia consentito un riferimento a S. Osella-R. Rubio-Marín, *Gender recognition at the crossroads: Four models and the compass of comparative law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2023, p. 574 ss..

¹³ Come chiarisce l'ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani, essere intersex è un dato fisico, e non identitario. Le persone intersex «nascono con caratteristiche sessuali (tra cui genitali, gonadi e modelli cromosomici) che non corrispondono alle tipiche nozioni binarie di corpo maschile o femminile. Intersex è un termine generico usato per descrivere un'ampia gamma di variazioni corporee. In alcuni casi, i tratti intersessuali sono visibili alla nascita, mentre in altri non sono evidenti fino alla pubertà. Alcune variazioni cromosomiche intersex possono non essere evidenti dal punto di vista fisico» (United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights. Free & Equal Campaign Fact Sheet: Intersex; La traduzione, come tutte le traduzioni nell'articolo, sono ad opera dell'autore). Le persone intersex non sono necessariamente non binarie, e possono, come il resto delle persone non intersex, avere un'identità binaria. La principale domanda che unisce i movimenti intersex è la cessazione immediata dei trattamenti non volontari amministrati per ragioni socioculturali e non per salute fisica. Solo alcuni movimenti intersex, e non tutti, insistono per il riconoscimento del genere non binario. Facendo delle domande intersex una questione identitaria, si è quindi argomentato, si rischierebbe di imporre a queste persone obiettivi per loro primari. L'appropriazione politica sarebbe del tutto evidente. Si veda: M. Carpenter, *The human rights of intersex people: addressing harmful practices and rhetoric of change*, in *Reproductive Health Matters*, 2016, p. 79. Sia consentito un riferimento a: S. Osella, *When comparative law walks the path of anthropology: The third gender in Europe*, in *German Law Journal*, 2022, p. 935 ss.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

Se guardiamo alla medesima triade nel contesto nazionale, non si può non eccepire che l'evoluzione giurisprudenziale italiana è molto differente. *Culturalmente*, nonostante sviluppi giurisprudenziali, l'identità trans è stata definita in termini medicalizzati e patologizzati. Il corpo sessuato è inoltre concepito come binario. Ogni fisicità intersessuale è relegata alla patologia, mentre il corpo sano è definito esclusivamente nei limiti del maschile e femminile. Come si vedrà, questa narrativa è stata utilizzata per rafforzare il binarismo sessuale anche con riferimento alle identità riconosciute nel diritto. *Dogmaticamente*, il ruolo del diritto alla salute è stato prioritario. Infine, *strutturalmente*, la matrice eterosessuale del matrimonio e, più in generale, della famiglia ha avuto un ruolo determinante nel motivare controlli sul sesso inteso come categoria anagrafica. Questa comparazione suggerisce quindi che l'assegnazione dell'individuo a un sesso anagrafico piuttosto che a un altro non dipende tanto da valutazioni di ordine naturalistico – cui si contrappone un approccio «volontaristico» – ma piuttosto da una serie di contingenze e valutazioni essenzialmente politiche e culturali.

Prima di procedere, occorrono ancora alcune specificazioni metodologiche. La funzione della comparazione offerta dall'articolo e, dunque, la prospettiva di analisi prescelta, è essenzialmente conoscitiva¹⁴. Il presente contributo vuole cioè isolare le variabili che possono contribuire a spiegare l'evoluzione del diritto all'identità di genere in un senso più o meno favorevole alle istanze delle persone trans. Non si intende tuttavia suggerire che i fattori identificati siano gli *unici* rilevanti, quanto piuttosto sottolinearne il ruolo nelle vicende che riguardano i diritti in questione in entrambi gli ordinamenti¹⁵. Un ulteriore ventaglio di ragioni potrebbe essere ipotizzato, quali – senza pretesa di esaustività – il ruolo della corte all'interno dell'architettura costituzionale, la presenza di azioni di costituzionalità diretta (come l'azione di *tutela*, anche nota come *amparo*) e, da un punto di vista sociogiuridico, il ruolo dei movimenti sociali e altri attori politici. Continuando con i *caveat*, nemmeno si vuole suggerire che uno dei due casi sia un modello da seguire o «trapiantare» nell'altro ordinamento.

Italia e Colombia appaiono pertanto due casi comparabili per questo scopo conoscitivo. Pur scontando qualche grado di approssimazione, si può infatti affermare che esistano elementi che garantiscono la tenuta dello sforzo comparativo. In particolare, entrambi gli ordinamenti hanno al loro centro costituzioni in cui la protezione della persona è valore d'ispirazione. Cionondimeno, nessuno dei due testi

¹⁴ Sul ruolo della comparazione come strumento conoscitivo, si veda per tutti G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, VI ed., Padova, 2004, p. 4 ss.

¹⁵ Ulteriori ambiti di analisi potrebbero essere il ruolo dei movimenti sociali nell'avanzare le istanze trans, o i poteri attribuiti alle due corti costituzionali. La corte colombiana, com'è noto, è caratterizzata da poteri considerevoli – incluso l'esame delle azioni di *tutela*, direttamente poste dai cittadini alla corte in caso di violazione dei loro diritti fondamentali (Articolo 86 *Constitucion Política* – d'ora in poi, CP). Cfr: D. Landau, *Constitutional court of Colombia*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* (June 2016). Per un'analisi più approfondita: J. Boesten, *Constitutional origin and norm creation in Colombia*, London, 2022.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

costituzionali protegge esplicitamente il diritto all'identità di genere – protezione che, seppur saltuariamente, si è iniziata a registrare in recenti esperienze¹⁶. Nonostante condizioni di partenza sostanzialmente simili, i due sistemi tuttavia approssiano i diritti delle persone trans in maniera opposta. Il raffronto intende proprio fare emergere alcune delle ragioni che conducono a tale diversità di esiti. Quello che si intende utilizzare è cioè un approccio c.d. di «small-N», che compara in profondità un numero ridotto di casi. Si intende selezionare due giurisdizioni con delle similarità di fondo (come quelle descritte) ma che si differenziano per alcune variabili (gli elementi dogmatici, strutturali, e culturali identificati). Queste differenze, dunque, paiono spiegare, perlomeno in parte, gli elementi di diversità tra i due ordinamenti in relazione alla disciplina specifica¹⁷. Ulteriori ragioni che suggeriscono un focus su queste giurisdizioni sono poi la presenza, in entrambe, di una ricca giurisprudenza costituzionale su questioni di genere. La volontà di includere una giurisdizione del Sud Globale, e di andare così oltre ai «soliti noti» del diritto comparato, appare infine confortare questa scelta.

Passando al quadro epistemologico e valoriale in cui si situa l'analisi, è importante chiarire la «chiave di lettura» delle evoluzioni che seguiranno. Questo contributo esamina la materia «dal basso». Si intende porre «al centro [...] una visione concreta della persona e del personalismo, dando primario rilievo ai fatti in cui la prima è coinvolta»¹⁸. Questo approccio, seguito sia nel diritto costituzionale che negli studi socio-giuridici¹⁹, dà risalto alla esperienza soggettiva di chi si trova a dover interagire con i diritti fondamentali – nel caso specifico, le persone trans e non binarie. Nonostante la critica dogmatica non venga abbandonata, il presente contributo non si limita ad essa, ma offre dunque una discussione basata anche sulle istanze degli attivisti e su alcuni risultati delle scienze sociali²⁰. Non solo quest'approccio riflette al meglio i principi personalisti e pluralisti che animano la costituzione italiana²¹, ma riporta «l'umano» al centro di quelli che sono «diritti umani». Un'ulteriore specificazione è qui opportuna: l'articolo non avanza un argomento «di giustizia». Al di là delle opinioni personali di chi scrive, non si sostiene in questa sede che una delle due evoluzioni sia preferibile all'altra. Nonostante l'analisi «dal basso», approcciata da una prospettiva

¹⁶ Cfr., l'articolo 42 della costituzione cubana del 2019, che proibisce la discriminazione basata sull'identità di genere. Si veda anche l'articolo 25, co. 4, della bozza di costituzione cilena, rigettata nel 2022 tramite referendum popolare, entrambe disponibili su <https://www.constituteproject.org>.

¹⁷ L'approccio è chiaramente ispirato al lavoro di R. Hirschl, *Comparative matters. The renaissance of comparative constitutional law*, London-New York, 2014, p. 246.

¹⁸ P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione*, Milano, 2007, p. 7 ss.

¹⁹ E. Desmet, *Analysing users' trajectories in human rights: A conceptual exploration and research agenda*, in *Human rights and international legal discourse*, 2014, p. 121 ss.

²⁰ Per un'analisi di come gli studi antropologici possano essere utilizzati nello studio del costituzionalismo di genere, sia consentito un riferimento a Osella, *When comparative law walks the path of anthropology*, cit.

²¹ P. Veronesi, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in *Genius*, 2021, p. 13.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

trans, possa probabilmente portare ad accogliere con maggior favore la giurisprudenza colombiana, discorso ben diverso è darne un giudizio circa l'opportunità generale. Una tesi di questo genere richiederebbe infatti un'indagine più approfondita, in cui seria considerazione è data non solo alle istanze delle persone trans e non binarie, ma anche ai detentori di interessi contrapposti e alle modalità di bilanciamento di principi in tensione tra loro.

L'articolo procede dunque come segue. Nel prossimo paragrafo si illustreranno alcuni concetti teorici utili per comprendere l'argomento sviluppato dall'articolo. In dettaglio, saranno illustrati il ruolo del sesso all'interno del sistema giuridico, alcune nozioni di teoria e antropologia queer e le rivendicazioni delle persone trans e non binarie. Nel terzo paragrafo verrà presentata l'evoluzione della disciplina colombiana con riferimento alle persone intersex e trans, a partire dagli anni '90 fino alle più recenti trasformazioni. Il paragrafo 4 si concentrerà sul sistema italiano. Quello successivo offrirà alcune considerazioni conclusive.

2. Categorie binarie e identità multiple. Alcune nozioni introduttive

La creazione di categorie di persone dotate di status giuridici differenziati è pratica ricorrente nell'organizzazione pubblica²². Particolarmente diffuse e risalenti sono le categorie sessuali binarie, attestate almeno a partire dall'introduzione del moderno stato civile a seguito della Rivoluzione francese²³. Tale categorizzazione risultava necessaria specialmente in una società patriarcale basata sulla dottrina della «separazione delle sfere»²⁴. In un contesto di discriminazione strutturale, il sistema giuridico doveva assicurare che le donne rimanessero in una «sfera privata», associata alla cura e alla riproduzione. Agli uomini invece era riservata la «sfera pubblica» della politica e del lavoro retribuito. Questa bipartizione aveva – e tutt'ora ha – il suo *côté* nel costituzionalismo occidentale²⁵. In questo senso, il sesso anagrafico non sarebbe tanto la rappresentazione di una realtà pre-giuridica. Avrebbe piuttosto un valore funzionale. Il rifiuto pressoché costante di creare un'eccezione al binarismo, per esempio per registrare le persone intersex, la cui anatomia (e non identità) non è chiaramente assegnabile agli standard maschile o femminile, potrebbe rafforzare questa lettura. È stato infatti sottolineato che, nonostante in tempi prossimi alla promulgazione del Codice civile francese del 1814 si fosse già discussa l'introduzione del terzo sesso nello

²² P. Starr, *Social categories and claims in the liberal state*, in *Social research*, 1992, p. 263 ss.

²³ A.E. Linton, *Hermaphrodite outlaws: ambiguous sex and the civil Code in nineteenth-century France*, in *Representations*, 2017, p. 87; Gabrielle Houbre, *Un «sexe indéterminé»? L'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIX siècle*, in *Revue d'histoire du XIXe siècle*, 2014, p. 63.

²⁴ C. Pateman, *The sexual contract*, Stanford, 1988; L. Hérault, «Le sexe de l'enfant est légitime». À propos de la mention de sexe à l'état civil et de sa modification, in J. Courduès – C. Dourens – L. Hérault (dir.), *État civil et transidentité. Anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, 2021, Aix-en-Provence, p. 30.

²⁵ R. Rubio-Marín, *Global gender*, cit.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

stato civile, quest'ultimo è stato generalmente negato per preservare l'organizzazione sociale e giuridica costruita intorno al binarismo²⁶.

Il principio di eguaglianza non pare aver ridimensionato l'importanza del sesso anagrafico. Al contrario, la sua dimensione sostanziale (per esempio, tramite le azioni positive) ha ulteriormente rafforzato l'utilità di questa categoria, che rimane inoltre rilevante in una pluralità di ambiti. Si pensi, ad esempio, alla preservazione di un diritto di famiglia esclusivamente – o, quantomeno, primariamente – eterosessuale. Quando il matrimonio resta limitato alle coppie di sesso diverso, il sesso anagrafico (per determinare chi ha titolo di sposare o di unirsi civilmente con chi) rimane l'elemento qualificante per accedere all'istituto matrimoniale. La preservazione dell'eterosessualità del matrimonio – e del diritto di famiglia più in generale – appare poi nella prassi un fattore, per così dire, pesante nell'influenzare i requisiti per l'accesso alla rettifica degli atti anagrafici. Come si dimostrerà sia per il caso colombiano che per quello italiano, infatti, le corti hanno connesso la limitazione del diritto all'identità di genere con la necessità di evitare alterazioni alle forme famigliari riconosciute nel diritto nazionale.²⁷ Questo, bisogna evidenziare, non è particolarmente sorprendente da un punto di vista teorico. È stato infatti ampiamente sostenuto, specialmente all'interno delle teorie femministe e queer, che la preservazione di identità binaria immediatamente intellegibile, mutualmente esclusive, e stabili è motivata dalla necessità di mantenere un sistema di eteronormatività istituzionale²⁸. Il mantenimento di una diversa età di pensionamento o l'amministrazione di strutture pubbliche separate (quali gli istituti di detenzione) sono poi ulteriori esempi della rilevanza di tale classificazione²⁹.

²⁶ Si veda in questo senso, e con riferimento all'ordinamento francese, Hauriol, *op. cit.* Cfr. anche G. Mak, *Doubtful sex in civil law: Nineteenth and early twentieth century proposals for ruling hermaphroditism*, in *Cardozo Journal of Law and Gender*, 2005, p. 197. Considerazioni simili possono essere fatte anche a proposito dell'ordinamento italiano, come chiarito *infra* nel testo.

²⁷ Sia consentito, per un'analisi del dettaglio, un riferimento a S. Osella, *Reinforcing the binary and disciplining the subject: The constitutional right to gender recognition in the Italian case-law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2022, p. 454 ss.

²⁸ J. Halley, *Split decisions. How and why to take a break from feminism*, Princeton and Oxford, 2006, p. 136; J. Butler, *Gender trouble*, II ed., New York and London, 1999, p. 22-23. Per un'analisi femminista invece che queer, si rinvia, per esempio, a A. Rich, *Compulsory heterosexuality and lesbian existence*, in *Signs*, 1980, p. 631 ss.

²⁹ Recentemente, il Governo belga, in un giudizio sulla costituzionalità della cd. «legge trans» (*Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets*) ha dichiarato che esistono in Belgio, solamente a livello federale, 194 leggi che differenziano in base al sesso. Il giudizio concerneva la costituzionalità della «legge trans» ove non concedeva la possibilità di un terzo sesso nello stato civile e imponeva limitazioni alle rettificazioni successive alla prima. Cfr. P. Cannoot, *The limits to gender self-determination in a stereotyped legal system. Lesson from the Belgian Gender Recognition Act*, in E. Brems – P. Cannoot – T. Moonen (eds.), *Protecting trans rights in the age of gender self-determination*, Cambridge, 2020, p. 11 ss., e sia consentito un riferimento a S. Osella – R. Rubio-Marín, *Gender recognition at the crossroads*, cit.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

Nonostante le evoluzioni sociali e giuridiche, tutt'oggi le categorie sessuali nello stato civile sembrano cioè mantenere il loro ruolo di «tecnica di governo»³⁰.

Presupposto dell'efficacia di tale tecnica è la stabilità dello status individuale, che assume quindi un valore pubblicistico³¹. In quest'ottica, il cambio d'identità – e dell'insieme delle posizioni giuridiche ad essa correlate nei confronti dei singoli e dell'autorità pubblica³² – può rappresentare un elemento di incertezza. L'imposizione di doveri e obblighi differenziati in base al sesso anagrafico, potrebbero alcuni sostenere, diverrebbe di difficile attuazione laddove il sesso anagrafico può essere mutato senza restrizioni. Associare al sesso anagrafico elementi facilmente tangibili, come ad esempio alcuni caratteri fisici, può quindi funzionare come stabilizzatore³³.

Quest'esigenza di stabilità entra tuttavia in collisione con la complessità della vicenda umana e con la diversità di genere. Nel 1993, la biologa femminista Anne Fausto-Sterling ha sostenuto che le categorie sessuali dovrebbero essere almeno cinque³⁴. Qualche anno dopo ha aggiunto che nemmeno questo numero può adeguatamente catturare la complessità del sesso³⁵. Sin dagli albori del XX secolo, studi etnografici hanno poi attestato la molteplicità dei generi. Tale letteratura ha sottolineato come la concezione binaria e permanente dell'identità di genere sia solamente *una* delle varie forme culturali tramite cui quest'ultima si manifesta. L'antropologa Serena Nanda, per esempio, ha dimostrato come varie forme di terzo sesso siano presenti in molte culture³⁶.

La prevalenza del binarismo, al contrario, è stata criticata come residuo della dominazione culturale e politica europea³⁷. In effetti, non sono mancati esempi di repressione della diversità di genere da parte di poteri coloniali, che hanno tentato di eradicare identità non binarie viste come immorali o corruttive del tessuto sociale³⁸. Come sostenuto dall'antropologa Ara Wilson, tuttavia, il principale risultato dell'antropologia femminista e queer non è solo la documentazione di generi differenti.

³⁰ P. Currah, *Sex is as sex does. Governing transgender identity*, New York, 2022.

³¹ Per un'analisi sul ruolo pubblicistico dello status, e alle teorie di Jellinek, si veda R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford, 2002, p. 163. Per uno sguardo nazionale, cfr. A. Corasaniti, *Stato delle persone*, in *Enciclopedia del diritto Giuffrè*, Milano, 1990, p. 963.

³² R. Alexy, *op. cit.*, p. 163-164.

³³ Con specifico riferimento all'identità di genere, si veda J. Clarke, *Identity and form*, in *California Law Review*, 2015, p. 747, in particolare p. 756.

³⁴ A. Fausto-Sterling, *The five sexes. Why male and female are not enough*, in *The Sciences*, 1993, p. 20.

³⁵ *Ibid.*, p. 18.

³⁶ S. Nanda, *Neither man nor woman. The hijras of India*, II. ed., London, 1999, p. 128.

³⁷ M. Lugones, *Heterosexualism and the colonial/modern gender system*, in *Hypatia*, 2007, p. 186 ss.; M. Lugones, *Toward a decolonial feminism*, in *Hypatia*, 2010, p. 742 ss.

³⁸ Il riferimento è al *Criminal Tribes Act 1872*, con cui le autorità britanniche repressero la diversità sessuale nell'India coloniale. Cfr. S. Khan, *Khawaja sara, hijra, and the struggle for rights in Pakistan*, in *Modern asian studies*, 2017, p. 1283 ss; G. Reddy, *With respect to sex. Negotiating hijra identity in South India*, Chicago/London, 2005, p. 26.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

Infatti, queste discipline dimostrano anche come le identità varino a seconda di circostanze concrete, come religione, nazionalità, classe e razza³⁹.

Tra le forme di diversità di genere rientrano ovviamente le persone trans. Il termine trans è normalmente inteso come un «ombrello» sotto cui sono riunite tutte le persone per le quali la profonda percezione del sé si discosta dal genere assegnato alla nascita. Tra le identità trans, probabilmente più nota nel discorso giuridico è la transessualità, associata al desiderio di trasformazione del corpo, vissuto come un limite allo sviluppo individuale⁴⁰. Tuttavia, questa narrativa incentrata sull'essere «intrappolati in un corpo sbagliato», per quanto adeguata a catturare alcune realtà, non rappresenta l'intero panorama trans. Sotto questo «ombrello» si collocano infatti persone che non hanno un'identità permanente, né desiderio o bisogno di sottoporsi a terapie mediche per trasformare i propri caratteri sessuali⁴¹. Alcune, poi, si identificano nel binario, mentre altre – appunto, quelle non binarie – si identificano con un terzo sesso.

Le persone trans, almeno a partire dagli anni '60 del secolo passato⁴², si sono mobilitate per ottenere un diritto alla rettifica del proprio sesso anagrafico. Tale riconoscimento, si è sostenuto tra attivisti e in letteratura, garantisce una complessiva inclusione e una piena cittadinanza⁴³. Ha inoltre conseguenze socioeconomiche positive⁴⁴. La dissonanza tra identità vissuta e sesso anagrafico può causare discriminazione, con considerevoli strascichi pregiudizievole nell'accesso a opportunità e risorse⁴⁵. Tuttavia, le autorità pubbliche hanno sovente posto limitazioni al diritto alla possibilità di rettificare il sesso che costituisce parte dell'identità giuridica della persona. Particolarmente diffuse sono le varie precondizioni mediche⁴⁶, che spaziano dalla diagnosi di disforia di genere⁴⁷, ai soli trattamenti ormonali⁴⁸, alla sterilizzazione

³⁹ A. Wilson, *Queer anthropology*, in *The Cambridge Encyclopedia of Anthropology*, <https://www.anthroencyclopedia.com/entry/queer-anthropology>.

⁴⁰ B. Pezzini, *Transgenere in Italia: Le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, cit., in G. Vidal Marcilio Pompeu – F. Facury Scaff (eds.), *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transsexualidade diante da experiência constitucional*, Florianópolis, 2012.

⁴¹ T.M. Bettcher, *Trapped in the wrong theory: rethinking trans oppression and resistance*, in *Signs*, 2014, p. 383; M. Wayar, *Travesti. Una teoria lo suficientemente buena*, Buenos Aires, 2018, p. 115.

⁴² P. Antignani, *Sulla natura delle diagnosi di sesso (a proposito di alcune sentenze)*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1970, p. 513 ss.; S. Stryker, *Transgender history. The roots of today's revolution*, II. ed., New York, 2017.

⁴³ S. Hines, *Gender diversity, recognition and citizenship. Towards a politics of difference*, London, 2013, p. 7 ss.

⁴⁴ D. Spade, *Documenting gender*, in *Hastings Law Journal*, 2008, p. 731 ss. Particolarmente utile è la Fig. 2, a p. 759.

⁴⁵ Occorre sottolineare, tuttavia, che tale dissonanza non è l'unica causa di discriminazione delle persone trans, e che la transfobia ha radici più profonde e più persistenti.

⁴⁶ Per una visione d'insieme J. Scherpe (ed.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, Cambridge, 2015.

⁴⁷ *Gender Recognition Act 2004*, S. 2, come in vigore in Inghilterra e Galles.

⁴⁸ Cfr. *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, articolo 4.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

chirurgica⁴⁹. Da altra prospettiva, come la recente evoluzione francese insegna, il controllo sulla transizione può essere interamente demedicalizzato – dettaglio che, soprattutto nel contesto italiano, dove si tende ad associare de-medicalizzazione e «volontarismo», sarebbe utile ricordare. Dopo la riforma introdotta con la *loi justice* del 2016, al richiedente la rettificazione è comunque richiesto di dimostrare, tramite il proprio comportamento o altri atti, di vivere conformemente agli standard culturali associati con il sesso anagrafico in cui si chiede di transire⁵⁰. Il nuovo articolo 61-5 del Codice civile garantisce infatti il cambio anagrafico a «ogni persona [...] che dimostri con un numero sufficiente di fatti che la menzione relativa al sesso negli atti dello stato civile non corrisponde più a quello in cui essa si presenta e in cui è conosciuta».

In ragione dell'importanza del riconoscimento dell'identità di genere, gli effetti coercitivi di eventuali precondizioni, le quali assumono la forma di «un'offerta che non si può rifiutare», hanno attirato attenzione e critiche⁵¹. In particolare, le condizioni mediche sono state oggetto di censure a causa della loro invasività. Comprensibilmente, la sterilizzazione delle persone trans, procurata per forma chirurgica o farmacologica, ha ricevuto le maggiori critiche, poiché annulla ogni potenzialità procreativa⁵² – incidentalmente, in modo particolarmente irrazionale visto il declino demografico che le società europee e italiana stanno da diversi anni sperimentando⁵³. Inoltre, la medicalizzazione del riconoscimento di genere rinforza una (controversa) concezione patologica dell'identità trans, aggiungendo stigma a una minoranza indubbiamente discriminata⁵⁴. Neppure le precondizioni comportamentali – pur obiettivamente meno intrusive – non sono andate indenni da scetticismi poiché, problematicamente, rinforzano anch'esse nozioni stereotipate di mascolinità e femminilità⁵⁵. I movimenti trans stanno quindi rivendicando un diritto all'autodeterminazione del genere, cioè a correggere il proprio status per via dichiarativa, senza precondizioni da soddisfare⁵⁶. Questo diritto, si sostiene,

⁴⁹ Come sostanzialmente richiesto in Italia fino alle evoluzioni del 2015. Cfr. *infra* nel testo, sezione 4.

⁵⁰ Cfr. articolo 61-5 ss. Code civile, aggiunti con la *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*.

⁵¹ A.E. Silver, *An offer you can't refuse: Coercing consent to surgery through medicalization of gender identity*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2013, p. 488 ss.

⁵² P. Dunne, *Transgender sterilisation requirements in Europe*, in *Medical law review*, 2017, p. 554 ss.

⁵³ Si specifica molto chiaramente, e a scanso di equivoci, che il requisito della sterilizzazione sarebbe profondamente irrazionale e contrario ai diritti fondamentali della persona trans anche qualora non si stesse assistendo al declino demografico.

⁵⁴ J. Theilen, *Depathologisation of transgenderism and international human rights law*, in *Human rights law review*, 2014, p. 327.

⁵⁵ M-X. Catto, *Changer de sexe à l'état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du xxie siècle: Un bilan d'application*, in *Cahiers droit, sciences & technologies*, 2019, <http://journals.openedition.org/cdst/1087>.

⁵⁶ Principio 31, Yogyakarta Principles +10, *Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression*

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

consentirebbe ad ogni persona di re-immaginare autonomamente la propria identità in relazione alla propria fisicità senza dover seguire necessariamente standard ai quali gli individui possono sentire o decidere di non uniformarsi⁵⁷. In queste rivendicazioni, un ruolo centrale è attribuito alle corti – supreme, costituzionali, dei diritti umani – che quindi si confermano come attrici principali di quest'opera di apertura al pluralismo⁵⁸. Ovviamente, la tensione tra la certezza delle posizioni giuridiche e l'autodeterminazione di genere sembra raggiungere, in questo caso, la sua acme.

3. Il caso colombiano

La Corte costituzionale colombiana ha sancito il diritto all'autodeterminazione di genere, inclusivo di un terzo sesso e aperto alle identità fluide. Ha inoltre ripetutamente difeso una nozione non binaria del sesso, nonché propugnato una comprensione individualizzata e de-medicalizzata dell'identità trans, inclusa quella non binaria⁵⁹. È utile premettere che, fino a tempi recenti, il diritto alla rettifica del sesso anagrafico non era oggetto di disciplina legislativa specifica nell'ordinamento colombiano. Il *decreto ley* 1260 del 1970 sull'ordinamento civile stabilisce che le modificazioni dello stato possono essere effettuate tramite scrittura pubblica o giurisdizione volontaria⁶⁰. Il procedimento da seguire per la rettifica del sesso non è tuttavia chiarito. Determinante si è pertanto rivelata la giurisprudenza costituzionale. In prima battuta, e per oltre vent'anni, la Corte ha ritenuto necessario un procedimento di giurisdizione volontaria. Quest'interpretazione è cambiata con la sentenza T-063/15, con cui la Corte ha ritenuto sufficiente la scrittura pubblica. L'attuazione di tale decisione è oggetto del decreto 1227 del 2015⁶¹, con cui si è stabilito un diritto all'autodeterminazione di genere essenzialmente basato sulla dichiarazione giurata della persona che intende cambiare sesso⁶². Tuttavia, sino alla recente sentenza T-033/22,

and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles, <http://yogyakartaprinciples.org/principle-31-yp10/>.

⁵⁷ Queste teorizzazioni sono state particolarmente presente nel contesto latino-americano. Cfr., M. Wayar, *op. cit.*; C. Rizki, *Latin/x american trans studies: toward a travesti-trans analytic*, in *TSQ: Transgender studies quarterly*, 2019, p. 145 ss.; M. De Mauro Rucovsky, *The travesti critique of the gender identity law in Argentina*, in *TSQ: Transgender studies quarterly*, 2019, p. 223 ss.

⁵⁸ In principal modo con riferimento al matrimonio tra persone dello stesso sesso, cfr. A. Sperti, *Le corti costituzionali tra tutela del pluralismo e delle singole identità*, in *DPCE Online*, 2019, www.dpceonline.it, p. 2151 ss.

⁵⁹ La comprensione dell'identità trans è stata oggetto di un'ampia evoluzione che non costituisce oggetto del presente studio. Tuttavia, si veda: M.A. Ruiz Nieves, *El concepto transgénero en las sentencias de tutela (Colombia)*, in *Revista Verba Iuris*, 2018, p. 95 ss.

⁶⁰ Articolo 95, *decreto ley* 1260 del 1970.

⁶¹ *Decreto 4 junio* 2015, n. 1227.

⁶² Articolo 2.2.6.12.4.5, decreto 1227 del 2015.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

tale scelta era espressamente limitata al binario maschio-femmina⁶³. Inoltre, era imposto il limite di due cambi di sesso, tra i quali doveva trascorrere un lasso temporale di almeno dieci anni⁶⁴.

I precedenti nei diritti delle persone intersex e LGB

Prima di affrontare l'evoluzione della giurisprudenza relativa alle identità trans, tuttavia, appare utile una breve digressione sui diritti delle persone intersex e LGB, le quali sono state oggetto di attenzione da parte della Corte colombiana sin a partire dagli anni '90 del secolo passato⁶⁵. Unica nel contesto comparato per ampiezza e complessità è la tutela assicurata alle persone intersex, sovente neglette a livello istituzionale nonostante le ripetutamente documentate – e particolarmente significative – violazioni dei loro diritti fondamentali⁶⁶. Ed è proprio la protezione dei diritti intersex a rappresentare una base imprescindibile dell'autodeterminazione di genere nel contesto colombiano. In questa giurisprudenza, tutta volta a proteggere la diversità sessuale dei corpi dissonanti, la Corte ha sancito innovative tutele dell'identità di genere e offerto nuove nozioni circa il binario sessuale.

In primo luogo, la giurisprudenza colombiana proibisce le riassegnazioni sessuali involontarie, sancendo la signoria del singolo sulla propria identità di genere. Nel 1995, la Corte ha analizzato il caso di un bambino che aveva subito l'asportazione del pene a seguito di un incidente domestico. Seguendo i protocolli del cd. «optimal gender of rearing», il minore era stato cresciuto nel genere femminile⁶⁷. Divenuto più maturo, il minore aveva tuttavia contestato la riassegnazione subita e preteso l'immediata cessazione di ogni terapia volta a mantenerlo nel genere femminile. A tale scopo, chiedeva *tutela*⁶⁸ per i diritti violati, fondando la propria domanda prevalentemente sulla

⁶³ Articolo 2.2.6.12.4.3, decreto 1227 del 2015.

⁶⁴ Articolo 2.2.6.12.4.6, decreto 1227 del 2015.

⁶⁵ J. Lemaitre Ripol, *Love in the time of cholera: LGBT rights in Colombia*, in *Sur- International journal on human rights*, 2009, p. 73 ss.

⁶⁶ Per una discussione dettagliata dei diritti costituzionali delle persone intersex in Colombia, sia consentito rimandare a S. Osella – R. Rubio-Marín, *The right to gender recognition before the Colombian Constitutional Court: A queer and Travesti theory analysis*, in *Bulletin of latin american research*, 2021, p. 629 ss. Si veda inoltre: G. Maldonado Colmenares – S. Delgado Madonado, *Menores con ambigüedad sexual. Un análisis del consentimiento informado desde el punto de vista del concepto de corporalidad*, in B. Espinosa Pérez (ed.), *Cuerpos y diversidad sexual. Aportes para la igualdad del reconocimiento*, Bogotá, 2008, p. 97 ss. Per una costruzione dei discorsi sull'intersessualità, e sul superamento del paradigma medico, cfr: O. Caro Garzón, *Hermafroditas en Colombia: Estudio de la jurisprudencia constitucional*, in *Revista electrónica derecho e política*, 2010, p. 218 ss.

⁶⁷ La prassi di riassegnare al genere femminile i bambini biologicamente maschi il cui pene era assente o ritenuto troppo piccolo per gli standard culturali associati alla mascolinità si fondava sul protocollo medico stabilito sin a partire dagli anni '50 dai Prof. John Money, Joan Hampson, e John Hampson, operanti presso il Johns Hopkins' Medical Center. Risulta adesso essere rigettato dai più moderni standard medici. Cfr. J. Repo, *The biopolitics of gender*, Oxford, 2015, p. 25 ss.

⁶⁸ Articolo 86 CP.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

protezione dell'infanzia contenuta nella costituzione colombiana⁶⁹. Nella sentenza, la Corte stabilisce che «il sesso costituisce un elemento non modificabile dell'identità della persona e solo la stessa [...] può consentire alla [sua] riassegnazione»⁷⁰. Qualche anno dopo, nel 1999, la Corte ha ulteriormente limitato le operazioni sui bambini intersex⁷¹. Allo scopo, ha stabilito uno standard di consenso rafforzato – «informato, qualificato, e persistente» – cui è tenuto chi esercita la responsabilità genitoriale⁷². Tale conclusione era stata raggiunta grazie al contributo, nella veste di *amici curiae*, di esperti di questioni intersex di caratura internazionale⁷³, inclusa Cheryl Chase, fondatrice dell'Intersex Society of North America, la storica Alice Domurat Dreger e il pediatra Milton Diamond. Nelle motivazioni, la Corte riconosce la complessità dell'esperienza sessuale umana, la molteplicità dei corpi e la radice culturale delle diverse forme di concezione del sesso, e ne fonda la salvaguardia sulla dignità umana⁷⁴, sulla già citata protezione dell'infanzia, e sul diritto al libero sviluppo della personalità⁷⁵. Implicitamente riprendendo ampia parte della letteratura antropologica, la sentenza sottolinea la variabilità della dimensione sociale e psicologica della sessualità⁷⁶. È enfatizzata per esempio la diversa percezione dell'intersessualità in «altre società e periodi storici», quando tale diversità non era solo tollerata, ma addirittura apprezzata⁷⁷. Coerentemente con quest'impostazione, la Corte definisce il binario sessuale come «un'idea»⁷⁸. Parafrasando, la sentenza sembra derubricare il binarismo da criterio universale a *una*

⁶⁹ Articolo 44 CP.

⁷⁰ Corte Constitucional, *Sala Séptima de Revision*, 23 octubre 1995, *sentencia* T-477/95, § 13.1, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>. Per una descrizione più approfondita della giurisprudenza costituzionale colombiana in tema di diritti intersex, sia consentito un riferimento a S. Osella – R. Rubio-Marín, *The right to gender recognition*, cit.

⁷¹ Corte Constitucional, *Sala Plenaria*, 12 mayo 1999, *sentencia* SU-337/1999, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU337-99.htm>.

⁷² In particolare, si era ritenuto che la proibizione completa di tali interventi avrebbe eccessivamente compresso il diritto all'autonomia familiare (Articolo 43 della *Constitucion Política* (CP)). Inoltre, considerando il clima di diffusa ostilità alla differenza sessuale, la Corte temeva che una completa moratoria avrebbe incentivato operazioni clandestine comunque richieste dai genitori, e che pertanto il sistema del consenso sarebbe stato più produttivo. Non si intende qui prendere posizione su questo complicato tema, che meriterebbe un'approfondita disamina separata.

⁷³ La prassi di coinvolgere un ampio numero di *amici curiae* ed esperti dal mondo della società civile ed accademici per la definizione dei giudizi costituzionali risulta costante in tutte le decisioni analizzate in questo articolo.

⁷⁴ Articolo 1 CP.

⁷⁵ Articolo 16 CP.

⁷⁶ CC., SU-337/99, § 29 *fundamentos jurídicos*.

⁷⁷ CC., SU-337/99, § 36 *fundamentos jurídicos*. Si veda, per esempio, B. Schnarch, *Neither man nor woman: Berdache— A case for non-dichotomous gender construction*, in *Anthropologica*, 1992, p. 105; fondamentale è poi: W. Hill, *The status of the hermaphrodite and transvestite in Navaho culture*, in *American anthropologist*, 1935, p. 273.

⁷⁸ CC., SU-337/99, § 36 *fundamentos jurídicos*.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

delle varie forme in cui sesso può essere concepito. Al contempo, il rifiuto dell'intersessualità è ridotto a un topos della cultura contemporanea⁷⁹.

Queste considerazioni sono state essenzialmente riproposte nella giurisprudenza successiva. Nonostante le critiche per non avere proibito i trattamenti intersex *tout court*⁸⁰, la Corte ha assicurato elevati standard di protezione anche per bambini di età più matura⁸¹. Una sentenza del 2013 ha poi protetto il diritto a non specificare nell'atto di nascita il sesso dei bambini intersex ove quest'ultimo sia di difficile discernimento. In quest'occasione, la Corte ha avuto modo di esplicitare alcune delle funzioni della categorizzazione secondo il sesso, menzionando espressamente il mantenimento dell'eterosessualità del matrimonio e la protezione delle donne e madri⁸². In sintesi, pare possibile affermare che queste decisioni abbiano veicolato una nuova concezione – più aperta e flessibile – del corpo sessuato e orientato verso l'inclusività di genere la cittadinanza sessuale colombiana⁸³.

Tanto chiarito, appare dunque rilevante e opportuno ricordare anche la giurisprudenza in tema di diritti inerenti all'orientamento sessuale. Anche questa, infatti, pare essersi dimostrata consequenziale per lo sviluppo dell'autodeterminazione di genere⁸⁴. Pronunciandosi a favore del matrimonio egualitario, la Corte costituzionale ha statuito che l'autonomia di decidere sulla propria sessualità, senza interferenze da parte dello Stato, è protetta dalla costituzione colombiana e, in particolare, dalla generale protezione dei diritti fondamentali come compito dello stato⁸⁵. In una successiva sentenza in tema di discriminazione nel godimento di beni e servizi basata sull'orientamento (omo)sexuale, la Corte costituzionale ha affermato che la libertà nelle scelte in materia sessuale gode di franchigia costituzionale, in particolare riferimento ai principi di libertà, eguaglianza e non discriminazione⁸⁶.

⁷⁹ CC., SU-337/99, § 36 *fundamentos jurídicos*.

⁸⁰ J. E. García León – D. L. García León, *Sujetos intersexuales y matriz heterosexual: Los cuerpos que le importan a la jurisprudencia colombiana. Una lectura queer*, in *Latin American Research Review* 2017, p. 124 ss.

⁸¹ Corte Constitucional, *Sala Quinta de Revisión*, 27 novembre 2002, *sentencia* T-1025/02, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-1025-02.htm>; Corte Constitucional, *Sala Tercera de Revisión*, 18 settembre 2008, *sentencia* T-912/08, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-912-08.htm>.

⁸² Corte Constitucional, *Sala Secunda de Revisión*, 16 luglio 2013, *sentencia* T-450A/13, § 4.5.3, *fundamentos jurídicos*, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-450a-13.htm>.

⁸³ L. Céspedes-Báez – J. Sarmiento-Forero, *¿Cómo mira el estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del estado colombiano*, in *Revista de estudios socio-jurídicos*, 2011, p. 389 ss.

⁸⁴ Per una discussione del ruolo dei movimenti sociali per il raggiungimento di questo risultato, si veda M. Albarracín Caballero, *Social movements and the constitutional court: Legal recognition of the rights of same-sex couples in Colombia*, in *Sur – International journal on human rights*, 2009, p. 7 ss.

⁸⁵ Articolo 2 CP; cfr, Corte Constitucional, *Sala Plena*, 26 luglio 2011, *sentencia* C-577/2011, § 4.4.2, *fundamentos jurídicos*, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>.

⁸⁶ Corte Constitucional, *Sala de Revisión*, 1 dicembre 2011, *sentencia* T-909/11, §62 *consideraciones y fundamentos*, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-909-11.htm>.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

*Un diritto costituzionale all'autodeterminazione di genere*⁸⁷

Come accennato, sino al decreto 1227 del 2015, la legge colombiana non stabiliva una procedura precisa per la rettificazione degli atti anagrafici, lasciando all'interprete il compito di determinare il procedimento più appropriato tra giurisdizione volontaria e scrittura pubblica. La risoluzione della questione ha, in effetti, rappresentato il punto di partenza di buona parte dell'elaborazione giurisprudenziale in materia. Il problema è stato risolto a favore della procedura giurisdizionale una prima volta nel 1994⁸⁸, quando la Corte ha considerato che il sesso anagrafico rappresenta una componente «oggettiva» della personalità dell'individuo. Il coinvolgimento del giudice era quindi stato ritenuto necessario per verificare l'effettiva transizione fisica⁸⁹. Nonostante l'importanza della decisione, che riconosceva un diritto alla rettifica del sesso anagrafico, è con la sentenza T-918 del 2012 che la protezione dell'identità di genere pare assumere la portata soggettivistica che tutt'ora la caratterizza⁹⁰. Il caso non riguarda in realtà la rettificazione, ma il diritto a ricevere trattamenti sanitari di conferma del genere a carico del servizio sanitario. Cogliendo l'occasione, la Corte ha tuttavia stabilito che «l'identità sessuale della persona si riferisce direttamente a quella che la persona determina nel suo foro interno e che intende esternare verso il prossimo»⁹¹. Lo Stato, in ragione dell'esistenza di un diritto al libero sviluppo della personalità, all'autodeterminazione⁹², e alla dignità umana⁹³, «non può frapporre barriera alcuna affinché l'individuo possa decidere del suo sviluppo vitale, del suo modo d'essere, e della sua condizione sessuale»⁹⁴. Nella sentenza si specifica poi che i diritti alla salute e all'eguaglianza garantiscono l'accesso ai trattamenti sanitari desiderati dalla persona e, per poter conseguire un adeguato livello di benessere, anche alla successiva rettificazione degli atti anagrafici⁹⁵.

Queste conclusioni sono state ampliate dalla successiva sentenza T-063 del 2015⁹⁶. In essa, la Corte costituzionale ha consacrato un diritto al riconoscimento dell'identità di genere interamente basato sull'autodeterminazione, da ottenersi

⁸⁷ La presente sezione si basa ed espande precedente ricerca dell'autore, e in particolare Osella – Rubio-Marín, *The right to gender recognition before the Colombian Constitutional court.*, cit.

⁸⁸ T-504/94. Cfr. D.C. Moreno Pabón, *Derecho, persona, e identidad sexual. El debate jurídico de la documentación de las personas trans*, in *Universitas estudiantes de Bogotá*, 2014, 123.

⁸⁹ Id., §§ 2-4.

⁹⁰ Corte Constitucional, *Sala Quinta de Revisión*, 8 noviembre 2012, sentencia T-918/12, https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-918-12.htm#_ftnref25.

⁹¹ Id., §3.4.

⁹² Articolo 16 *Constitucion Política*.

⁹³ Articolo 1 *Constitucion Política*.

⁹⁴ C.C., T-918/12, §3.4.

⁹⁵ C.C., T-918/12. § 5 e 6, *consideraciones y fundamentos*.

⁹⁶ Per un'analisi approfondita della sentenza, si veda: J.S. Bernal Crespo, *Los derechos fundamentales de las personas transgénero*, in *Cuestione constitucionales*, 2018, p. 229 ss.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

mediante un procedimento dichiarativo⁹⁷. Oggetto del caso è nuovamente la giurisdizionalizzazione della rettificazione anagrafica. Com'è a questo punto chiaro, dietro questo dubbio apparentemente tecnico si cela infatti una differenza sostanziale di non poco conto. La Corte si è trovata a decidere se al sesso anagrafico corrisponde un dato oggettivo, identificabile, e pertanto da «scoprire» giudizialmente – come ritenuto nel 1994 – o piuttosto un sentito interno che non può essere determinato da altri se non della persona interessata. In tal caso, allo stato rimane il ruolo di accogliere e proteggere tale decisione e, pertanto, una procedura dichiarativa appare più indicata. Optando per la seconda ricostruzione, la Corte ha reso una sentenza particolarmente significativa – la prima, a livello globale, a garantire un diritto costituzionale alla piena autodeterminazione di genere.

Appare utile esplorare in qualche dettaglio il ragionamento della Corte. In primo luogo, reiterando la giurisprudenza che aveva caratterizzato i diritti intersex, viene rigettata la comprensione del sesso anagrafico come rappresentazione delle caratteristiche fisiche della persona. Al contrario, esso è ricondotto ad una «costruzione identitaria» che sorge in conseguenza di una «decisione libera e autonoma dell'individuo»⁹⁸. La concezione patologica dell'identità trans viene egualmente rifiutata, anche in omaggio alle novità contenute nella quinta edizione del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5), in cui l'identità trans, in sé, è depatologizzata⁹⁹. Al contrario, la Corte ha definito le identità di genere non conformi come un'opzione di vita legittima e protetta dal diritto costituzionale, che ha (anche) lo scopo di contrastare la diffusa discriminazione nei confronti delle persone trans¹⁰⁰. Rifacendosi ai propri precedenti, la Corte poi puntualizza che la giurisdizione volontaria non è necessaria in tutti i casi in cui si richieda una rettificazione del sesso anagrafico. Nel caso in cui sia la persona cis¹⁰¹ a richiedere la rettificazione del sesso erroneamente registrato alla nascita, infatti, è stata ritenuta adeguata la scrittura pubblica¹⁰².

A questo punto, la Corte passa a considerare se, e in quale misura, il procedimento di giurisdizione volontaria sia in tensione con i diritti stabiliti in Costituzione. Il collegio coglie cioè l'occasione per determinare la base giuridica del diritto all'identità di genere. Il ragionamento s'incentra sul principio di dignità¹⁰³ che,

⁹⁷ C.C., T-063/15.

⁹⁸ C.C., T-063/15, § 5.2., *consideraciones y fundamentos*.

⁹⁹ *ibid.* In particolare, e scusandosi per la rozzezza dell'esposizione, sembra potersi affermare non è più il comportamento difforme dagli standard di genere ad essere patologizzato, ma la sofferenza che questa «disforia» genera. Occorre tuttavia sottolineare come anche quest'approccio sia percepito come profondamente problematico. Per un approfondimento, *cf.* Z. Davis, *The DSM-5 and the politics of diagnosing transpeople*, in *Archives of Sexual Behaviour*, 2015, p. 1165 ss.

¹⁰⁰ C.C., T-063/15, § 5.4., *consideraciones y fundamentos*.

¹⁰¹ Vale a dire, la cui identità di genere corrisponde con il sesso assegnato alla nascita.

¹⁰² T-231/15.

¹⁰³ Articolo 1 CP.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

nella dottrina colombiana, include il diritto a «vivere come si desidera» (*vivir como quiera*). L'autonomia di effettuare scelte di vita fonda il diritto al libero sviluppo della personalità¹⁰⁴, con cui la legge fondamentale salvaguarda la facoltà di ogni persona di autodeterminare le proprie «opzioni vitali» e di vedere riconosciuta la propria individualità. La Corte aggiunge che a questo diritto ne corrisponde un altro al riconoscimento della personalità giuridica¹⁰⁵, vale a dire a vedersi riconosciuta nello stato civile la costruzione identitaria che l'individuo ha liberamente sviluppato¹⁰⁶.

Questi diritti, ritiene la Corte, sono compressi in modo sproporzionato quando il diritto all'identità di genere è riconosciuto solo tramite procedimento giurisdizionale. A tale riguardo, la Corte individua una serie di problemi. Il primo è rappresentato dai costi derivanti dal necessario patrocinio legale, censurati come un significativo ostacolo per il riconoscimento dell'identità di genere, specialmente per le persone trans che, sovente, si ritrovano in condizioni socioeconomiche svantaggiate. La notevole durata del procedimento costituisce un secondo ostacolo, soprattutto alla luce dell'urgenza che normalmente accompagna la necessità di una rettificazione. La Corte si dimostra poi particolarmente preoccupata rispetto a una terza questione consistente nella ricerca di «prove» oggettive della transizione che caratterizza il procedimento giudiziale. Una simile indagine, secondo la Corte, comporta il coinvolgimento di esperti di ambito medico, contribuendo a una narrazione patologizzante dell'identità trans. Inoltre, tale giudizio genera valutazioni stereotipate del comportamento della persona, costretta a posizionarsi in un «estremo eteronormativo» per ottenere una valutazione positiva ai fini del riconoscimento. Un quarto profilo problematico rilevato dalla sentenza è l'imposizione discriminatoria della giurisdizione volontaria alle sole persone trans. Infatti, alle persone cis che correggono un errore nei registri civili non è richiesto un simile procedimento. Nonostante le due situazioni non siano totalmente sovrapponibili, la Corte ritiene che esse siano comparabili. Infatti, in entrambi i casi, si assiste all'istanza di una persona che desidera la corrispondenza tra il proprio sesso anagrafico con la propria identità di genere. Poiché l'identità cis non può considerarsi più corretta o «vera» di quella trans, si legge in sentenza, ogni differenza di procedimento risulterebbe ingiustificatamente differenziale. Questo passaggio, appare opportuno evidenziare, è particolarmente significativo: in esso, la Corte relativizza ogni discorso naturalistico circa l'identità di genere e proclama l'eguaglianza tra persone trans e cis, in pratica bandendo ogni preferenza istituzionale per le seconde. Quello che la Corte sembra dire, insomma, è che una parte della popolazione (le persone cis) già gode del diritto all'autodeterminazione di genere (infatti, le persone cis vedono la piena corrispondenza tra il proprio sentito di genere e classificazione anagrafica *de plano*). Un'altra parte (le persone trans), invece, deve sottoporsi a un percorso medico-legale per ottenere la stessa protezione. Dato ma non concesso che questa differenza

¹⁰⁴ Articolo 16 CP.

¹⁰⁵ Articolo 14 CP.

¹⁰⁶ C.C., T-063/15, § 4 *consideraciones y fundamentos*.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

nel trattamento sia accettabile quando l'identità cis è ritenuta più «vera» rispetto a quella trans, certamente cessa di esserlo quando tali identità sono equiparate.

La Corte non ignora neppure l'obiettivo legittimo del procedimento di giurisdizione volontaria. Esso consente la certezza delle relazioni giuridiche, sia a beneficio dei consociati che della persona interessata. Tuttavia, il collegio ritiene che richiedere questo procedimento non sia necessario, considerando meccanismi meno invasivi parimenti idonei a soddisfare lo stesso scopo (per esempio, dichiarazioni giurate; un preventivo cambio di nome; oppure la testimonianza di persone informate)¹⁰⁷.

Nella giurisprudenza successiva, la Corte ha ripetutamente confermato queste conclusioni, affermando la piena parità delle identità trans e reiterandone una comprensione non patologica, non medicalizzata, e di egual valore alle identità cis. A tale scopo ha sancito l'autodeterminazione di genere per consentire alle persone trans di acquisire tutte le posizioni giuridiche associate al nuovo sesso anagrafico. Per esempio, la Corte ha protetto l'istanza di una donna trans che intendeva godere dei benefici pensionistici all'età prescritta per le donne cis¹⁰⁸. In un altro caso, la Corte ha ritenuto illegittima la sanzione pecuniaria inflitta ad una donna trans – assegnata al genere maschile alla nascita – che non prestava il servizio di leva cui gli uomini erano normalmente assoggettati¹⁰⁹. In diverse decisioni, poi, la Corte ha esteso il diritto al riconoscimento dell'identità di genere anche alle persone che non hanno ancora raggiunto la maggiore età¹¹⁰. Dimostrando una certa capacità di ragionamento intersezionale, i giudici costituzionali hanno riconosciuta l'importanza di proteggere la gioventù trans, sovente oggetto di discriminazione ed estremamente vulnerabile in una pluralità di ambiti, incluso quello educativo, con effetti specialmente avversi sulla possibilità di inclusione sociale.

Non definendo speciali precondizioni per la rettifica del sesso anagrafico, e anzi censurandole esplicitamente, la Corte costituzionale ha creato un meccanismo capace di accogliere la diversità sessuale nelle sue molteplici manifestazioni. Così facendo, ha sostanzialmente accolto le considerazioni dell'antropologia femminista e queer sulla *situazionalità* dell'identità sessuata. Evitando di eleggere un modello di identità trans come riconoscibile – ad esclusione degli altri – la Corte ha aperto alla possibilità di

¹⁰⁷ C.C., T-063/15, § 7.2.7, *fundamentos jurídicos*.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, *Sala Plena*, 9 dicembre 2021, *sentencia* SU-440/21, <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/SU440-21.htm>.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, *Sala Quinta de Revisión*, 10 marzo 2015, *sentencia* T-099/15, <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-099-15.htm>.

¹¹⁰ Corte Constitucional, *Sala Séptima de Revisión*, 3 agosto 2017, *sentencia* T-498/17, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-498-17.htm>; Corte Constitucional, *Sala Tercera de Revisión*, 15 novembre 2017, *sentencia* T-675/17, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-675-17.htm>; Corte Constitucional, *Sala Sexta de Revisión*, 27 settembre 2019, *sentencia* T-447/19, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-447-19.htm>.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

riconoscimento ad una pluralità di individui che possono vivere la loro esperienza di genere e relazione con il corpo in modi diversi e non standardizzati. Al contempo, appare evidente che la Corte abbia diminuito la capacità di controllo sulle categorie sessuali. Questo era anche dovuto, occorre sottolineare, ad una diminuita importanza di queste categorie nel diritto di famiglia che, aprendo al matrimonio e alla genitorialità tra persone dello stesso sesso, era meno dipendente dal binarismo sessuale. Come specificato, la Corte stessa aveva infatti individuato nel matrimonio una delle ragioni principali della preservazione di un ordine binario ed eterodeterminato della categorizzazione sessuale¹¹¹, in conformità con una delle tesi più centrali della teoria *queer* (vale a dire, la connessione tra binario sessuale e l'eterosessualità istituzionalizzata)¹¹².

L'apertura oltre il binario

Nonostante questo *corpus* giurisprudenziale già rendesse la Colombia un riferimento per il diritto all'identità di genere, rimanevano – e, in una certa misura, tuttora rimangono – una serie di coni d'ombra. In parte, questi coni d'ombra erano (e sono) ascrivibili alla concreta operatività dei diritti contenuti in queste pure altisonanti dichiarazioni. A ciò si aggiungono episodi di diffusa esclusione e violenza nei confronti delle minoranze sessuali¹¹³. Rilevante nel contesto colombiano è poi il problema dell'inclusione delle istanze LGBTQI+ all'interno del processo di pace¹¹⁴. Ma al di là di queste considerazioni pratiche, era la stessa giurisprudenza a lasciare irrisolte alcune questioni. In primo luogo, la Corte non aveva avuto modo di pronunciarsi sul riconoscimento di un terzo sesso¹¹⁵. Il superamento del binarismo è tuttavia cruciale nell'attivismo trans, specialmente in America Latina, dove sono attestate una pluralità di identità non binarie. Un esempio particolarmente rilevante possono essere le persone *travesti*, che sono state al centro di un'intensa analisi antropologica¹¹⁶ e che, in tempi recenti hanno dimostrato grande dinamismo culturale e politico. L'attivismo *travesti* si è posto all'avanguardia delle istanze delle minoranze sessuali nella regione¹¹⁷,

¹¹¹ C.C., T-450A/13.

¹¹² J. Halley, *Split decisions. How and why to take a break from feminism*, Princeton and Oxford, 2006, p. 136; J. Butler, *Gender trouble*, II ed., New York and London, 1999, p. 22-23.

¹¹³ Colombia Diversa – Fundación Grupo de Acción y Apoyo a Personas Trans – Diversas Incorrectas, *Informe sombra para el Comité de la CEDAW-Situación de mujeres lesbianas, bisexuales y trans en Colombia 2013–2018*, Bogotá, 2019; Aquelarre Trans, *Trans rights in Colombia*, Bogotá, 2019.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Criticano la mancanza di riconoscimento delle persone non binarie J.R. Palomares García – C. A. Roza Ladino, *El registro civil de las personas y el modelo no binario*, in *Ius et praxis*, 2019, p. 113 ss.

¹¹⁶ Don Kulick, *Travesti. Sex, gender, and culture among Brazilian transgendered prostitutes*, Chicago, 1998. A. García Becerra, *Tacones, siliconas, hormonas y otras críticas al sistema sexo-género*, in *Revista colombiana de antropología*, 2009, p. 119 ss.

¹¹⁷ M. Wayar, *op. cit.*, p. 25; L. Berkins, *Un itinerario político del travestitismo*, in D. Maffia (ed.) *Sexualidades migrantes: género y transgénero*, Buenos Aires, 2003, p. 127 ss.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

invocando una completa re-immaginazione delle strutture di genere, da ricostruire con creatività e immaginazione o, nelle parole di Marlene Wayar, «con gli occhi di un bambino»¹¹⁸.

La Corte non aveva avuto occasione di pronunciarsi neppure sulle identità fluide. Tuttavia, proprio questo profilo merita attenzione. Le identità di genere possono infatti essere caratterizzate da processi di crisi, evoluzione e ridefinizione, comportando la necessità di rettificazioni di sesso ulteriori alla prima eventualmente ottenuta. Pur in assenza di pronunciamenti espressi, l'enfasi della Corte sull'autodeterminazione sembrava garantire una solida base anche per il riconoscimento delle identità non binarie e fluide. Tuttavia, questa lettura è apparsa sin da subito non scontata. Il decreto di applicazione 1227 del 2015 limitava infatti la scelta al binario, restringeva il numero di volte in cui si poteva ottenere il riconoscimento di genere (due), e imponeva intervalli temporali (almeno dieci anni) tra le varie rettificazioni – in conformità, peraltro, ad un gran numero di giurisdizioni.

Questi limiti sono stati superati con la sentenza T-033/22. Influyente nella determinazione di questo caso pare l'evoluzione globale in tema di diritti trans che, rispetto al 2015, è andata espandendosi. Nel 2015 il diritto al terzo genere era stato garantito a livello costituzionale solamente in quattro casi¹¹⁹. Al momento della decisione, nel febbraio 2022, questi erano aumentati a sette, compreso quello deciso dall'influente Corte costituzionale federale tedesca¹²⁰. Inoltre, nel 2019, prima a livello globale, la Corte costituzionale belga ha sancito un diritto all'autodeterminazione di genere inclusivo di un'opzione non binaria. Questa Corte ha inoltre protetto esplicitamente il diritto delle persone *gender fluid* a ottenere molteplici riconoscimenti di genere senza necessità di restrizioni o procedure aggravate.

A livello sovranazionale, evoluzioni di primaria importanza hanno avuto luogo nel sistema inter-americano. Nel 2017, la Corte Inter-Americana dei Diritti Umani ha enunciato un diritto alla piena autodeterminazione di genere sia in senso binario che non binario¹²¹. Nel 2020, la Commissione Inter-Americana dei Diritti Umani ha invitato gli Stati membri a garantire protezione alle persone con un'identità di genere

¹¹⁸ M. Wayar, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁹ India (*National Legal Service Authority vs Union of India*, WP (Civil) No 604 of 2013 (15 April 2015) (India)), Nepal (*Sunil Babu Pant and Others v Government of Nepal and Others* (2008)1 Writ No 917 2064 BS (2007 AD) 2NJALJ (2008) 261 (21 December 2007)), Pakistan (*Khaki v. Rawalpindi*, 2009), Australia (*SW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* [2014] HCA 11 2 April 2014 S273/2013).

¹²⁰ BVerfG, 1 BvR 2019/16, Oct. 10, 2017. Per una discussione approfondita del contesto tedesco, si rinvia a F. Azzarri, *Identità sessuale e stato civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2018, p. 419. La Corte esplicitamente menziona: Argentina, Australia, Austria, Belgio, Canada, Danimarca, Germania, India, Islanda, Malta, Nepal, Paesi Bassi, Pakistan, Stati Uniti (Cfr. T-033/22, § 22).

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinion Consultiva OC-24/17 de 24 Noviembre 2017, solicitada para la Republica de Costa Rica, «Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo sexo»*, p. 43-70, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

che costituisce una sfida «per le convenzioni o per le categorie convenzionali»¹²² incluse, «tra le molte altre possibilità», le persone che si collocano fuori dal binomio M-F. Tra queste «altre possibilità», la Commissione ha esplicitamente incluso le «identità ancestrali» dell'America Latina, «che non hanno equivalenti precisi nelle categorie occidentali» e che sono, con un certo grado di approssimazione, assegnabili a forme di terzo sesso. La Commissione ha fatto riferimento alle persone *muxhe* messicane, *wigunduguid* degli indigeni Kuna a Panama e in Colombia, e Due Spiriti. Sebbene discutibilmente «ancestrali», la Commissione ha poi menzionato le già citate persone *travestí*. Tutte queste identità, occorre rimarcare, tradizionalmente non godono di alcun riconoscimento giuridico. In questo senso, pare che la Commissione abbia riecheggiato il legame tra de-colonialità e diversità di genere, confermando nel discorso giuridico quella dottrina che ha identificato nel binarismo una forma di oppressione coloniale¹²³.

I tempi apparivano dunque maturi anche in Colombia per il riconoscimento delle persone non binarie e fluide. La persona ricorrente, identificandosi come *travestí* dalle caratteristiche femminili ma non come una donna, aveva richiesto la rettificazione in un terzo sesso (lettera «X» o sesso «indeterminato»), che non era consentito dalla legge colombiana¹²⁴. Inoltre, la persona ricorrente aveva ottenuto un riconoscimento nel genere femminile solo cinque anni prima. Era quindi precluso un ulteriore cambio per altri cinque anni¹²⁵. Pronunciandosi a favore del* ricorrente, la Corte ha nuovamente ritenuto che la normativa confliggesse con il principio di dignità, con il diritto al libero sviluppo della personalità, e alla personalità giuridica. Nella sentenza, la Corte ricorda poi che la costituzione colombiana garantisce eguaglianza e pluralismo, e che lo Stato è tenuto supportare le minoranze storicamente subordinate – tra cui, appunto, le persone non binarie. Le minoranze sessuali, la Corte enfatizza, sono sovente vittime di svalutazioni culturali che il riconoscimento giuridico può rimediare, conducendo anche a conseguenze socioeconomiche tutt'altro che trascurabili.

Un approccio – diremmo – volontaristico caratterizza la sentenza. L'identità anagrafica viene considerata come espressione della volontà dell'individuo (*arbitrio*), del tutto autonoma, in costante evoluzione e non univocamente dettata dalla corporalità¹²⁶ – nuovamente in piena corrispondenza con le dottrine antropologiche in materia. Venendo al nocciolo della questione sotto giudizio, la Corte chiarisce che l'esclusivo

¹²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso, y Sus Derechos Económicos, Sociales, Culturales, y Ambientales*, 7 agosto 2020, Doc. 239, OEA/SER.L/V/II, § 87-88, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>.

¹²³ M. Lugones, *op. cit.*

¹²⁴ La persona ricorrente chiedeva anche un secondo cambio di nome. La disciplina del cambio del nome è tuttavia distinta da quella concernente la rettificazione degli atti anagrafici e non è purtroppo possibile esaminarla in questa sede.

¹²⁵ Questo in ragione dell'intervallo obbligatorio di dieci anni tra il primo e il secondo riconoscimento (Articolo 2.2.6.12.4.6, decreto 1227 del 2015).

¹²⁶ T-033/22, § 40-44.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

riconoscimento dei sessi binari nega l'identità della persona ricorrente, e costituisce una restrizione discriminatoria dei suoi diritti fondamentali. Egualmente, l'intervallo temporale minimo tra la prima e la seconda rettificazione viene visto come un requisito «sproporzionato» e limita la possibilità dell'individuo di realizzare sé stesso¹²⁷.

Sembra poi opportuno menzionare una questione correlata, ma analiticamente distinta, discussa dalla Corte, cioè la possibile eliminazione del sesso come categoria dello stato civile¹²⁸. Tale ipotesi è stata tuttavia esclusa. La Corte ha rimarcato la legittimità e la necessità della registrazione del sesso, in quanto criterio organizzativo che consente *policy* pubbliche in molteplici ambiti del diritto, dai trattamenti pensionistici alle azioni positive ed all'identificazione della persona¹²⁹. Con il correttivo previsto per le identità difformi – cioè il diritto all'autodeterminazione di genere, inclusivo di un'opzione non binaria e strutturato in modo fluido – l'assegnazione di ogni persona ad un sesso veniva considerata proporzionata e legittima¹³⁰.

In conclusione, la Corte ha deciso di preservare il sesso come categoria organizzativa dello stato civile, tuttavia abbracciandone una concezione nuova. Da categoria strutturata su basi anatomiche e verificabili, il sesso diviene una categoria puramente identitaria. Per tale ragione, essa è rimessa alla decisione dell'individuo, lasciando alle autorità pubbliche un ruolo di registrazione. Questo implica la possibilità di accedere anche ai benefici correlati al cambio di sesso – da un più precoce pensionamento, all'assenza di obblighi di leva, alle azioni positive per il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne, giusto per menzionarne alcuni. Essenziale per raggiungere queste conclusioni appare la concezione di identità trans adottata e ripetuta dalla Corte come normale variante della personalità umana, in nessun modo patologica. Alla luce di essa, infatti, il coinvolgimento di esperti medici diviene ingiustificabile. Il sesso anagrafico diviene liberamente determinato, voluto, dall'individuo.

Questo approccio può comportare tensioni e contestazioni. L'ipotesi di atteggiamenti strumentali – se non addirittura fraudolenti – non pare logicamente escludibile. Questo problema non è tanto connesso al riconoscimento delle identità non binarie – alla fine, quali possono essere gli indebiti vantaggi associati con la registrazione nel terzo sesso in sistemi strutturati sul binarismo? – quanto alla procedura dichiarativa in sé. È però necessario puntualizzare che mancano al momento ricerche empiriche che dimostrino i rischi concreti di tale eventualità. La legittimità della restrizione di diritti fondamentali sulla base di ipotesi logiche, ma più speculative che empiricamente fondate risulterebbe dubbia, soprattutto a fronte dell'abbondanza di studi che dimostrano la complessità delle identità sessuali, la localizzazione culturale

¹²⁷ T-033/22, § 61.

¹²⁸ T-033/22, § 66-67.

¹²⁹ T-033/22, § 68.3.

¹³⁰ T-033/22, § 68.5.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

e la limitazione storica dell'approccio binario ed eterodeterminato, nonché gli effetti avversi del diniego del riconoscimento di genere¹³¹.

4. La prospettiva italiana

La disciplina della rettificazione del sesso anagrafico ha subito un'evoluzione differente nel contesto italiano¹³². La legge 14 aprile 1982, n. 164 garantisce un diritto alla rettificazione a «seguito di intervenute modificazioni dei [...] caratteri sessuali»¹³³. Il diritto fondamentale a rettificare la registrazione anagrafica è stato poi affermato e protetto dalla Corte costituzionale, che ha avallato un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge¹³⁴. Il requisito dell'intervento di normoconformazione sugli organi sessuali primari è stato così superato, perlomeno nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità. La rettificazione è comunque vincolata a una trasformazione complessiva degli «aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere»¹³⁵. Tale modificazione deve essere accertata giudizialmente¹³⁶, come affermato nella prassi e rimarcato dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione. L'autodeterminazione di genere è stata cioè esplicitamente esclusa per salvaguardare il principio della certezza delle relazioni giuridiche. D'altro canto, il terzo sesso non è mai stato oggetto di espresso diniego, nonostante sia evidente che il rigido binarismo nell'assegnazione del sesso lo rende difficilmente ipotizzabile. Inoltre, esso sembrerebbe attualmente precluso dalla giurisprudenza costituzionale. La transizione, inoltre, deve essere permanente, come sia la Corte di cassazione che la Corte costituzionale hanno enunciato. Nel prosieguo non si intende offrire una ricostruzione dettagliata della disciplina, che già è presente in letteratura¹³⁷. Sarà invece sufficiente sottolineare alcune peculiarità culturali e tecniche di quest'evoluzione, allo scopo di chiarire l'origine delle limitazioni poste al diritto in questione. Inoltre, si intende complicare la ricezione generalmente positiva con cui le decisioni che hanno superato il requisito chirurgico sono state accolte dalla letteratura più vicina alle istanze trans. Da questo punto di vista permangono, infatti, considerevoli elementi critici.

¹³¹ Per un'analisi del diritto all'autodeterminazione di genere tramite il giudizio di proporzionalità, sia consentito il rinvio a R. Rubio-Marín – S. Osella, *La autodeterminación de género*, cit.

¹³² Questa sezione riprende ed espande la ricerca precedente dell'autore, e in particolare S. Osella, *Reinforcing the binary*, cit.

¹³³ Articolo 1, legge 14 aprile 1982, n. 164.

¹³⁴ Cfr. n. 3 e il testo che la accompagna.

¹³⁵ Cost., 221/2015, § 4.1 *in diritto*.

¹³⁶ Sugli aspetti processuali, si veda, da ultimo: C. Perago, *Il procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso e la tutela del diritto all'identità di genere*, in *Il Foro Italiano*, 2020, p. 23 ss.

¹³⁷ A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013; F. Bilotta, *Transessualismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2013; C. Angiolini, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso tra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 263 ss.

Stefano Osella

*Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata**I diritti intersex e l'accesso al matrimonio tra persone dello stesso sesso*

Prima di discutere i diritti delle persone trans, è utile anche con riferimento al contesto italiano qualche breve cenno allo stato dei diritti delle persone intersex nonché alla persistente eterosessualità del matrimonio. Il quadro giuridico in materia è infatti correlato all'attuale forma del diritto all'identità di genere. Per quanto riguarda i diritti intersex, a livello comparato e sovranazionale si vedono sviluppi impensabili fino a qualche anno fa¹³⁸. Tuttavia, l'eco a livello nazionale pare ridotta, per non dire assente. Assistiamo infatti a una complessiva mancanza di fonti legislative o regolamentari direttamente concernenti il trattamento delle persone intersex¹³⁹, nonché di una significativa giurisprudenza in materia. Le poche e, a questo punto, datate fonti – peraltro non vincolanti – non sembrano offrire risposte congruenti alle principali domande degli attivisti.

In questo contesto, può assumere importanza pratica il rapporto del 2010 del Comitato Nazionale di Bioetica (CNB)¹⁴⁰. In esso, il CNB stabilisce alcuni rilevanti principi, tra cui la necessità di garantire il benessere ai pazienti e l'irrinunciabilità del consenso informato. A questo scopo, il CNB considera spunti teorici molto simili a quelli valutati dalla – anch'essa citata – Corte costituzionale colombiana nella sentenza SU-337/99¹⁴¹. Tuttavia, nonostante queste aperture, il rapporto sembra tradire una certa chiusura nei confronti della diversità sessuale. In primo luogo, sono considerati «non solo [...] leciti ma anche doverosi» gli «interventi irreversibili», purché volti al raggiungimento di «condizioni future per giungere ad una armonica identificazione, comprendendo fra le stesse anche l'esercizio della futura attività sessuale»¹⁴². Il CNB esclude gli interventi sulle persone intersex solo «eccezionalmente, in alcuni casi più

¹³⁸ Cfr., per esempio: J. Scherpe – A. Dutta – T. Helms, *The legal status of intersex persons*, Cambridge, 2018. Si veda anche A. Lorenzetti, *I profili giuridici dell'intersessualità*, in M. Balocchi (a cura di), *Intersex. Antologia multidisciplinare* G. Viggiani, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, in *Biolan journal*, 2019, p. 433; A. Lorenzetti, *I profili giuridici dell'intersessualità*, in M. Balocchi, (ed.) *Intersex. Antologia Multidisciplinare*, Pisa, 2019. Per una prospettiva comparata: G. Cerrina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, p. 303 e ss.

¹³⁹ Del genere che si sta sviluppando in Europa e nel mondo, che regola specificamente lo status dei trattamenti sulle persone intersex. Per fare alcuni recenti esempi non esaustivi, cfr. la legge tedesca sulla protezione dei bambini con una variazione dello sviluppo sessuale (*Gesetz zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung*) del 21 maggio 2021, oppure l'articolo 19 della legge spagnola 4/2023 del 28 febbraio 2023 per l'eguaglianza reale ed effettiva delle persone trans e per la garanzia dei diritti delle persone LGBTI (*para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGBTI*).

¹⁴⁰ Comitato Nazionale di Bioetica (CNB), *Disturbi della differenziazione sessuale nei minori*, Roma, 2010.

¹⁴¹ Tra le fonti citate, troviamo, ad esempio: I. A. Hughes – C. Houk – S. F. Ahmed – P.A. Lee – LWPE51/ESPE2 Consensus Group, *Consensus statement on management of intersex disorders*, in *Archives of Disease in Childhood*, 2006, p. 554 ss.; J. Butler, *op. cit.*; A. Domurat Dreger, *Hermaphrodites and the medical invention of sex*, Cambridge, 1998.

¹⁴² CNB, § 6.2.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

difficili (ossia i casi in cui non emergono dati obiettivi per l'assegnazione sessuale)¹⁴³. Non occorre qui esplorare in dettaglio come quest'approccio si ponga in conflitto con le domande degli attivisti¹⁴⁴ che richiedono la fine dei trattamenti non necessari per la salute fisica, rigettando tutti quelli volti alla preservazione di un supposto e largamente contestato benessere psicologico¹⁴⁵. Piuttosto, è sufficiente considerare come il CNB sembri stigmatizzare la diversità dei corpi sessuati, visti come patologici e da correggere. La *ratio* della – eccezionale – proibizione degli interventi non sembra poi tanto volta alla salvaguardia dell'integrità fisica delle persone interessate quanto ad evitare un'assegnazione errata del sesso, che, in questa prospettiva, comporterebbe necessità di transizione futura¹⁴⁶.

Simile è l'atteggiamento nei confronti delle eccezioni al binario sessuale. Rigettando l'ipotesi di registrare i bambini intersex «come tali»¹⁴⁷, il CNB afferma, *in primis*, che garantire un terzo sesso anagrafico senza adeguato supporto normativo (comunque né consigliato né incoraggiato) comporterebbe «pesanti alterazioni» nell'ordinamento giuridico italiano; secondo, i bambini intersex registrati come non binari verrebbero additati come diversi; terzo, le fisicità intersex – «disturbi, anomalie e patologie [...] manifestano una situazione di incertezza nell'assegnazione sessuale e sull'incertezza non ha senso costruire un'identità terza»¹⁴⁸. Al netto di ogni ulteriore valutazione nel merito di queste affermazioni, appare chiaro il rigetto della diversità sessuale e il ruolo di questa concezione patologizzante nella preservazione del binarismo *anche* nel diritto. Il corpo sessuato è e rimane saldamente concepito come binario, mentre i corpi non conformi sono ridotti all'ambiguità e all'eccezione che, in quanto tale, delegittima un terzo sesso nello stato civile. Come è evidente, siamo agli antipodi rispetto all'approccio della Corte colombiana e alla celebrazione della diversità contenuta nella sua giurisprudenza.

Eguale è la posizione sul diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Com'è noto, il matrimonio rimane, a livello legislativo, eterosessuale. L'introduzione delle unioni civili per le coppie dello stesso sesso, inoltre, ha in tutta probabilità rafforzato l'eterosessualità del matrimonio¹⁴⁹. Appare inoltre pacifico che un diritto al matrimonio egualitario *non* è stato riconosciuto da parte della Corte

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Sia consentito il rimando a Osella, *When comparative law walks the path of anthropology*, cit., p. 935 ss.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ J. Repo, *op. cit.*

¹⁴⁷ Occorre menzionare che il CNB suggerisce la possibilità di annotare sull'atto di nascita «non [l']incerta attribuzione sessuale del neonato, ma [la] patologia di cui egli soffre» sulla base di una «rigorosa certificazione medica», da poter utilizzare in seguito per un'eventuale rettificazione anagrafica nel (CNB, *op. cit.*, p. 21). La terminologia adottata lascia effettivamente pochi dubbi sulla considerazione dell'intersessualità da parte del CNB.

¹⁴⁸ CNB, § 6.5.

¹⁴⁹ Legge 20 maggio 2016, n. 76.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

costituzionale. Sulla sua ammissibilità alla luce del dettato costituzionale – cioè sulla discrezionalità del legislatore in materia – si registrano opinioni divergenti¹⁵⁰. Non interessa ora prendere posizione in questo dibattito. Pare comunque innegabile che le enfatiche dichiarazioni sull'eguaglianza e autonomia sessuale contenute nella giurisprudenza colombiana non trovano replica nel contesto costituzionale italiano. Nonostante le significative differenze tra i contesti, occorre poi sottolineare come la stessa giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nonostante alcuni sviluppi ben accolti nella letteratura più vicina alle istanze LGBTQI+¹⁵¹, sia lontana dal supporto esplicito al matrimonio tra persone dello stesso sesso del sistema interamericano. Queste limitazioni nel diritto di famiglia, nell'opinione della Cassazione e della Corte costituzionale italiane, rappresentano un significativo limite per l'autodeterminazione di genere. Pare dunque accettabile affermare che il binarismo sessuale si intreccia con un'eteronormatività istituzionale, stabilendo quel legame tra i due fenomeni che è uno degli architravi della *queer theory* e del pensiero di Judith Butler¹⁵². Al netto di ulteriori considerazioni, il retroterra per il riconoscimento di forme diverse di identità sessuale – e per dei «guai di genere»¹⁵³ – non appare certamente ideale.

La nascita di un diritto medicalizzato all'identità sessuale

Nonostante la presenza di sentenze di merito e di legittimità sul riconoscimento dell'identità sessuale già a partire dagli anni '60 e '70 del XX secolo¹⁵⁴, la prima decisione

¹⁵⁰ Per una lettura della sentenza 138 del 2010 favorevole all'introduzione del matrimonio omosessuale per via legislativa, cfr., per tutti, B. Pezzini, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 2715. Contra: M. Cartabia, *op. cit.*; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: Il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2011, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0226_pugiotto.pdf; R. Romboli, *Il diritto «consentito» al matrimonio e il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 1629 ss. La successiva sentenza n. 170 del 2004, con cui la Corte costituzionale sembra chiudere alla possibilità del matrimonio *same-sex*, sembra tuttavia avere dato ragione a questi ultimi. Cfr: R. Romboli, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: Quando la Corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, in *Foro italiano*, 2014, c. 2680; P. Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di «divorzio imposto»: Il «caso Bernaroli» nella sentenza n. 170/2014*, in *forumcostituzionale.it*, 6 luglio 2014, https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2013/05/0029_nota_170_2014_veronesi.pdf.

¹⁵¹ Corte giust., 5 giugno 2018, C-673/13, *Coman*. In riferimento alla CEDU, si veda l'esautivo: D. Gonzalez Salzberg, *Sexuality and transsexuality under the European Convention on Human Rights. A queer reading of human rights law*, London, 2019.

¹⁵² J. Butler, *op. cit.*, p. 22; J. Halley, *op. cit.*, p. 136.

¹⁵³ Il riferimento è a J. Butler, *op. cit.*

¹⁵⁴ P. Antignani, *op. cit.*

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

costituzionale sul diritto all'identità sessuale risale al 1979¹⁵⁵. La Corte era stata chiamata a giudicare sulla compatibilità con gli articoli 2 e 24 della Costituzione delle norme sulla rettificazione dell'atto di nascita¹⁵⁶ che, per costante interpretazione, escludevano il «transessualismo» dalle cause valide per la correzione dell'indicazione di sesso. Dando una lettura «chiusa» dell'articolo 2 della Costituzione, la Corte aveva escluso l'esistenza di un diritto all'identità sessuale e dichiarato l'infondatezza della questione, attirandosi peraltro critiche dalla dottrina¹⁵⁷. Aveva puntualizzato in sentenza che la questione poteva «suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore» richiamandone tuttavia «i relativi limiti in ordine al matrimonio, che la Costituzione definisce fondamento della famiglia come 'società naturale'». Tale statuizione era forse un invito alla identificazione di una soluzione per via legislativa¹⁵⁸. La sentenza indica tuttavia in modo molto chiaro il limite alla discrezionalità del legislatore, vale a dire la preservazione del matrimonio (eterosessuale). La concezione dell'identità trans – o meglio, secondo i termini dell'epoca, del «transessualismo» – riflette lo spirito del tempo, con una narrativa fortemente medicalizzata che non concepisce il fenomeno trans se non in termini di «intrappolamento in un corpo sbagliato»¹⁵⁹.

Quali che fossero le intenzioni della Corte, la decisione ebbe effetti radianti sulla comunità trans¹⁶⁰. Fiorirono proteste coordinate dal Mit¹⁶¹ e dal *Fuori!*¹⁶², nonché sinergie con partiti politici che sfociarono in iniziative parlamentari. Il risultato, dopo alterne vicende, fu la legge 164 del 1982 – certamente innovativa nel contesto dell'epoca. Anche nel caso delle iniziative parlamentari, il soggetto beneficiario del

¹⁵⁵ Cost., 12 luglio 1979, n. 98.

¹⁵⁶ In particolare, si faceva riferimento agli articoli 165 e 167 del regio decreto legge 9 luglio 1939, n. 1238, e dell'articolo 454 del codice civile.

¹⁵⁷ Cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione*, cit., p. 58 e la dottrina ivi richiamata, come: S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, p. 1184 ss.; M. Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso, e principi costituzionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, p. 27 ss.

¹⁵⁸ Parte della dottrina aveva ritenuto quest'espressione un invito al legislatore (M. Garutti – F. Macioce, *Il diritto all'identità sessuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1981, p. 273 ss.) mentre altri dissentivano (S. Patti – M. R. Will, *La «rettificazione di attribuzione di sesso»: Prime considerazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, p. 729 ss.).

¹⁵⁹ Sulla concezione medicalizzata dell'identità trans all'origine dell'attuale disciplina, cfr. B. Pezzini, *Transgenere in Italia*, cit.

¹⁶⁰ La nozione di «radiating effect» è stata elaborata dall'antropologo del diritto Mark Galanter, che ha sottolineato come le decisioni giudiziali possano avere una serie ampia di effetti politici e sociali che vanno al di là del dato strettamente giuridico. Le sentenze infatti possono veicolare «a whole set of messages that can be used as resources in making (or contesting) claims, bargaining (or refusing to bargain), and regulating (or resisting regulation)», (M. Galanter, *The radiating effects of courts*, in K. Boyum – L. Mather (eds.), *Empirical theories about courts*, New Orleans, 1983, p. 136).

¹⁶¹ Movimento italiano transessuali, attualmente rinominato Movimento d'identità trans, cfr: <https://mit-italia.it>.

¹⁶² Fronte Unitario Omosessuale Rivoluzionario Italiano. Cfr: See G. Rossi Barilli, *Il Movimento Gay in Italia*, Milano, 1999.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

diritto alla rettificazione del sesso anagrafico è la persona transessuale, intrappolata nel corpo sbagliato sin dall'infanzia e alla disperata ricerca di una trasformazione fisica cui seguisse una nuova identità giuridica. Le preoccupazioni della Corte circa l'articolo 29 della Carta sembrano riflettersi in una percepibile ansia che traspare da alcune dichiarazioni contenute nei dibattiti parlamentari. Qui è possibile trovare riferimenti alla continuazione della specie e alla moralità pubblica, che, come chiarisce Lorenzo Bernini, è sovente connessa all'eteronormatività¹⁶³. I distinguo tra omosessualità e condizione trans appaiono essere un'ulteriore indicazione della tensione che animava il dibattito. Ogni preoccupazione veniva tuttavia tenuta a bada tramite una narrazione medicalizzata, percepita come la garanzia della serietà dell'intera vicenda trans¹⁶⁴. Viene esclusa la volontarietà della condizione «transessuale», che pare invece essere un'afflizione di cui le vittime sono proprio le persone trans stesse¹⁶⁵.

Poco dopo il legislatore, è stato il turno della Corte costituzionale. Rigettando la questione di costituzionalità sollevata dalla Cassazione – in cui se non esclusive, erano comunque centrali le preoccupazioni sulla tenuta dell'impianto eterosessuale della famiglia¹⁶⁶ – la sentenza 161 del 1985 ha sancito l'esistenza di un diritto fondamentale «all'identità sessuale» basato sul diritto alla salute¹⁶⁷. Tale decisione – come ampiamente riconosciuto – offre alcuni passaggi di grande civiltà giuridica. Notevole è la protezione del pluralismo, con l'enfasi posta sulla necessità di accettazione delle minoranze e della diversità, anche quando esse possano apparire «anomale»¹⁶⁸. La trasformazione in senso più complesso della nozione di «identità sessuale», distaccata dalla mera fisicità ma inclusiva di elementi psicologici e sociali appare tuttora innovativa, e capace di interpretazioni estensive che possono aprire a forme anche meno comuni di identità di genere¹⁶⁹. Infine, l'enfasi sulla salute in senso ampio della persona – in ultima analisi, l'unica titolata a valutare il proprio benessere – sembra riattribuire signoria sul proprio corpo ai diretti interessati e, al contempo, eliminare la legittimità di opposizioni di terzi ad entrare in contatto con le persone trans. Questa decisione fu accolta positivamente e venne vista fondare il diritto di ogni persona a essere sé stessa, ad autorappresentarsi, e a essere accettata nella sua unicità¹⁷⁰. Ad oggi, i principi che enuncia paiono di grande valore per improntare una società ove la diversità sessuale è protetta.

¹⁶³ L. Bernini, *Queer Apocalypses: Elements of Antisocial Theory*, London, 2017, p. 3-4.

¹⁶⁴ Appare superfluo in questa sede esplorare le connessioni tra medicalizzazione e controllo della sessualità, specialmente delle sessualità devianti. La letteratura in materia è immensa, a partire da: M. Foucault, *The history of sexuality. Volume 1: An introduction*, tr. Alan Sheridan, New York, 1978.

¹⁶⁵ Per un'analisi approfondita dei dibattiti parlamentari, si rimanda a: S. Voli, 'Il parlamento può fare tutto, tranne che trasformare una donna in un uomo e un uomo in una donna'. (Trans)sessualità, genere, e politica nel dibattito parlamentare della legge 164/1982, in *Italia contemporanea*, 2018, p. 83-84.

¹⁶⁶ Cass., sez. I, 15 aprile 1983, ord. 783.

¹⁶⁷ Articoli 2 e 32 della Costituzione.

¹⁶⁸ Cost., 12 luglio 1985, n. 161, § 4 *in diritto*.

¹⁶⁹ Cost., 161/2015, § 3 *in diritto*.

¹⁷⁰ M. Dogliotti, *op. cit.*, p. 236.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

Tuttavia, appare innegabile che il paradigma medico è profondamente radicato nella decisione. In effetti, come sottolineato in dottrina, l'identità della persona trans è vincolata ad una struttura corporea piuttosto definita, inclusiva delle «diverse componenti fisiche e psicologiche, corporee e spirituali»¹⁷¹. La persona «transessuale» non viene cioè concepita se non in relazione alla trasformazione fisica, che in ogni caso è necessitata. La salute, diritto base dell'identità sessuale, pur prevalendo sul principio della certezza delle relazioni giuridiche¹⁷², pare tuttavia fondare un diritto all'identità sessuale dove il coinvolgimento medico – funzionale a fare coincidere soma e psiche – è presupposto¹⁷³. Sarebbe insomma la stessa centralità del diritto alla salute, perlomeno per come a oggi interpretato in relazione alle persone trans, a contribuire al collegamento tra riconoscimento dell'identità di genere e la trasformazione complessiva della persona che la richiede¹⁷⁴.

Il paradigma medico sembra poi utile per la preservazione degli interessi pubblici in contrasto con l'identità sessuale. Pur senza un formale bilanciamento tra posizioni contrapposte, la trasformazione fisica (che, sebbene non necessariamente per via chirurgica, è sempre presupposta) sembra essere concepita a salvaguardia della certezza delle relazioni giuridiche. Nelle parole della Corte:

«è certo che il far coincidere l'identificazione anagrafica del sesso *alle apparenze esterne del soggetto interessato* o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali e, così, la certezza dei rapporti giuridici» (enfasi aggiunta)

In questo passaggio, paiono riecheggiare le prospettazioni contenute nel parere del Ministero di Grazia e Giustizia al Collegio. Qui, si legge che la rettificazione del sesso anagrafico «non [...] genera uno sconvolgimento della vita di relazione [...] perché nella quasi totalità dei casi i soggetti che chiedono di sottoporsi agli interventi hanno già una apparenza esteriore inequivoca nell'indicare l'appartenenza dell'altro sesso e come tali conseguentemente si comportano [. Quindi] *l'esigenza della chiarezza e della certezza dei rapporti giuridici viene soddisfatta proprio attribuendo, anche giuridicamente, rilevanza agli interventi, mentre solo confusione ed incertezza continuerebbe a regnare* nei rapporti

¹⁷¹ M. Cartabia, *op. cit.*, p. 288.

¹⁷² Fondamentale appare il contributo di B. Pezzini, *Transessualismo, salute ed identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, p. 461 ss. L'importanza della prospettiva della salute rispetto a quella dell'autodeterminazione nel contesto storico è chiarita da Pezzini, *Transgenere in Italia*, cit.

¹⁷³ In questo senso, A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 35-36.

¹⁷⁴ Sembra potersi leggere in questo senso Cartabia, *op. cit.*, p. 289-292, specialmente quando l'Autrice contrasta l'approccio della Corte costituzionale con quello della Corte Edu che, in *I. v. UK e Christine Goodwin v. UK*, fonda il diritto all'identità di genere nel diritto a «determinare i dettagli della propria identità», derivato dall'autonomia protetta dall'articolo 8 CEDU.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

intersoggettivi, *ove si volesse conservare*, ai soggetti di cui si tratta, *l'iniziale sesso anagrafico*¹⁷⁵ (enfasi aggiunta). In altre parole, nonostante il diritto alla salute prevalga sul principio alla certezza delle relazioni giuridiche, quest'ultimo viene comunque preservato grazie alle trasformazioni fisiche che sembrano essere presupposte in ogni caso. Pare, insomma, che si assista ad un bilanciamento implicito¹⁷⁶. Non stupisce pertanto che Porpora Marcasciano, figura storica dell'attivismo trans in Italia, si sia riferita al diritto all'identità sessuale così costruito come a «una sanatoria»¹⁷⁷: le persone trans che desiderano il riconoscimento devono infatti definirsi secondo un genere binario, chiaramente riconoscibile e intelligibile come maschio o femmina¹⁷⁸.

Nonostante non sia immediatamente correlato al tema delle precondizioni per il riconoscimento dell'identità di genere, oggetto del presente contributo, appare comunque proficuo un brevissimo cenno alla questione del cd. «divorzio imposto». Infatti, come sostenuto in dottrina, la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto precedentemente alla rettificazione del sesso sarebbe la conferma del paradigma eterosessuale che anima la legge 164 del 1982¹⁷⁹. A differenza di altre esperienze nazionali¹⁸⁰, la preservazione della matrice eterosessuale della famiglia è effettivamente l'unico interesse in tensione con la rettificazione degli atti anagrafici che il legislatore si è dato pena di regolare. La Corte costituzionale, con la sentenza 170 del 2014, non pare avere fundamentalmente alterato questo paradigma. Anzi, pur enunciando un diritto della persona trans a mantenere una relazione di coppia e a ottenerne un riconoscimento giuridico, il Collegio ha insistito che quest'ultimo *non* può avere forma matrimoniale e che la preservazione di un simile matrimonio entrerebbe in conflitto con l'articolo 29 della Costituzione. In breve, come scritto dalla Corte di cassazione nell'ordinanza di rimessione al giudice costituzionale, la legge 164 del 1982 è «interamente ispirata dall'esigenza di favorire la corrispondenza tra soma e psiche

¹⁷⁵ R. Romboli, *Commento sub. Articolo 5 del Codice Civile*, in A. Pizzorusso – R. Romboli – U. Breccia – A. De Vita, *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca. Art. 1-10*, Bologna, 1988, p. 261, in particolare nota a piè di pagina n. 33.

¹⁷⁶ Per un'analisi circa il possibile bilanciamento operato dalla Corte, cfr. A. Lorenzetti, *Identità di genere e operazione di bilanciamento: modalità e limiti nella giurisprudenza delle corti nazionali e corti sovranazionali*, in *Bocconi Legal Papers*, 2013, p. 99 ss.

¹⁷⁷ S. Voli, *op. cit.*, p. 101.

¹⁷⁸ Cfr. L. Arietti – C. Ballarin – G. Cuccio – P. Marcasciano (a cura di), *Elementi di critica trans*, Roma, 2010, p. 99.

¹⁷⁹ B. Pezzini, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte Costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettificazione di sesso (ordinanza 14329/2013 Corte di Cassazione)*, in *GenIus*, 2014, p. 21 ss.

¹⁸⁰ Per esempio, nel *Gender Recognition Act* del 2004, il legislatore britannico ha per esempio disciplinato gli effetti del riconoscimento di genere con riferimento al matrimonio, alla genitorialità, alla sicurezza sociale e benefici pubblici, diritto discriminatorio, diritto successorio, successione alle parie del Regno, *trusts*, competizioni sportive, e crimini specifici per genere.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

nell'individuazione della identità di genere senza modificare il preesistente regime giuridico dei rapporti coniugali»¹⁸¹.

Le recenti evoluzioni in materia di intervento chirurgico sui genitali primari – Fu vera gloria?

Nel corso di circa tre decenni, la legge 164 del 1982 è stata applicata in maniera complessivamente uniforme¹⁸². La previa «modificazione dei caratteri sessuali» – da autorizzare con un precedente giudizio separato, «quando necessario» – normalmente includeva trattamenti chirurgici sui caratteri sessuali primari: in sostanza, la sterilizzazione chirurgica¹⁸³. Venivano poi richieste modificazioni ai caratteri sessuali secondari, ossia tutti quei tratti associati alla corporalità sessuata ad esclusione degli organi immediatamente riproduttivi. La trasformazione sociale della persona era poi regolarmente esaminata. Pur non mancando casi di riconoscimento in assenza del trattamento sugli organi sessuali primari, essi si riducevano ad eccezioni motivate da ragioni tecniche o di salute. Il numero di casi simili era tuttavia diventato più significativo a partire dai primi anni 2010¹⁸⁴. Al contempo si registravano evoluzioni a livello comparato e sovranazionale in Europa. La Suprema Corte Amministrativa e la Corte costituzionale austriache avevano rimosso il requisito di una sterilizzazione chirurgica nel 2009. Simili passi erano stati compiuti dalla Corte costituzionale federale tedesca nel 2011 e dalla Corte Amministrativa d'Appello svedese nel 2012¹⁸⁵.

Movimenti si potevano registrare anche a livello sovranazionale. Nel 2009, il Commissario per i diritti umani del consiglio di Europa aveva condannato il requisito della sterilizzazione, senza censurare forme, per così dire, meno intense di medicalizzazione, quali i trattamenti ormonali o la diagnosi psichiatrica¹⁸⁶. Nel 2010, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa aveva invitato gli Stati ad assicurare il riconoscimento dell'identità sessuale «senza obbligo di sottoporsi a sterilizzazione o ad altra procedura medica»¹⁸⁷. Con la risoluzione 2048 del 2015, l'Assemblea aveva poi invitato gli stati a garantire «procedure di rettificazione del sesso veloci, trasparenti,

¹⁸¹ Cass., sez. I, 6 giugno 2013, n. 14329, § 4.

¹⁸² Per una ricostruzione comprensiva delle evoluzioni precedenti la sentenza 221 del 2015, cfr. A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 59 ss.

¹⁸³ Cfr. F. Bilotta, *Transessualismo*, cit., p. 760; S. Patti, *Transessualismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, 1999, p. 423.

¹⁸⁴ A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 59 ss.

¹⁸⁵ BVerfG, 11 gennaio 2011, 1 BvR 3295/07 (Germania); VwGH, 27 gennaio 2009, 2008/17/0054; VfGH, 3 dicembre 2009, B 1973/08-13 (Austria); Corte d'Appello Amministrativa di Stoccolma, caso n. 1968–12, 19 dicembre 2012.

¹⁸⁶ T. Hammarberg, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Human rights and gender identity*, Strasburgo, 29 luglio 2009, CommDH/IssuePaper (2009).

¹⁸⁷ *Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe 1728 (2010) on Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*, § 16.11.2., <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17853>.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

accessibili, e basate sull'autodeterminazione»¹⁸⁸. Con la sentenza in *Y.Y. c. Turchia*, la Corte EDU aveva condannato la Turchia per violazione dell'articolo 8 CEDU, in quanto la sua normativa richiedeva la sterilizzazione quale prerequisito per accedere ai trattamenti medici di riassegnazione del genere¹⁸⁹. Anche il diritto dell'Unione Europea registrava evoluzioni giurisprudenziali degne di nota e generalmente positive per le persone trans¹⁹⁰.

I tempi apparivano dunque propizi per evoluzioni nell'ordinamento nazionale. Nel 2015, con decisione comunemente ritenuta una vittoria per i diritti trans ma che pure non va esente da critiche, la Corte di cassazione ha escluso che la legge 164 del 1982 richieda in ogni caso l'intervento sugli organi sessuali primari¹⁹¹. La Corte ha fatto perno sull'ambiguità letterale della legge 164 del 1982. Poiché, secondo alcune ricostruzioni, il dettato normativo renderebbe facoltativa la possibilità dell'operazione sugli organi sessuali primari¹⁹², la Cassazione ha ritenuto di poter offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata senza dover sollevare questione di costituzionalità¹⁹³.

Tale incertezza normativa, si legge in sentenza, deve essere risolta tramite un giudizio di proporzionalità, che guidi l'interpretazione della disposizione. Il sesso anagrafico del singolo individuo si manifesta dunque come un bilanciamento di interessi contrapposti e diviene un compromesso tra principi in tensione. Da un lato, la Corte sottolinea la presenza di un interesse pubblico nella «chiara determinazione dei generi» nonché nella «certezza delle relazioni giuridiche», interessi che – viene esplicitato – sono ostacolo all'esistenza di un «tertium genus» composto dalle

¹⁸⁸ *Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe 2048 (2015) on Discrimination against transgender people in Europe*, § 6.2., <http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=21736>.

¹⁸⁹ Corte EDU, 10 marzo 2015, ric. 14793/08, *Y.Y. c. Turchia*.

¹⁹⁰ Sia consentito un rimando a S. Osella, *The Court of Justice and gender recognition: A possibility for an expansive interpretation*, in *Women's Studies International Forum*, 2021, 102493. Sebbene successiva alle principali evoluzioni italiane discusse nel testo, sembra interessante menzionare la *soft law* del Parlamento Europeo, che, ha accolto «con favore le leggi adottate in alcuni Stati membri che permettono il riconoscimento giuridico del genere sulla base dell'autodeterminazione [e] incoraggia[to] altri Stati membri ad adottare una legislazione analoga» (Risoluzione del Parlamento europeo del 14 febbraio 2018 sui diritti delle persone intersessuali (2018/2878(RSP)), § 9, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_IT.html).

¹⁹¹ Cass., 15138/2015.

¹⁹² Come accennato, l'articolo 3 della legge 162 del 1982, prevede che «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza». Sull'interpretazione di tale «quando», si erano divisi gli interpreti, tra chi sosteneva che la disposizione rendesse facoltativo l'adeguamento, e chi sosteneva che l'adeguamento in sé non fosse facoltativo, ma che si potessero immaginare ipotesi in cui l'operazione non fosse necessaria (per esempio, perché avvenuta all'estero). Alcune pronunce di merito aveva accolto questa impostazione: Cfr. F. Bilotta, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, p. 1118-1120; A. Lorenzetti, *Diritti in transito cit.*, p. 39 ss.

¹⁹³ Fondata sugli articoli 2, 3, e 32 della Costituzione italiana, nonché sull'articolo 8 della CEDU.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

caratteristiche di quelli maschile e femminile. L'introduzione di un simile sesso, continua la Corte, comporterebbe la creazione di «situazioni relazionali (unioni coniugali o rapporti di filiazione) non previste attualmente dal nostro sistema di diritto familiare e filiale». Proprio per questa ragione la Corte reputa «necessario per il mutamento di sesso un irreversibile cambiamento dei caratteri sessuali anatomici che escluda qualsiasi ambiguità»¹⁹⁴.

La Corte naturalmente riconosce le profonde evoluzioni che hanno interessato la materia. Tuttavia, l'identità trans viene ancora descritta in termini di «disforia di genere» ed associata ad un «lungo» processo di trasformazione fisica per consentire l'affermazione dell'identità individuale. La Corte ripropone cioè la narrativa – non errata, ma sicuramente parziale – del «corpo stagliato». D'altro canto, la sentenza dà atto che la fine di questo processo di trasformazione medica non può essere predeterminata in modo uniforme per ogni caso. Al contrario, essa deve essere stabilita volta per volta da parte della persona interessata – alla fine dei conti, l'unica fondamentalmente titolata a dire se ha raggiunto l'equilibrio tra soma e psiche e un senso di benessere. Pertanto, la sentenza supera l'obbligatorietà dell'intervento sugli organi sessuali primari, ritenuto centrale agli albori della disciplina.

Tuttavia, per ben tre volte, la sentenza ribadisce che i trattamenti medici *devono* essere presenti. La transizione è definita come un percorso profondamente travagliato, irreversibile, necessitante senza eccezione di supporto medico e psicologico. Tale supporto, insiste la Cassazione, deve essere rigorosamente controllato tramite il coinvolgimento di esperti in campo medico e psicologico, anche per verificare la definitività della trasformazione individuale. Nel caso di specie, la ricorrente viveva nel genere femminile da molti anni ed era sostanzialmente sterile a causa di un protratto trattamento ormonale, ampiamente documentato da perizie mediche. La Corte ha quindi ritenuto che si fosse raggiunta l'irreversibilità della transizione. L'intervento non era perciò necessario.

La decisione, come menzionato, è stata accolta con favore dalla letteratura giuridica e non solo più vicina alle istanze trans. Da questo punto di vista, sicuramente, contiene molto per cui essere lodata. Partendo dall'ovvio: il requisito della sterilizzazione chirurgica è stato superato. Questo conforta la possibilità di un'applicazione meno stringente della legge¹⁹⁵, andando a soddisfare una domanda centrale degli attivisti. In questo senso, può essere positivamente accolta con una lettura «dal basso». Inoltre, la decisione sembra fare rientrare la tensione con il diritto sovranazionale. Una diversa interpretazione della legge 164 del 1982 entrerebbe in collisione con la giurisprudenza di Strasburgo. Con *AP, Garçon et Nicot c. Francia*, la

¹⁹⁴ Sulla centralità dell'eteronormatività nella legge 164 del 1982 e nella sua applicazione – specialmente, ma non solo, in riferimento alla disciplina del matrimonio della persona trans – si veda B. Pezzini, *Transgenere in Italia: Le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, cit.

¹⁹⁵ Come specificato, la giurisprudenza di merito, con alcune pronunce (non certo maggioritarie), aveva aperto a questa possibilità. *Cfr.* n. 189 *supra*.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

Corte EDU ha infatti condannato per violazione dell'articolo 8 della CEDU la sterilizzazione delle persone trans richiedenti il riconoscimento dell'identità di genere. Inoltre, l'enfasi sul raggiungimento di una condizione di benessere ed equilibrio quale fine fondamentale del diritto all'identità di genere attribuisce maggiore centralità al vissuto della persona trans, che, come già detto, risulta l'unica in grado di determinare se tale benessere è stato raggiunto o meno. Questo approccio apre dunque anche a potenziali *ulteriori* riduzioni dei requisiti medici. Laddove spetti all'individuo determinare la conclusione della transizione, tale determinazione potrebbe anche arrivare *prima* dei trattamenti ormonali (per esempio).

Al contempo, tuttavia, la Cassazione sembra fare sforzi erculei per rimarcare la necessità di medicalizzazione. La presenza dei medici è equiparata a serietà, e questo rigore è il punto di equilibrio tra il diritto all'identità sessuale e la struttura eterosessuale della famiglia¹⁹⁶. La trasformazione dei caratteri secondari non solo non è condannata, nonostante essa non sia necessariamente anelata dalle persone trans. Addirittura, questa trasformazione sembra essere necessaria quale garanzia dell'irreversibilità della transizione – quest'ultima anche concepita come punto di incontro tra certezza delle relazioni giuridiche e istanze dei singoli¹⁹⁷. Sicuramente scettico è l'atteggiamento della Cassazione verso le deviazioni dal binario sessuale. E invero il «tertium genus» viene rigettato in quanto incompatibile con le forme di famiglia riconosciute nell'ordinamento. Insomma, se da un lato questa decisione ha effettivamente accolto un'istanza dell'attivismo LGBTQI+, dall'altro ha controbilanciato quest'apertura con un radicamento del ruolo medico, del binario sessuale e della irreversibilità di una trasformazione fisica dei caratteri sessuali secondari – in coerenza, si ribadisce, con il dato dogmatico incentrato sul diritto alla salute¹⁹⁸.

Considerazioni simili si ripropongono con riferimento alla sentenza costituzionale 221 del 2015, di qualche mese successiva¹⁹⁹, nuovamente sul requisito chirurgico²⁰⁰. La questione di legittimità in riferimento all'articolo 1 della legge 164 del 1982 veniva dichiarata non fondata tramite un'interpretativa di rigetto, proprio alla luce della lettura offerta dalla Cassazione. Nuovamente, dunque, si afferma che il godimento del diritto all'identità di genere non può essere subordinato all'operazione

¹⁹⁶ C.M. Reale, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BiolaW journal*, 2016, p. 285.

¹⁹⁷ Si concorda con le critiche espresse da Salvatore Patti, che ha espressamente condannato la richiesta della trasformazione dei caratteri sessuali secondari (cfr. S. Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 647-650).

¹⁹⁸ A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., p. 37.

¹⁹⁹ Cost., 21 ottobre 2015, n. 221.

²⁰⁰ Si lamentava la costituzionalità dell'articolo 1, legge 164 del 1982, che avrebbe imposto in ogni caso – nella lettura data dal rimettente – un'operazione chirurgica sulle caratteristiche sessuali del richiedente la rettificazione con gli articoli 2, 3, 32, e 117 della Costituzione – quest'ultimo in relazione con l'articolo 8 della CEDU.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

sui genitali. Ciò nonostante, tale diritto è costruito nuovamente in termini medici. La decisione descrive la persona come titolare della scelta della modalità di transizione; tuttavia questa scelta non è solamente dell'individuo, ma si sviluppa «con l'assistenza del medico e di altri specialisti» che supportano il giudice nella valutazione²⁰¹. Esclusa in radice è ogni apertura all'autodeterminazione nella sua forma più piena – o anche solo a un approccio che non includa trattamenti medici – poiché la transizione a scopo di rettificazione «deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali, e fisici» che formano l'identità di genere. Riprendendo la Cassazione, il giudice delle leggi considera che la complessità della transizione – in quanto sostenuta da presidi medici e psicologici da controllarsi tramite «rigoroso procedimento giudiziale» – offre garanzia di un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche che, nel contesto, pare evocino primariamente, sebbene non in via esclusiva, la struttura eterosessuale della famiglia.

Anche per questa sentenza valgono le osservazioni offerte in merito all'arresto della Cassazione. La decisione costituzionale ha molto di apprezzabile se la si guarda «dal basso», come ad esempio la «flessibilità» offerta alle persone trans²⁰², la ribadita centralità del diritto alla salute²⁰³, e certamente l'accoglimento di un'istanza fondamentale dei movimenti²⁰⁴. In un certo senso, è stata vista conferire talmente tanta flessibilità che sono state da alcuni invocate correzioni legislative – che, per esempio, prevedano l'obbligatorietà di consulenze tecniche d'ufficio o lassi di tempo minimi di vita nel sesso rivendicato prima di potere ottenere la rettificazione²⁰⁵. Pare tuttavia chiaro che, se da una parte è stato offerto un *modicum* di flessibilità, dall'altra si è anche cementata un'interpretazione costituzionalmente orientata che impone un elenco di trasformazioni irreversibili da completarsi al fine di ottenere la rettificazione. Non solo si è riproposta la concezione medicalizzata dell'identità trans, ma è divenuto requisito la trasformazione del corpo della persona, che nella sentenza 161 del 1985 era piuttosto un implicito culturale (per quanto, per così dire, pragmaticamente molto comodo per bilanciare principi in tensione). Pur senza osteggiare espressamente le identità non binarie, il richiamo alla *ratio decidendi* della Cassazione non può che porre anche la sentenza costituzionale in un quadro di preservazione del duopolio di genere. In altre parole, sembra che questa decisione sia molto meno aperta al pluralismo del precedente del 1985.

²⁰¹ Interessante e tutto da esplorare sarebbe il parallelismo tra questa disciplina e l'evoluzione del cd. *abortion constitutionalism*, dove la relazione tra donna e medico viene fatta oggetto di protezione. Cfr. R. Rubio-Marín, *Global gender constitutionalism and women's citizenship*, cit., p. 231. Per una prospettiva storica, si veda D. Herzog, *Sexuality in Europe. A twentieth century history*, Cambridge, 2011.

²⁰² I. Rivera, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta online*, 2016, p. 175 ss.

²⁰³ C.M. Reale, *op. cit.*

²⁰⁴ P. Veronesi, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in *GenIus*, 2020, p. 15 ss.

²⁰⁵ L. Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p. 2059.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

Tali conclusioni risultano essere state confermate – addirittura in senso restrittivo – nel 2017. Con la sentenza 180²⁰⁶, la Corte ha reso un'interpretativa di rigetto²⁰⁷ in cui, in primo luogo, conferma la non obbligatorietà dell'intervento di normoconformazione sui caratteri sessuali primari. Nella medesima decisione, la Corte ha risposto anche a quella che appariva una contestazione *tout court* di ogni modificazione allo scopo della rettificazione. Qui, la Corte ha sottolineato ulteriormente che il carattere non obbligatorio dell'intervento chirurgico sui genitali «non esclude affatto, ma anzi avvalora, la necessità di un accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere. [Pertanto] va escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione»²⁰⁸.

Con un'ordinanza di manifesta infondatezza immediatamente successiva²⁰⁹, la Corte conferma ancora una volta l'accessorietà dell'intervento sui genitali e insiste per una trasformazione medicalizzata. In particolare, la Corte sembra rifiutare l'autodeterminazione e l'apertura ai generi non binari²¹⁰. Nel caso di specie, il tribunale rimettente aveva sollevato questione di costituzionalità in riferimento all'articolo 1 della legge 164 del 1982. A differenza delle altre ordinanze, tuttavia, il giudice a quo lamentava il nuovo corso giurisprudenziale. Il tribunale temeva che la facoltatività dell'intervento minacciasse un (pare potersi dire, piuttosto incerto) «diritto della gran parte dei consociati a conservare «il pieno duopolio uomo/donna» [imponendo] alla collettività la necessità di adeguarsi alla sua estrinsecazione anche nei confronti di minori, lavoratori, istituzioni, imponendo loro un mutamento dei tradizionali valori, comunemente accettati». Paventava inoltre che «la società non sarebbe più fondata sul «duopolio uomo/donna», ma su un numero indeterminato di generi» producendo regole di comportamento lontane da una – invocata con ricostruzione poco precisa²¹¹ – tradizione secolare. Il giudice faceva riferimento a situazioni bizzarre e piuttosto pruriginose (evocando costumi succinti in spiaggia *et similia*) che si sarebbero create quando si assegna il genere in mancanza di normoconformazione²¹².

²⁰⁶ Cost., 20 giugno 2017, n. 180.

²⁰⁷ T. Mannella, *Sulla tecnica decisoria adottata dalla Corte costituzionale in occasione di due recenti pronunce in tema di rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 1680.

²⁰⁸ Cost., 180/2017, § 4.1 *in diritto*.

²⁰⁹ Cost., 21 giugno 2017, ord. n. 185.

²¹⁰ A. Lorenzetti, *Il cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale*, cit., p. 452 ss.

²¹¹ Per esempio, si veda la ricchissima elaborazione antropologica in merito ai «femminielli», un'identità che si potrebbe definire non binaria tipica della città di Napoli, che ha origini piuttosto risalenti. *Ex multis*: M. Mauriello, *An anthropology of gender variance and trans experience in Naples. Beauty in transit*, London, 2021; M. C. Vesce, *Altri transiti. Corpi, pratiche, e rappresentazioni di femminielli e transessuali*, Roma, 2017.

²¹² I. Rivera, *La rettificazione anagrafica del sesso e l'intervento medico-chirurgico tra istanza personale e certezza sociale*, in *Articolo29* (21 giugno 2017), <http://www.articolo29.it/2017/la-rettificazione-anagrafica-del-sesso-e-lintervento-medico-chirurgico-tra-istanza-personale-e-certezza-sociale/>.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

Il Collegio, con l'ordinanza di palese infondatezza, non ha riconosciuto alcun merito alla rimessione²¹³. Non solo. In chiusura, sembra censurare le immaginifiche ricostruzioni del giudice rimettente, troncando in radice ogni discussione circa la necessità di salvare i consociati dalla loro «credulità». Tuttavia, non pare abbia sconfessato il «diritto al duopolio» invocato dal tribunale *a quo*. Al contrario, il provvedimento afferma come la «necessità di un accertamento rigoroso» volto alla transizione «di tutte le componenti», anche fisiche, associate all'identità di genere sia una risposta alle «esigenze evidenziate dallo stesso rimettente». Parafrasando (forse con un po' di – ma non troppa – libertà), la questione non è manifestamente infondata perché le preoccupazioni sollevate non sono meritevoli di tutela costituzionale, ma perché esse sono adeguatamente tutelate dal bilanciamento operato dalla Corte.

È qui utile fare una breve chiosa sull'errore concettuale che un'interpretazione poco generosa potrebbe vedere in queste decisioni. Non sembrerebbe del tutto incorretto sostenere che esse prospettino un'alternativa secca tra le «precondizioni» fisiche, comportamentali, e psicologiche da un lato, e la piena autodeterminazione di genere dall'altro. Lasciando da parte le complesse considerazioni sulla nozione di «volontarismo» o arbitrio della volontà, che comunque ha ricevuto attenzione in dottrina²¹⁴, è necessario rimarcare che tra soluzione «all'italiana» e «alla colombiana» esistono gradazioni intermedie. Un esempio è il modello «comportamentale» elaborato dal legislatore francese nel 2016. Come accennato, in quest'ultima giurisdizione, il richiedente la rettificazione anagrafica deve dimostrare di vivere il ruolo sociale associato con il sesso in cui si richiede il riconoscimento, e provare di essere socialmente riconosciuto in esso tramite un procedimento giudiziario²¹⁵. Non solo la legge non richiede trasformazioni fisiche, ma anzi fa espresso divieto di rigettare la domanda di rettificazione per la mancanza di trattamenti medici²¹⁶. Come risulta dalla prassi, la transizione comportamentale dell'istante è seriamente esaminata, sicché si può affermare di essere ben distanti da qualsiasi forma di autodeterminazione²¹⁷. Questa forma di riconoscimento fondata sul ruolo sociale è il risultato di un bilanciamento, operato dal legislatore francese, proprio volto a contemperare le istanze delle minoranze sessuali con il principio dell'indisponibilità dello stato civile e la certezza delle relazioni giuridiche. Nuovamente, non c'è spazio in questa sede per

²¹³ T. Mannella, *op. cit.*, p. 1689.

²¹⁴ Per esempio, si veda: M. Cartabia, *op. cit.*; contra, S. Rodotà, *Relazione introduttiva*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 104 ss.; S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Bari, 2015, p. 129 ss.

²¹⁵ Articoli 61-5, 61-6, 61-7, 61-8, Code Civil.

²¹⁶ Articolo 61-7, Code Civil.

²¹⁷ Si vedano, per esempio, Cour d'Appel de Toulouse, 6e ch., 9 février 2022, n. 20/03128; TGI (Tribunal de Grande Instance) de Nanterre, 17 janvier 2017, n. 16/09227; Court d'Appel de Montpellier, III Chambre B, 15 mars 2017; TGI de Paris, *Pole de la famille*, 28 novembre 2017, n. 17/07135; TGI de Nanterre, 17 octobre 2017, n. 17/06267; TGI Creteil, I chambre, II secteur, n. 16/09330. Per una critica: M. X. Catto, *op. cit.*, nonché L. Herault (dir), *État civil de demain et transidentité. Rapport final. Mission de recherche Droit et Justice*, Mai 2018.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

suggerire l'adozione di una soluzione «alla francese», verso cui comunque non sono mancate le critiche – dal rischio di rinforzare stereotipi di genere²¹⁸ (cosa può voler dire «presentarsi pubblicamente» come una donna o un uomo?) alla mancanza di un terzo sesso, nel 2017 anche rigettato dalla *Cour de cassation*²¹⁹. Questo modello, tuttavia, oltre ad avere il pregio di non imporre trattamenti medici a coloro che già si trovano in perfetto benessere con il loro corpo, dimostra che l'alternativa «medicalizzazione-volontarismo» è una semplificazione che meriterebbe un'indagine critica.

Tornando all'evoluzione italiana, e in via di sintesi, da questo complesso di decisioni emerge un quadro giuridico dove le norme che definiscono la rigidità dei generi e il binario sessuale vengono riaffermate. Nonostante l'apertura al pluralismo della sentenza 161 del 1985, le evoluzioni di tre decenni successive sembrano negare cittadinanza a quella molteplicità di corpi differenti che a vario titolo rientra tra le minoranze sessuali. Le persone non binarie o fluide, che vivono la loro identità in relazione al loro corpo in maniera diversa rispetto ai – sovente stereotipati – standard di mascolinità e femminilità, inserendosi negli interstizi di quelle minoranze «anche anomale» che, in linea di principio, sarebbero meritevoli di tutela, non possono ottenere una terza opzione, né ipotesi di registrazione più flessibili—come, per esempio, quella elaborata dalla Corte colombiana.

La *ratio* è da rinvenirsi in parte in questioni di carattere strutturale: l'introduzione di «un tertium genus» comporterebbe «guai di genere» all'interno dell'ordinamento giuridico, e, in particolare, con riferimento al primariamente eterosessuale diritto di famiglia. Nota bene: il diritto di famiglia non è certo l'unico ambito in cui le categorie fondate sulla differenza sessuale abbiano un ruolo, anche fondamentale, né l'unico in cui valga il «principio di certezza delle relazioni giuridiche». Possono ipotizzarsi molti altri ambiti, dallo sport ai trattamenti pensionistici²²⁰. Tuttavia, pare significativo (giacché corrispondente ad un elemento centrale nelle teorie queer) che il diritto di famiglia sia così fortemente richiamato dalle massime giurisdizioni nazionali.

Al contempo, sembra notarsi anche una comprensione patologica e medicalizzata dell'identità trans. In casi estremi, la Consulta non ha nemmeno questionato paventate minacce a «valori» collegati ad una supposta tradizione binaria secolare. Peraltro, tale tradizione – ammesso che in sé possa essere una giustificazione

²¹⁸ Défenseur des droits, *Decision cadre MLD-MSP-2016-164*, 24 juin 2016, 11-13. Cfr. S. Paricard, *Du sexe par possession d'état à la consécration de l'identité du genre?*, in J.J. Lemouland – D. Vigneau (dir.), *Personnes et familles du XXI^e siècle. Actes du colloque de Pau du 30 juin 2017*, Pau, 2018, p. 31 ss.

²¹⁹ Cass., I Civil Chamber, May 4, 2017, n. 16-17.189. Per una critica: L. Brunet – M.-X. Catto, 'Homme et femme, la Cour créa'. *Note sous cass. 1^{er} Civ., 4 Mai 2017, n.16-17189*, in M.-X. Catto – J. Mazaleigue-Labaste (dir.), *La bicatégorisation de sexe entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, 2021, p. 75 ss. La questione è ora sotto giudizio di fronte alla Corte EDU, nel ricorso n. 76888/17, introdotto il 31 ottobre 2017, *Y. c. Francia*.

²²⁰ T. Mauceri, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1475.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

giuridicamente valida per negare il riconoscimento a ipotetiche identità «nuove» – risulta più immaginata che reale, vista la radicata e antica presenza di forme di diversità di genere all'interno dei confini nazionali²²¹. Questa comprensione patologizzata delle identità di genere non conformi è stata ovviamente molto «utile» per il bilanciamento del diritto in senso restrittivo per le persone trans. Legittima il coinvolgimento medico, nonché ogni controllo sulla transizione da parte di autorità pubbliche quali il giudice. È poi utile evidenziare che l'applicazione di questa giurisprudenza non va esente da critiche: sia sufficiente menzionare che la trasformazione delle caratteristiche comportamentali, fisiche e psicologiche che il giudice è chiamato a valutare si risolve sovente in un compendio di stereotipi, articolati per il tramite di una procedura piuttosto intrusiva e normalizzante²²².

In conclusione, nonostante l'abbandono del requisito chirurgico, questa giurisprudenza pare avere sancito, in maniera molto netta, l'esclusione della piena autodeterminazione di genere, la costruzione di un diritto medicalizzato e, chiaramente, binario. Riprendendo le osservazioni in materia di diritti intersex, pare ragionevole suggerire che tale insistenza sul binario delle identità sia collegata alla cancellazione non solo giuridica, ma anche fisica, della diversità dei corpi. Molto più incoerente apparirebbe la giurisprudenza sui diritti trans se le persone intersex ottenessero tutela della loro integrità fisica. Se è vero che l'intervento chirurgico non è più necessario, è altrettanto vero che questo superamento è stato accompagnato, nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, dalla esplicita medicalizzazione e dalla irreversibilità della procedura, posta a tutela di interessi di rango costituzionale: medicalizzazione che si presumeva, eppure non era dichiarata necessaria, nella giurisprudenza precedente.

5. In conclusione: Un racconto di due (o più) Corti

Il confronto tra l'esperienza colombiana e quella italiana consente di identificare due approcci al riconoscimento dell'identità di genere che appaiono diametralmente opposti. In Colombia, la registrazione anagrafica riflette l'autopercezione del singolo, unico giudice chiamato a decidere sul proprio sesso giuridico. Il ruolo dello stato, in questo senso, è riconoscere e proteggere la proiezione identitaria definita dalla persona stessa. La conseguenza è il diritto all'autodeterminazione del genere che, nella sua forma più estesa, include anche il genere non binario e la protezione delle identità fluide tramite molteplici riconoscimenti successivi. Questo approccio, chiaramente, pone in questione il ruolo delle categorie sessuali nello stato civile, e gli interessi pubblici che su queste categorie poggiano. Di questo è conscia la Corte colombiana, che tuttavia ha

²²¹ M.C. Vesce, *op. cit.*; M. Mauriello, *op. cit.*

²²² Sia consentito un riferimento a S. Osella, *Reinforcing the binary and disciplining the subject*, cit.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

giudicato le limitazioni all'identità della persona come interferenze sproporzionate rispetto alle garanzie costituzionali.

La vicenda italiana procede in senso opposto. La registrazione anagrafica rappresenta sì l'identità della persona, a condizione però che alcune precondizioni siano soddisfatte. Il sentito del singolo è protetto se e solo se accompagnato dall'acquisizione di irreversibili trasformazioni fisiche, comportamentali e psicologiche. La funzione pubblica è sì riconoscere e proteggere, ma anche verificare, in sinergia con esperti non giuridici – principalmente, professionisti medici e psicologici. Le identità non binarie – come quelle fluide che possono richiedere molteplici rettificazioni – sono semplicemente escluse dalla possibilità di riconoscimento. Anche l'esperienza italiana pone al centro della discussione alcuni interessi pubblici, che però, a differenza di quanto avviene nella giurisprudenza colombiana, sono considerati come ragione sufficiente per le limitazioni dell'identità personale.

Un ventaglio di motivi può essere ravvisato alla radice di questa specularità. Il presente contributo si è concentrato su alcuni di essi, senza pretesa di esaustività. Incominciando dal *dato culturale*, la giurisprudenza delle due corti costituzionali dimostra una differente comprensione dell'identità trans nonché del corpo intersex. Nel caso colombiano, il corpo che si differenzia dallo standard maschile e femminile è oggetto di esplicita protezione costituzionale. La corte colombiana rigetta comprensioni patologiche – a nulla rilevando ora se a torto o a ragione – e anzi fa del corpo intersex un fattore di ricchezza e diversità. La corte riduce il binario dei corpi a «un'idea», di cui risalta la matrice culturale. Il fondamento biologico della categorizzazione di genere, in altre parole, viene posto in questione. Nonostante non si possano sovrapporre l'esperienza trans e quella intersex, la diversa concezione del corpo sessuato presente nel diritto colombiano e italiano sembra avere conseguenze rilevanti per la protezione delle identità trans e non binarie, giacché lo stesso fondamento in un «binario biologico» viene percepito diversamente. Al contempo, l'identità trans viene concepita come completamente fisiologica – andando dunque a rendere problematico ogni coinvolgimento medico. In conformità con la critica al binario dei corpi, anche il binario delle identità viene rigettato. Tramite espliciti riferimenti alla Corte e alla Commissione interamericana, tale binario è attribuito ad una specifica cultura (quella colonizzatrice europea), riconoscendo come valide e meritevoli di tutela forme di identità indigene che da tale contesto si distaccano.

La comprensione della diversità sessuale nel contesto italiano appare diversa. Pur in presenza di aperture anche significative, pare incontrovertibile lo scetticismo nei confronti del corpo intersex. Il corpo convenzionale che abita il binario è sinonimo di «armonia», mentre quello intersex di abnormalità, e come tale inadeguato a fondare un'identità. Se passiamo dai corpi ai vissuti, nonostante ribadite dichiarazioni di principio circa la necessità di proteggere le minoranze e le diversità, l'identità trans è costruita secondo la narrativa del «corpo sbagliato», coincidente con la legittima, eppure non esclusiva, identità transessuale. L'identità trans è costruita o in modo

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

patologizzato (nella sentenza della Cassazione del luglio 2015 si parla di «disforia») o comunque medicalizzato. Come il corpo non binario è negato, così sono negate le identità non binarie – addirittura viste come aliene alla tradizione. Appare chiaro che il controllo delle identità tramite un complesso medico-giudiziario diventi molto più difficilmente giustificabile nel contesto colombiano rispetto a quello italiano.

Il dato culturale, per quanto importante, non è comunque l'unico fattore a determinare le divergenze tra gli ordinamenti. Esso si riflette, in una certa misura, anche nell'elemento *dogmatico*. Nel contesto colombiano, la protezione delle identità trans e non binarie sembra prevalentemente fondarsi su diritti di autonomia. L'identificazione – ma anche la volontà (*vivir como quiera*) – del singolo assume rilevanza e, in ultima analisi, viene salvaguardata. A ogni persona, in questo contesto, viene lasciato spazio per vivere la propria corporalità in modo autonomo e autodeterminato. Il singolo soggetto è libero di interpretare il proprio corpo come crede, senza un necessario collegamento identitario. Nella giurisprudenza delle corti italiane, la salute ha avuto un ruolo, sebbene non esclusivo, certamente centrale. E tuttavia, come abbiamo visto, nonostante alcuni indubbi vantaggi legati al rango di diritto fondamentale, la fondazione nel diritto alla salute può avere in una certa misura favorito la medicalizzazione della procedura di rettificazione, il coinvolgimento di saperi esterni, e i controlli volti alla verifica di una trasformazione complessiva – appunto, *encumbered*.

Il *dato strutturale* – vale a dire la presenza di interessi pubblici pesanti a sufficienza da motivare il controllo sulle categorie sessuate – appare infine rilevante. In entrambe le giurisdizioni, il legame tra paradigma eterosessuale della famiglia e controllo delle identità sessuali è esplicitato²²³. Sia la corte italiana che quella colombiana sono adamantine al riguardo. Tuttavia, la corte colombiana ha enunciato un diritto costituzionale al matrimonio tra persone dello stesso sesso. La corte italiana approccia la vicenda in maniera molto diversa. L'accettabilità della famiglia *same-sex* riduce l'interesse pubblico contrapposto al riconoscimento dell'autodeterminazione di genere in una giurisdizione, e il paradigma eterosessuale lo rinforza nell'altra. Con ciò non si vuole suggerire che il controllo dell'identità di genere sia unicamente motivato dalla necessità di preservare il paradigma eterosessuale del diritto di famiglia. Tuttavia, vista la connessione tracciata dalle teorie queer tra binario sessuale e eterosessualità istituzionalizzata, la differenza relativa al matrimonio egualitario appare significativa.

Infine, non si può che considerare che questo contributo sollevi più questioni di quante ne risolva. In primo luogo, è ancora da chiarire la ragione dell'apertura della corte colombiana ad approcci teorici profondamente diversi rispetto a quella italiana. Premesso che tale apertura è un dato di fatto, la spiegazione del perché essa abbia avuto luogo in un contesto e non abbia avuto luogo nell'altro resta da chiarire. Ancora, occorrerebbe indagare il diverso ruolo della corte nei rispettivi sistemi e la diversità di azioni a disposizione delle persone che vedono minacciati i loro diritti fondamentali. Il

²²³ Questo è comunque stato rilevato anche in altre giurisdizioni: cfr. D. Borrillo, *Le sexe et le droit. De la logique binaire des genres et la matrice heterosexuelle de la loi*, in *Meritum*, 2010, p. 257 ss.

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

rimedio della *tutela* nel diritto costituzionale colombiano, che consente un'azione diretta di fronte alla Corte per la salvaguardia dei diritti appare consentire una più significativa massa critica di decisioni. Ulteriore ricerca sarebbe poi necessaria anche in riferimento alla *desiderabilità* dei due modelli, ossia in quale misura un approccio sia preferibile ad un altro. Se il modello colombiano è evidentemente più desiderabile dalla prospettiva delle persone trans e non binarie, resta però ineludibile una discussione molto rigorosa sull'opportunità generale di tali evoluzioni. Una simile indagine dovrebbe prendere in considerazione non solamente il punto di vista delle persone trans e non binarie, ma anche gli interessi contrapposti. Tutto questo, però, non rappresenta parte del presente, meno ambizioso, lavoro di ricerca. Quello che appare certo è che i diritti d'identità stanno assumendo una sempre maggiore rilevanza e che diversi approcci culturali e strutturali possono spiegare la differenza tra giurisdizioni. E, del resto, comprendere prima di giudicare sostanza la tradizione del diritto comparato.

* * *

ABSTRACT: This article assesses and compares the evolution of the right to gender recognition in Italy and Colombia, focusing especially on the constitutional jurisprudence. Even though both countries provide protection for fundamental rights and minorities, the regulation of the right to gender recognition differs significantly. Italy imposes a medicalized model, while Colombia embraces self-determination. The article investigates the reasons for this difference using a comparative and socio-legal method, identifying cultural, doctrinal, and structural factors that influence the development of the rights of trans and nonbinary individuals. This analysis shows that a holistic approach, examining the right to gender recognition in all its complexity, is necessary to reimagine and strengthen the protection of the rights of gender minorities.

ABSTRACT: Il contributo intende ricostruire e confrontare l'evoluzione del diritto all'identità di genere nelle giurisdizioni italiana e colombiana, ponendo una particolare attenzione al dato costituzionale. Pur mostrando alcune somiglianze quanto alla generale sensibilità in tema di diritti e attenzione alla protezione delle minoranze, Italia e Colombia offrono due discipline interamente diverse del medesimo diritto: un modello medicalizzato in Italia, e uno basato sull'autodeterminazione in Colombia. L'articolo ha dunque come obiettivo indagare le condizioni e le ragioni di questa divergenza. Tramite un'analisi comparata e socio-giuridica di queste esperienze, l'articolo identifica alcuni elementi in grado di influenzare lo sviluppo dei diritti delle persone trans e non binarie. In particolare, si sostiene che la definizione dei diritti in materia di identità di genere può essere determinata da una serie di fattori culturali, dogmatici, e strutturali. Solo tramite un approccio olistico, che consideri il diritto in

Stefano Osella

Come evolve il diritto all'identità di genere? Fattori strutturali, culturali e dogmatici nella giurisprudenza costituzionale italiana e colombiana. Un'analisi comparata

questione nella sua complessità, è dunque possibile ripensare e rafforzare la tutela delle persone trans e non binarie.

KEYWORDS: gender binary – trans and nonbinary rights – nonbinary recognition – comparative constitutional law – socio-legal studies

Stefano Osella – Assistant Professor alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Hong Kong e Research Partner all'Istituto Max Planck per l'Antropologia Sociale, Dipartimento di Diritto e Antropologia (Halle/Saale), osella@hku.hk