

Il lento incedere dei diritti trans: una prospettiva critica sulla giurisprudenza delle corti sovranazionali europee

Carla Maria Reale*

THE GRADUAL ADVANCEMENT OF TRANS RIGHTS: A CRITICAL PERSPECTIVE ON THE CASE-LAW OF EUROPEAN SUPRANATIONAL COURTS

ABSTRACT: This article seeks to analyze the case-law of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights concerning legal recognition of gender identity within member states. It adopts a critical perspective, emphasizing the actual realization of fundamental human rights. The analysis will reveal that, despite notable differences, both Courts have moved away from a biologically essentialist framework, gradually progressing toward a model focused on self-determination. However, this evolution has not yet fully embraced depathologization or the complete acknowledgment of trans identities.

KEYWORDS: Gender recognition; trans rights; EU law; ECtHR; depathologization

ABSTRACT: L'articolo mira a ricostruire la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti umani sulle procedure di riconoscimento giuridico dell'identità di genere all'interno degli stati membri, adottando una prospettiva critica e guardando all'effettivo godimento dei diritti umani fondamentali. Si mostrerà come, con le relative differenze, entrambe le Corti abbiano abbandonato l'approccio dell'essentialismo biologico, per spostarsi lentamente verso un paradigma maggiormente basato sull'autodeterminazione, ma non ancora pienamente basato sulla depatologizzazione e il pieno riconoscimento delle identità trans.

PAROLE CHIAVE: riconoscimento dell'identità di genere; diritti trans; diritto UE; ECtHR; depatologizzazione

SOMMARIO: 1. I diritti delle persone trans agli occhi delle corti: lo scopo e il perimetro di questo contributo – 1.1. Le procedure di LGR tra preservazione dell'ordine e riconoscimento delle identità plurali – 1.2. Una cornice teorica/linguistica – 2. La giurisprudenza della corte europea dei diritti umani: la LGR e il progressivo assottigliamento dei margini di discrezionalità statali – 2.1. Il margine di discrezionalità degli stati e il sotteso

* *Ricercatrice post-doc, Università di Genova. Mail: Carlamaria.reale@edu.unige.it. Contributo scritto nell'ambito del progetto Prin MUR PNRR 2022 T.R.A.N.S., "Transsexuals' Rights and Administrative Procedure for Name and Sex Rectification", finanziato dall'Unione europea – NextGenerationEU. PRIN 2022 PNRR prot. n. P2022AAER4. I punti di vista e le opinioni espresse sono tuttavia solo quelli degli autori e non riflettono necessariamente quelli dell'Unione europea o della Commissione europea. Né l'Unione europea né la Commissione europea possono essere ritenute responsabili per essi. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

principio dell'immutabilità del sesso – 2.2. Da Goodwin in avanti: le persone trans(essuali) come soggetto di diritto – 2.3. Una «sovrersione mite» del binarismo di genere: verso la demedicalizzazione e depatologizzazione delle identità trans? – 3. La giurisprudenza della CGEU: ricavare spazi di tutela all'interno del diritto dell'Unione Europea – 3.1. Dalle discriminazioni sulla base del sesso alla tutela dell'identità di genere – 3.2. Possibili nuove frontiere e destinazioni incerte: i casi pendenti di fronte alla corte – 4. Alcune riflessioni conclusive.

1. I diritti delle persone trans agli occhi delle corti: lo scopo e il perimetro di questo contributo

Il presente contributo ha lo scopo di ricostruire la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti umani sulle procedure di riconoscimento giuridico dell'identità di genere (d'ora in poi LGR– *Legal Gender Recognition*) adottando una prospettiva critica che, muovendo dalle consapevolezze radicate all'interno degli studi queer, possa guardare all'effettività del godimento dei diritti umani fondamentali.

Le questioni trans si trovano all'incrocio di differenti saperi: medico, giuridico, di stampo sociale, di teoria politica, ma anche di tutti i quei saperi dal basso che sono stati prodotti all'interno dei movimenti sociali¹. Negli ultimi 50 anni, proprio la sensibilità sociale, insieme alle istanze e alle elaborazioni concettuali attorno alle questioni trans sono molto evolute. Queste richiedono oggi al diritto di affrontare mutamenti profondi quanto più non rimandabili, nell'ottica di un costituzionalismo trasformativo volto al perseguimento dell'eguaglianza sostanziale e dell'effettività dei diritti.

Il contributo tratterà principalmente delle procedure giuridiche di riconoscimento del genere negli Stati dell'UE e del CoE, non perché questo tema esaurisca la complessità delle istanze trans e delle questioni rilevanti agli occhi della scienza giuridica e dei diritti umani, ma perché questo nodo rimane ad oggi cruciale da molteplici prospettive. Il genere è, infatti, un significante sociale imprescindibile, per questo è necessario considerare come queste procedure incidano sul diritto all'identità personale delle persone coinvolte ed in ultima istanza sulla sfera relazionale². Il riconoscimento dell'identità di genere delle persone trans a partire dalle risultanze anagrafiche, rimane inoltre una preconditione necessaria per l'accesso ad ulteriori diritti, un mezzo per il raggiungimento dell'eguaglianza non solo per una persona ma per un'intera comunità, come quella trans, che ha storicamente subito gravi forme di segregazione e discriminazione, come riconosciuto ad esempio nella sentenza della Corte costituzionale colombiana in merito³.

¹ Si pensi ad esempio, nel contesto italiano al volume *Elementi di Critica Trans*, frutto di riflessioni politiche condivise da persone della comunità. L. ARIETTI, C. BALLARIN, G. CUCCIO, P. MARCASCIANO, *Elementi di critica trans*, Roma, 2010.

² Così ad esempio corte cost. italiana che parla di identità di genere come diritto fondamentale da ascrivere all'art. 2 della Cost. nella sentenza 221/2015. C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 283-295, 2016.

³ *Corte Constitucional de Colombia*, T-063/15. 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.

1.1. Le procedure di LGR tra preservazione dell'ordine e riconoscimento delle identità plurali

La possibilità di mutare il genere anagrafico rispetto a quello assegnato alla nascita è disciplinata e prevista a partire dagli anni '80, proprio in seguito a esplicite istanze di riconoscimento in tal senso⁴. Tutte queste leggi generalmente pongono alcuni prerequisiti e molte richiedono procedure giurisdizionali⁵, con l'argomentazione di preservare aspetti quali la certezza delle relazioni giuridiche e in ultima istanza garantire il controllo Statale sui procedimenti giuridici di mutamento di genere⁶. I requisiti imposti ex lege variano di ordinamento in ordinamento, ma riguardano aspetti quali gli interventi medici e/o chirurgici, diagnosi psichiatriche, lo status familiare, fattori temporali e sociali. Tali requisiti hanno generato di volta in volta la sagoma di un soggetto trans identificabile agli occhi del diritto, garantendo sì una forma di riconoscimento, ma delineando anche un perimetro di protezione e tutela capace di escludere o ricondurre alla norma tutte le persone non aderenti a quel canone⁷. Si pensi *in primis* alla narrazione, presente in molte pronunce giurisprudenziali, dell'esperienza trans come esperienza di dolore e sofferenza umana, di "nascita in un corpo sbagliato", strettamente connessa all'imposizione di un percorso medico standardizzato, il cui culmine necessario è rappresentato da interventi chirurgici di affermazione di genere sui genitali. La presenza di questi requisiti, reputati ora lesivi dei diritti fondamentali, in particolar modo di quelli medici, è stata messa a critica a partire dalle elaborazioni dell'attivismo trans, presente anche in contesti accademici⁸ e istituzionali⁹, portando al consolidamento di istanze basate sul c.d. criterio di autodeterminazione di genere. Tale criterio, oggi reputato il *golden standard* dal punto di vista dei diritti umani¹⁰, prevede che le persone possano autodeterminarsi nel proprio genere senza limitazioni e ingerenze statali e che il conseguente adeguamento delle risultanze anagrafiche passi da procedure amministrative snelle, come avviene in Argentina dal 2012¹¹.

⁴ I primi paesi in Europa ad approvare una legge in tal senso furono a Svezia con la legge n. 119/1972, la Germania con la *Transsexuellengesetz*, l'Italia con la legge 162/1982.

⁵ L'Italia, rientra certamente in questo modello, insieme a Paesi come, ad esempio, la Francia e la Grecia.

⁶ S. OSELLA, *Gender identity and EU law: Evolution and open questions*, in E. STRADELLA (a cura di), *Gender based approaches and juris dictio in Europe*, Pisa, 2020, 87-111.

⁷ W. BROWN, *Suffering rights as paradoxes*, in *Constellations*, 7, 2, 2000, 208-229.

⁸ S. PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 11, 2015, 643-651; P. DUNNE, *Transgender sterilisation requirements in Europe*, in *Medical Law Review*, 25, 4, 2017, 554-581.

⁹ *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, A/HRC/22/53. *United Nations Human Rights: Council*.

¹⁰ Consiglio per i diritti umani delle nazioni unite, *Born Free and Equal: Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*, 2019; Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (PACE), Risoluzione(2048) sulla discriminazione contro le persone trans in Europa, 2015; Corte Inter-Americana dei diritti umani, *Advisory Opinion (OC-24/17) on Gender identity, and equality and non-discrimination of same-sex couples*, 2017; Commissione Europea, *Un'unione dell'uguaglianza: la strategia per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ 2020-2025*, 2020.

¹¹ La prima, come accennato è appunto l'Argentina, seguita poi dalla Danimarca, l'Irlanda (*Gender Recognition Act 2015*), Malta (*Gender Identity, Gender Expression, Sex Characteristics Act 2015*), Norvegia (legge 30 maggio 2016), il Belgio (legge 25 giugno 2017), Portogallo (Legge 38/2018), Lussemburgo (*loi 6955/2018*), Portogallo (2018) Uruguay (Legge 19.684), Islanda (*Act on Gender Autonomy No. 80/2019*), Svizzera (2022), Finlandia (Legge 2023), Spagna (legge 4/2023).

1.2. Una cornice teorica/linguistica

La riflessione che questo contributo vuole proporre sulla giurisprudenza delle corti sovranazionali citate, muove a partire da alcune importanti premesse teoriche e linguistiche.

Questo saggio adotta la prospettiva delle teorie critiche del diritto ed intende lo stesso come un dispositivo che crea e mantiene relazioni di potere fra diverse categorie di soggetti all'interno della nostra società¹². In questa ottica, il dismorfismo sessuale ed il binarismo di genere rappresentano due criteri fondanti e impliciti degli ordinamenti giuridici della *western-legal tradition*, che le persone trans e intersex confutano con la loro mera esistenza e sfidano con la richiesta di riconoscimento di diritti. Se il contributo vuole mostrare il percorso evolutivo che, in dialogo con le istanze sociali, il diritto ha intrapreso al fine di mettere in discussione la propria matrice binaria ed abbracciare la pluralità dell'essere umano, sarà necessario fare una piccola annotazione sulle scelte di linguaggio adottate. In ambito giuridico, infatti, il linguaggio ha valore prescrittivo¹³ e performativo, richiamandosi alla logica del dover essere e della costitutività. Il linguaggio giuridico crea categorie deontiche e può essere dispositivo di potere, ma è ancora poco esplorato il rapporto fra lo stesso, i diritti fondamentali, e le discriminazioni¹⁴.

Il presente contributo utilizzerà il termine "trans" e "transgender", come termine ombrello per riferirsi ad un ampio spettro di identità che sfida il costruito binario dei generi e non si riconosce nel genere assegnato alla nascita¹⁵. Il termine "genere" verrà utilizzato per fare riferimento al sistema sesso-genere¹⁶, partendo dall'idea che non è possibile estrapolare una matrice meramente biologica dal genere (e parlare dunque di quello che generalmente viene definito come sesso), essendo questa già filtrata rispetto ai nostri assunti sul maschile e sul femminile¹⁷. Facendo seguito alla necessità di affermare una visione plurale, non necessariamente medicalizzata e non patologizzante dell'esperienza trans, si parlerà di percorsi di affermazione di genere e riconoscimento (giuridico) del genere/nome elettivo.

¹² Per un'analisi delle teorie critiche del diritto si fa riferimento al recente volume *Teorie critiche del diritto*. In questo volume, si veda il contributo di portata generale di Casadei, in merito all'apporto degli studi post-colonialisti il contributo di Vida, in merito al filone sulla disabilità il contributo di Bernardini, in merito al filone *queer* il contributo di Mastromartino. M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017.

¹³ U. SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Torino, 1969, 979-999.

¹⁴ S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società*, Torino, 2015.

¹⁵ Ad esempio secondo Stryker: S. STRYKER, *My words to Victor Frankenstein above the Village of Chamounix: Performing Gender*, in *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 3, 1994, 237-254. Si veda anche Bornstein, K. BORNSTEIN, *Gender outlaw. On men, women, and the rest of us*, New York, 2016. Un simile uso si è diffuso anche nella dottrina giuridica internazionale e nazionale, come mostrano: S. WHITTLE, *Respect and equality, Transsexual and Transgender Rights*, Londra, 2002, 22; P. CURRAH, *Transgender Rights*, Minneapolis, 2006, 4; R. VITELLI, P. VALERIO (a cura di), *Sesso e genere: uno sguardo tra storia e nuove prospettive*, Napoli, 2012, 71; A. LORENZETTI, *Diritti in Transito: La Condizione Giuridica Delle Persone Transessuali*, Milano, 2013, 20.

¹⁶ B. PEZZINI, *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo, 2012.

¹⁷ Come sostiene Butler: «the construct called "sex" [...] indeed, perhaps it was always already gender, with the consequence that the distinction between sex and gender turns out to be no distinction at all». J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, 1990, 54.

In alcuni casi sarà necessario l'uso di termini differenti (quali ad esempio "transessuale", chirurgie di riassegnazione del sesso, modifica di sesso, et similia), in fede al linguaggio della sentenza o atto giuridico citato, al fine di poterne rimarcare una determinata matrice teorica o farne emergere criticamente determinati impliciti.

2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: la LGR e il progressivo assottigliamento dei margini di discrezionalità statali

La Corte Europea dei diritti umani ha sviluppato un'importante casistica relativa ai diritti fondamentali delle persone transgender. In particolare, la fitta giurisprudenza si è concentrata sulle procedure ed i requisiti posti in essere dagli Stati per il riconoscimento del genere e la loro compatibilità rispetto alla Convenzione, con variabile margine di apprezzamento in capo agli Stati. Proprio tale margine è oggetto di evoluzione giurisprudenziale e se ne osserva un progressivo assottigliamento, alla luce della crescente protezione che la Convenzione accorda alle persone transgender e al diritto di vedersi riconosciute nel proprio genere elettivo anche dovuto ad un maggiore *consensus* europeo in tal senso. Nella giurisprudenza della Corte è possibile distinguere diverse fasi, che passano dall'avallare il criterio dell'immutabilità giuridica del sesso, a riconoscere la necessità che – a determinate condizioni – gli Stati debbano adeguare le risultanze anagrafiche al genere delle persone coinvolte, fino a giungere a mettere in discussione quei requisiti statali che hanno il mero scopo di preservare l'ordine binario dei generi. Un ruolo rilevante in questo, che spesso porta ad esiti discontinui nel percorso evolutivo dell'approccio della Corte, è sempre giocato dal margine di discrezionalità in capo agli Stati membri, il cui impatto rispetto alle procedure di LGR può variare molto in base a circostanze, oggetto e contesto dei singoli casi.

Ad oggi la Corte europea dei diritti umani, nella sua giurisprudenza, ha stabilito che le procedure degli Stati devono essere trasparenti, ragionevoli, efficaci ed effettive. Non sono mancate le incompatibilità con la Convenzione in particolare rispetto a quelle che erano state poste come pre-condizioni di accesso ad una serie di istanze: i periodi di attesa per l'accesso alle procedure di riconoscimento di genere o per l'accesso al rimborso delle operazioni chirurgiche di affermazione del genere¹⁸; l'incapacità riproduttiva permanente per l'accesso alle operazioni chirurgiche di affermazione di genere¹⁹; operazioni chirurgiche di affermazione di genere e sterilità come precondizioni per l'accesso alla procedura di riconoscimento anagrafico del genere²⁰; il rigetto della richiesta di riconoscimento del genere legale senza aver esaminato la domanda nel merito²¹; diniego di accesso alla procedura per persone straniere residenti che non avevano potuto modificare il genere nel paese di origine²²; conclusione dell'iter di riconoscimento anagrafico del genere come precondizione per la modifica del

¹⁸ ECtHR, 8 gennaio 2009, *Schlumpf c. Svizzera*, Ricorso n. 29002/06.

¹⁹ ECtHR, 10 marzo 2021, *Y.Y. c. Turchia*, Ricorso n. 14793/08.

²⁰ ECtHR, 6 aprile 2017, *A.P., Garçon, Nicot c. Francia*, Ricorso n. 79885/12, 52471/13, 52596/13.

²¹ ECtHR, 9 luglio 2010, *Y.T. c. Bulgaria*, Ricorso n. 41701/16.

²² ECtHR, 9 luglio 2020, *Rana c. Ungheria*, Ricorso n. 40888/17.

nome²³; intervento chirurgico di affermazione di genere per accesso alla modifica delle risultanze anagrafiche di genere²⁴.

Percorreremo ora le diverse fasi che hanno caratterizzato la giurisprudenza della Corte EDU, per giungere poi ad analizzare quali sono gli ambiti in cui la Convenzione può intervenire.

2.1. Il margine di discrezionalità degli Stati e il sotteso principio dell'immutabilità del sesso

Una prima fase della giurisprudenza della Corte si caratterizza per un forte essenzialismo biologico e l'affermazione di un ampio margine di discrezionalità degli Stati membri nell'accogliere una nozione di genere che si discosti da quello registrato alla nascita. Tutti i casi che si presentano a partire dagli anni '80 del Novecento (periodo in cui si affinano le tecniche chirurgiche per gli interventi di affermazione di genere) coinvolgono persone che, in seguito a interventi sui caratteri sessuali primari, chiedono alle autorità statali la modificazione delle risultanze anagrafiche in linea con il proprio genere sociale ed elettivo.

Un primo caso, riguardante un uomo transessuale e la sua richiesta di modifica del genere anagrafico²⁵, non verrà deciso nel merito dalla Corte (per mancato esperimento dei rimedi interni), ma darà tuttavia l'opportunità alla Commissione europea di redigere un parere sul caso ed esprimersi sulle questioni di diritto sostanziale, ravvisando una violazione dell'art. 8 della Cedu²⁶. La Commissione si esprime nel senso della necessità di riconoscere il genere elettivo (acquisito mediante supervisione e intervento medico), soprattutto sottolineando la necessità di tutelare la persona da *coming out* forzati nei più svariati contesti sociali, che ne metterebbero a repentaglio il diritto al rispetto della vita privata. Il parere della Commissione, in linea con una concettualizzazione giuridica oggi fortemente consolidata e trasversale a diversi ordinamenti, promuove il diritto al riconoscimento dell'identità di genere come un aspetto cruciale sia per lo sviluppo e realizzazione della personalità del singolo, sia nel suo aspetto relazionale, nel contesto sociale più ampio.

La Corte EDU, tuttavia, non muoverà da questi presupposti nel decidere i casi che successivamente la investiranno. Si è trattato spesso di situazioni in cui le ricorrenti lamentavano una violazione non solo dell'art. 8 della Cedu ma anche dell'art. 12, perché la mancata modifica del certificato di nascita impediva loro di contrarre matrimonio con il proprio partner (di genere differente, dunque un'unione eterosessuale, che non era riconosciuta come tale agli occhi del diritto)²⁷. La Corte, nelle proprie decisioni, muove sempre dalla necessità di effettuare un giusto bilanciamento fra gli interessi degli individui e quelli della comunità, ma ritiene prevalenti le ragioni del mancato riconoscimento, non potendo affermare in capo agli Stati una concreta obbligazione a emendare i certificati di nascita, concludendo per una mancata violazione degli art. 8 e 12 della Convenzione. Pur riconoscendo i problemi delle persone ricorrenti derivanti dalla situazione fattuale, la Corte prospetta uno scenario in cui la modifica del certificato di nascita, lungi dal costituire una soluzione alle questioni controverse, le

²³ ECtHR, 11 ottobre 2018, *S.V. c. Italia*, Ricorso n. 55216/08.

²⁴ ECtHR, 19 aprile 2021, *X and Y c. Romania*, Ricorso n. 2145/16, 20607/16.

²⁵ ECtHR, 6 novembre 1980, *Van Oosterwijck c. Belgio*, Ricorso n. 7654/76

²⁶ Rapporto Commissione a *Van Oosterwijck c. Belgio*, Ricorso n. 7654/76, adottato l'1 marzo 1979.

²⁷ Si veda ad esempio; ECtHR, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, Ricorso n. 9532/81; ECHR, 27 settembre 1990; *Cossey c. Regno Unito*, Ricorso n. 10843/84.

moltiplichi, mettendo in discussione l'intero sistema dei registri dello stato civile, l'affidamento dei terzi e intaccando il sistema successorio e del diritto di famiglia.

Sotteso a queste decisioni della Corte e alla necessità di tutelare la discrezionalità degli Stati membri in assenza di un *consensus* europeo, troviamo tuttavia una nozione fortemente essenzialistica del sesso, basata sul dimorfismo sessuale e sull'idea che questo sia immutabile e fisso per natura²⁸, e tale debba essere anche nella sfera giuridica. Ad esempio, in *Cossey* il giudice afferma che «*the Court has been informed of no significant scientific developments that gave occurred in the meantime; in particular, it remains the case – as was not contested by the applicant – that gender reassignment surgery does not result in the acquisition of all the biological characteristics of the other sex*²⁹». La possibilità che il diritto si distacchi dalla nozione biologica del sesso appare solamente in una *dissenting opinion* del caso *Sheffield*, in cui il giudice Van Dijk afferma la possibilità che in ambito giuridico si possa dare una nozione diversa di sesso, considerato il carattere convenzionale delle nozioni in un simile campo ed il fatto che le stesse siano sempre funzionali alla creazioni di categorie strumentali al discorso giuridico³⁰. In nessuno di questi casi la nozione di sesso adottata dalla Corte viene enunciata esplicitamente, ma dalle motivazioni delle sentenze che rigettano le istanze delle ricorrenti, è possibile dedurre come per la Corte il sesso sia quella cosa che un soggetto non può cambiare di sé stesso³¹.

A partire dal caso *B. c. Francia*³² viene fornita una definizione del termine “transessuale”³³, ancorata al discorso medico e ad una retorica del “corpo sbagliato”, che costituirà la base per futuri *revirement*. In questa controversia, per la prima volta, si afferma la violazione dell'art. 8 della Cedu per il mancato riconoscimento della nuova identità acquisita da una donna transessuale francese. La Corte argomenta sulla base di una maggiore accettazione del «fenomeno del transessualismo» all'interno degli Stati e ad un progresso nella ricerca scientifica al riguardo, tale da affermare una rilevanza dell'identità sessuale del soggetto. Tuttavia, la Corte esplicita anche che il caso, strettamente calato nel contesto legislativo francese, non può considerarsi un vero e proprio *overruling a Cossey e Rees*, che arriverà solamente con il caso *Goodwin*.

²⁸ Si veda per esempio *Sheffield c. Horsham*, in cui si afferma che è impossibile acquisire tutti i caratteri biologici dell'“altro sesso” tramite “chirurgia di riassegnazione del sesso”.

²⁹ ECtHR, 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, Ricorso n. 10843/84. ECtHR, 30 luglio 1998, *Sheffield and Horsham c. Regno Unito*, Ricorso n. 31–32/1997/815– 816/1018–1019.

³⁰ «*I cannot see any reason why legal recognition of reassignment of sex requires that biologically there has also been a (complete) reassignment; the law can give an autonomous meaning to the concept of “sex”, as it does to concepts like “person”, “family”, “home”, “property” etc.*»

³¹ D.A. GONZALES-SALZBERG, *The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by The European Court of Human Rights*, in *American University International Law Review*, 24, 9, 2013-2014, 808.

³² ECtHR, 25 marzo 1992, *B. c. Francia*, Ricorso n. 13343/87.

³³ Come quella adottata in ECtHR, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, Ricorso n. 9532/81: «*usually applied to those who, whilst belonging physically to one sex, feel convinced that they belong to the other; they often seek to achieve a more integrated, unambiguous identity by undergoing medical treatment and surgical operations to adapt their physical characteristics to their psychological nature*».

2.2 Da Goodwin in avanti: le persone trans(essuali) come soggetto di diritto

Nel 2002 verrà deciso dalla *Grand Chambre* il *leading case* sui diritti delle persone trans, in cui per la prima volta viene affermato come il mancato riconoscimento giuridico dell'identità di genere della persona sottoposta ad interventi chirurgici di affermazione di genere, sia contrario alla Convenzione³⁴. Il caso riguardava la signora Goodwin, donna trans sottoposta ad operazioni affermative, cui veniva negato l'accesso al pensionamento al compimento del sessantesimo anno di età, previsione riguardante le donne, sulla base del fatto che le risultanze di stato civile non ne rappresentavano il genere effettivo. Per questo la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 8 della Cedu, citando anche l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali UE: il mancato riconoscimento della propria identità da parte dello Stato le causava ripercussioni in diversi ambiti della vita sociale, fra cui il lavoro, la sicurezza sociale, ma anche nella sfera degli affetti. Veniva infatti parimenti lamentata una violazione dell'art. 12 della Cedu, per l'impossibilità di contrarre matrimonio con il proprio partner (per via del fatto che i due risultavano giuridicamente in una relazione *same-sex*). *In primis*, la Corte porta all'attenzione un'incongruenza propria dell'apparato britannico: il sistema sanitario nazionale (NHS) garantisce l'accesso all'intervento chirurgico affermativo per le persone trans a cui successivamente però il sistema giuridico non consente l'adeguamento del genere anagrafico. Una situazione di questo tipo produce una frattura fra la posizione identitaria che la persona trans assume nella società ed il suo status di fronte all'apparato giuridico, tale da causare stress e alienazione e rendere la persona particolarmente vulnerabile. La Corte giungerà ad affermare una violazione degli art. 8 e 12, ma anche 13 e 14: «*the state had not struck a fair balance between the applicant's right to private life and the public interest of avoiding any major bureaucratic changes to the birth registration system*».

Si sottolinea come queste violazioni abbiano investito diverse sfere giuridicamente rilevanti della persona, come l'accesso ai documenti, le relazioni familiari, il diritto al lavoro, la sicurezza sociale ed il pensionamento, riscontrando in ultima istanza una obbligazione positiva da parte degli Stati nel garantire la possibilità di adeguare le risultanze di stato civile al genere della persona trans sottoposta ad operazioni chirurgiche. Per giungere a tali conclusioni, la Corte ripercorre le tappe argomentative dei propri precedenti, dando rilevanza al costituirsi di un importante consenso europeo e internazionale intorno al tema. La Corte, dunque, ridimensiona le sue precedenti valutazioni circa l'impatto che la possibile modifica delle risultanze anagrafiche avrebbe avuto sul sistema di registrazione della nascita inglese (in dirittura di essere modificato da quello che sarebbe poi divenuto il *Gender Recognition Act* del 2004).

Nell'argomentare la violazione dell'art. 12 della Cedu e la questione relativa al matrimonio, la Corte esplicita inoltre la necessità di abbandonare una nozione di sesso immutabile, basata su criteri puramente biologici. Con il caso *Goodwin* si assiste ad un abbandono dell'idea che il sesso sia un costrutto univoco ed immutabile, riconoscendo la necessità che gli Stati abbraccino una nozione dinamica di genere. Contestualmente, assistiamo ad un processo di ricollocazione semantica del sesso, che passa attraverso discorsi medici e patologizzanti, i quali sono tuttavia funzionali a legittimare le istanze delle persone trans(essuali) dinnanzi agli ordinamenti giuridici. Tale circostanza è sicuramente legata anche al tipo di casistica diffusa dinnanzi alla Corte, creando tuttavia un contesto in cui: «*transsexuals*

³⁴ ECtHR, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin C. Regno Unito*, Ricorso n. 28957/95.

are seeking a unique set of freedoms that are related to the process of undergoing gender reassignment or assertion, they are not seeking a new set of rights. Transsexuals are seeking for the law to acknowledge that they have rights, not as transsexuals, but as men and women who have finally become appropriately recognisable through medical intervention³⁵».

I casi successivi a *Goodwin*, che verranno trattati in questo paragrafo, condividono questa medesima matrice teorica: le identità trans rimangono fortemente ancorate ad una visione statica e medicalizzata, ma la portata della tutela delle stesse nei confronti degli Stati viene progressivamente rafforzata, fino a ricomprendere la necessità di non imporre nelle procedure LGR requisiti sproporzionati e ingiusti.

In *L. c. Lithuania*, ad esempio, la Corte chiarisce la necessità che gli Stati forniscano un quadro procedurale chiaro per il riconoscimento del genere anagrafico delle persone trans³⁶. In questo caso del 2007 veniva riconosciuta infatti la violazione dell'art. 8 della Cedu lamentata dal ricorrente, un uomo lituano trans(essuale) e accertato un bilanciamento ingiusto fra l'interesse pubblico/statale e i diritti della persona coinvolta. La situazione specifica del ricorrente era legata al contesto lituano in cui, in assenza di una legge specifica e in perdurante attesa dall'approvazione della stessa, aveva potuto modificare il proprio nome e il proprio genere in alcuni contesti, ma non vi era una cornice chiara per l'adeguamento dello stesso e l'accesso agli interventi chirurgici affermativi. Questo, ad opinione della Corte aveva comportato una violazione del suo diritto alla vita privata a causa dell'impossibilità di essere pienamente riconosciuto in tutti gli ambiti sociali nel proprio genere. Oltre alla necessità di stabilire procedure chiare, la sentenza si sofferma anche sul requisito della proporzionalità, sottolineando come il riconoscimento del genere sia connesso ad altri diritti e libertà della persona protetti della Convenzione³⁷.

A partire da *Van Kück c. Germania*³⁸, la Corte ragiona poi sul rapporto fra le procedure di LGR e il diritto ad aver rimborsati trattamenti medici di affermazione del genere. Al centro della vicenda il rifiuto di una compagnia assicurativa di rimborsare alla ricorrente, donna trans tedesca, il costo dei trattamenti ormonali a cui si sottoponeva. La Corte EDU analizza l'approccio, reputato arbitrario, adottato dalla corte tedesca rispetto alla definizione del concetto di "trattamento medico necessario". La corte tedesca infatti inquadra il percorso medico di affermazione di genere come mera scelta di "capriccio". A detta della Corte di Strasburgo si tratta di un mancato riconoscimento dei diritti di autodeterminazione della persona coinvolta, ravvisando la violazione degli art. 8 e 6 della Convenzione. Similmente, in *Schlumpf c. Svizzera*³⁹, la ricorrente si vedeva negata la possibilità del rimborso del costo dell'operazione perchè carente di un requisito istituito dalla prassi giurisprudenziale di un periodo di osservazione di due anni, in cui la persona si fosse sottoposta a visite psichiatriche e trattamenti endocrinologici. La Corte decideva per una violazione degli art. 6 e 8 della Cedu, a causa dell'applicazione aprioristica del criterio in Svizzera, che non teneva in considerazione gli aspetti peculiari del caso di specie.

³⁵ S. WHITTLE, *Respect and equality, Transsexual and Transgender Rights*, Londra, 2002, 210.

³⁶ ECtHR, 11 settembre 2007, *L. c. Lithuania*, Ricorso n. 27527/03.

³⁷ P. KWIATKOWSKI, *The European Standard Of Legal Gender Recognition*, in *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*, XVI, 1, 2023, 155-168.

³⁸ ECtHR, 12 agosto 2003, *Van Kück c. Germania*, Ricorso no. 35968/97.

³⁹ ECtHR, 8 gennaio 2009, *Schlumpf c. Svizzera*, Ricorso n. 29002/06.

Ancora in relazione alle procedure e al fattore tempo, ad esempio, in *S.V. c. Italia*⁴⁰, la Corte ha affermato che subordinare la modifica del nome (in accordo al genere di elezione) all'avvenuto completamento dell'iter di riconoscimento di genere, viola l'art. 8 della Convenzione. Nel caso di specie la ricorrente aveva ottenuto in via giudiziale, come richiesto dalla legge italiana, l'autorizzazione agli interventi chirurgici, per poi richiedere con un procedimento amministrativo la modifica del nome anagrafico, che le era stata rifiutata. Il principio dell'inalienabilità dello stato civile e l'esigenza di certezza giuridica non sono ragioni sufficienti a supporto di tale diniego:

«the Court fails to see what reasons in the public interest could have justified a delay of over two and a half years in amending the forename on the applicant's official documents in order to match the reality of her social situation, which had been recognised by the Rome District Court in its judgment of 10 May 2001. In that connection it reaffirms the principle according to which the Convention protects rights that are not theoretical or illusory, but practical and effective».

A maggior ragione simili argomentazioni non possono supportare la mancanza *in toto* di procedure che riconoscano la modifica del genere anagrafico e dei relativi registri di stato civile, come chiarito in *Y.T. c. Bulgaria*⁴¹ e poi in *Rana c. Ungheria*⁴², in relazione alla condizione di una persona trans rifugiata, cui era negato l'accesso alle procedure di riconoscimento del genere legale in Ungheria, in considerazione dell'impossibilità di richiederle nel paese di origine.

In un ulteriore caso, *Hämäläinen c. Finlandia*⁴³ la Corte si sofferma sulla connessione fra status matrimoniale e riconoscimento dell'identità di genere, statuendo tuttavia che la conversione automatica del matrimonio di una persona trans in unione civile non rappresenti una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

2.3. Una “sovrersione mite⁴⁴” del binarismo di genere: verso la demedicalizzazione e depatologizzazione delle identità trans?

La giurisprudenza della Corte EDU, come mostrato, si è nel tempo evoluta e raffinata nel delineare le caratteristiche di compatibilità delle procedure di LGR statali rispetto alla Convenzione, con un progressivo assottigliamento del margine di apprezzamento statale. Nei casi passati in rassegna, spesso le vicende riguardavano persone transgender desiderose (o comunque non in aperta opposizione rispetto alla possibilità) di sottoporsi a interventi chirurgici, in un'ottica ancora fortemente medicalizzata in cui l'intervento è l'unico mezzo necessario per raggiungere l'identità elettiva, in cui i requisiti di accesso relativi a diagnosi mediche non vengono mai discussi. In tutto l'apparato giurisprudenziale fino ad ora discusso dunque, il corpo della persona trans, lungi dal configurare un cortocircuito nel sistema, viene ricondotto all'interno della logica duale dei generi e qui normalizzato, rinforzando il binarismo.

⁴⁰ ECtHR, 11 ottobre 2018, *S.V. c. Italia*, Ricorso n. 55216/08.

⁴¹ ECtHR, 9 luglio 2010, *Y.T. c. Bulgaria*, Ricorso n. 41701/16.

⁴² ECtHR, 9 luglio 2020, *Rana c. Ungheria*, Ricorso n. 40888/17.

⁴³ ECtHR, 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, Ricorso n. 37359/09.

⁴⁴ C.M. REALE, *Corte europea dei diritti umani e gender bender: una sovrersione mite*, in *DPCE Online*, 30, 2, luglio 2017.

Una giurisprudenza incentrata sul “*genitocentrism*”, in cui il riconoscimento dell’identità trans è legata alla possibilità di verificare l’anatomia dei genitali chirurgicamente costruiti della persona trans⁴⁵, ricondotti inconfutabilmente al maschile o al femminile.

Questo appare chiaro ad esempio nella decisione sull’irricevibilità, *X c. Francia*⁴⁶, riguardante una donna trans che lamentava la violazione dell’art. 8 Cedu, a causa del fatto che dovesse attendere il decorso di tutta la procedura medico-chirurgica di riassegnazione del sesso, molto lunga, per poter ottenere la modifica degli atti dello stato civile. Qui la Corte sostiene: «*n’estime pas déraisonnable que, dans le cadre de sa marge d’appréciation, l’Etat subordonne sa pleine reconnaissance du nouveau statut à l’achèvement du processus hormono-chirurgical, c’est-à-dire l’intervention chirurgicale finale*».

Negli ultimi anni, tuttavia, è possibile rintracciare una nuova sensibilità all’interno della giurisprudenza della Corte EDU, che certamente mette in discussione la medicalizzazione forzata, inscritta in un quadro patologizzante. L’auspicio è che in futuro si possa approdare al criterio dell’autodeterminazione di genere, come già esplicitato nella risoluzione dell’assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa già nel 2016⁴⁷.

Di questo nuovo approccio si intravedono i primi segnali già in *Y.Y. c. Turchia*⁴⁸, in cui la Corte afferma che la permanente inabilità a procreare come preconditione di accesso agli interventi chirurgici di affermazione di genere, viola l’art. 8 della Convenzione. I giudici Keller e Spano, infatti, operano un’accurata ricostruzione delle questioni relative alla sterilizzazione forzata come pratica sociale diffusa ma controversa e della sua evoluzione nell’ambito del riconoscimento dell’identità di genere, sostenendo come, in linea con il *trend* internazionale riscontrato nelle pronunce di organi costituzionali di diversi paesi europei, sia necessario ridurre al minimo i margini di discrezionalità in capo agli Stati. La sterilizzazione forzata *de facto* è una pratica invasiva con conseguenze gravi ed irreversibili che incide su aspetti fondanti del diritto alla vita privata. Per questo i due giudici sottolineano la necessità di approfondire la questione di compatibilità che sorge in relazione all’art. 8. Tale aspetto verrà definitivamente chiarito nella sentenza *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*⁴⁹ (successivamente e similmente anche in *X e Y c. Romania*⁵⁰) in cui si affermerà come il requisito dell’intervento chirurgico sui genitali e la connessa incapacità procreativa quale preconditione per il riconoscimento del genere giuridico delle persone trans, costituiscano una violazione dell’art. 8. Secondo la Corte infatti:

«*French positive law as it stood at the material time presented transgender persons not wishing to undergo full gender reassignment with an impossible dilemma. Either they underwent sterilisation surgery or treatment – or surgery or treatment very likely to result in sterilisation – against their wishes, thereby relinquishing full exercise of their right to respect for their physical integrity, which forms part of the right to respect for private life under Article 8 of the Convention; or they waived recognition of their gender identity and hence full exercise of that same right*».

⁴⁵ A. SHARPE, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of the Law*, Londra, 2002, 8.

⁴⁶ ECtHR, 27 maggio 2008, *X c. Francia*, Ricorso n. 18367/06.

⁴⁷ Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa (PACE), Risoluzione (2048) sulla discriminazione contro le persone trans in Europa.

⁴⁸ ECtHR, 10 marzo 2021, *Y.Y. c. Turchia*, Ricorso n. 14793/08.

⁴⁹ ECtHR, 6 aprile 2017, *A.P., Garçon, Nicot c. Francia*, Ricorso n. 79885/12, 52471/13, 52596/13.

⁵⁰ ECtHR, 19 aprile 2021, *X and Y v Romania*, Ricorso n. 2145/16, 20607/16.

La questione, riguardante tre diverse persone ricorrenti e il mancato riconoscimento del loro genere elettivo, richiedeva anche alla Corte di esprimersi circa la necessità di provare, tramite documentazione medica, la condizione di incongruenza di genere come ulteriore precondizione. Si soffermava quindi sull'aspetto della patologizzazione, quel paradigma che reputa la persona trans e le sue istanze come valida solamente riconducendola ad una condizione (di malattia mentale) medicalmente rilevante e accertata. In tal senso la Corte ha invece affermato che non vi era stata violazione dell'art. 8 e ha riconosciuto un maggiore margine di apprezzamento agli Stati, in prevalenza del principio della certezza delle relazioni giuridiche. Su questo, tuttavia, è importante considerare la crescita di un comune sentire a livello internazionale orientato alla depatologizzazione, come anche i mutamenti che hanno investito testi come l'ICD-11⁵¹, fino all'affermarsi di diversi modelli di LGR basati su procedure amministrative e la mera dichiarazione del soggetto (modello di autodeterminazione di genere): tutti elementi importanti che la Corte EDU non potrà non tenere in considerazione nell'immediato futuro.

3. La giurisprudenza della CGEU: ricavare spazi di tutela all'interno del diritto dell'Unione Europea

Non meno rilevante la giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, fortemente influenzata, soprattutto alle sue origini, da quella della Corte EDU. Si pensi ad esempio, come già a partire dai primi casi la CGEU citi apertamente la sentenza della Corte EDU *Rees*, al fine di definire la "persona transessuale"⁵².

La giurisprudenza della CGEU, come vedremo, adotterà tale prospettiva: è competenza degli Stati emanare leggi che riguardino il nome, la parentela, il genere; questi fattori possono, però, avere impatto su diverse libertà fondamentali sancite all'interno del diritto dell'Unione europea, come ad esempio la libertà di circolazione, riconosciuta all'art. 21 TFUE, determinando l'intervento della Corte. Il genere, tuttavia, ha ulteriori implicazioni, essendo un principio che permea il diritto e le *policy* pubbliche: impatta dunque sui diritti sociali come l'accesso alla pensione e il requisito dell'età pensionabile. È proprio questo il grimaldello che ha consentito negli anni alla CGEU di costruire un corpus giurisprudenziale su una questione apparentemente non di sua competenza, come quella delle procedure di LGR. Questo ci consente oggi di dire che, in una certa misura, le persone trans(essuali?), ricevono una tutela rispetto alla propria posizione soggettiva anche all'interno del diritto dell'Unione europea.

⁵¹ L'ICD-11 ha rimosso, la condizione trans dai disturbi mentali, introducendo la dicitura "incongruenza di genere" e collocandola all'interno di un capitolo dedicato alle "Condizioni relative alla salute sessuale". Per una prospettiva sul punto si veda: J. DRESCHER, P. COHEN-KETTENIS, S. WINTER, *Minding the body: Situating gender identity diagnoses in the ICD-11*, in *International Review of Psychiatry*, 24, 6, 2012, 568-577.

⁵² Già nel primo caso, i giudici citano *Rees* a fini definitivi della condizione transessuale. Ancor più chiari e rilevanti i riferimenti alla giurisprudenza ECtHR (nello specifico a Goodwin) nella sentenza K.B. WINTERMUTE, *In Extending Human Rights, which European Court is Substantively "Braver" and Procedurally "Fitter"? The Example of Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination*, in *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts*, Oxford, 2015, 179-199.

3.1. Dalle discriminazioni sulla base del sesso alla tutela dell'identità di genere

Il punto di partenza della dottrina attorno ai diritti delle persone trans sviluppata ad oggi dalla Corte di Giustizia è il caso del 1996 *P. c. S.*⁵³ ed è basata sull'idea che le discriminazioni subite da coloro che hanno intrapreso interventi chirurgici di affermazione di genere sono discriminazioni sulla base del sesso⁵⁴, vietate dall'art. 5 n.1 della Direttiva del Consiglio 76/207/CEE. Si trattava di un caso in cui una donna trans, P., amministratrice presso un istituto di insegnamento, veniva licenziata con l'inizio di un percorso di transizione medico-sociale, comprendente poi un intervento di "riassegnazione del sesso". P. presentava ricorso contro il *Cornwall Country Council*, che qualificava il licenziamento come effettivamente dovuto al "cambio di sesso". Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia il giudice chiedeva se in tale caso venisse in rilievo la Direttiva 76/207-CEE in particolare l'art. 5(1) che, riguardo al licenziamento, statuisce le necessità di garantire medesime condizioni a donne e uomini, e se tale previsione fosse ostativa del licenziamento della persona trans a causa del percorso di affermazione di genere.

L'avvocato generale Tesauro supportava la posizione della ricorrente, affermando la sussistenza di una discriminazione di genere, semplicemente perchè P. non sarebbe stata licenziata se «fosse rimasta un uomo». La Corte di Giustizia, in una decisione definita dallo stesso Avvocato Generale «coraggiosa seppur inevitabile», ritiene la direttiva applicabile anche a quelle discriminazioni che hanno origine nel percorso di affermazione di genere dell'interessata. Nel motivare ciò, la Corte fa riferimento al fatto che «il diritto di non essere discriminati in ragione del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana» e all'intollerabile mancanza di rispetto della dignità e della libertà della persona che deriverebbe da una decisione di segno contrario. Per fare ciò la Corte utilizza come *tertium comparationis* una persona cis assegnata alla nascita al medesimo genere della ricorrente, notando dunque un trattamento deteriore⁵⁵. Il caso adotta chiaramente una definizione medicalizzata e una narrativa del "*trapped in the wrong body*" dell'esperienza trans⁵⁶, ma ciò che vi è di interessante è che il sesso della ricorrente non viene utilizzato come aporia da cui tutta l'argomentazione giuridica si dipana. Contestualmente questa all'interno del testo della sentenza viene riconosciuta nel proprio genere di elezione⁵⁷, sebbene questo non corrisponda al genere legale

⁵³ CGEU, 30 aprile 1996, *P c. S e Cornwall Country Council*, C-13/94.

⁵⁴ Posizione già sostenuta dal Parlamento europeo a partire dal 1989: "*Resolution on discrimination against transsexuals*".

⁵⁵ Le commentatrici ed i commentatori della sentenza hanno molto dibattuto nel cercare di qualificare il parametro utilizzato dalla Corte di Giustizia. Le variabili utilizzate al riguardo sono principalmente due: comparazione inter-persona (svolta fra differenti soggetti) o intra-persona (comparazione svolta tenendo in considerazione una sola persona) o inter-sesso intra-sessi. La maggior parte dei commenti si schiera per una comparazione inter-sessi, l'argomento contrario, minoritario, si basa sulla constatazione del fatto che, ai tempi del ricorso, la ricorrente fosse a tutti gli effetti un uomo davanti alla legge britannica, si vedano in proposito: L. FLYNN, *Case note on Grant*, in *Common Market Law Review*, 1997, 367 ss.; R. WINTEMUTE, *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, in *The Modern Law Review*, 60, 3, 1997, 334 ss.

⁵⁶ Si veda l'analisi giuridica condotta in merito a questa retorica da: A. SHARPE, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of the Law*, Londra, 2002.

⁵⁷ A. CAMPBELL, H. LARDY, *Discrimination against Transsexuals in Employment*, in *European Law Review*, 1996, 414-415.

della stessa. Inoltre, è stato affermato come, pur presupponendo che la ricorrente avrebbe comunque ultimato l'iter dei vari trattamenti di affermazione di genere, la Corte non ha richiesto che questi si fossero verificati per garantire la protezione della stessa ai sensi della direttiva⁵⁸.

Nel caso *K.B.*⁵⁹ protagonista è una dipendente del servizio sanitario nazionale britannico in una relazione stabile e convivente con un uomo transessuale. Quest'ultimo non era riconosciuto nel proprio genere dal Regno Unito, pertanto la coppia non poteva sposarsi, con la conseguente impossibilità di ricevere la pensione di reversibilità. A seguito di due decisioni da parte dei tribunali inglesi del lavoro, contrarie alle pretese della ricorrente, la *Court of Appeal* solleva una questione davanti alla Corte di Giustizia circa l'interpretazione dell'art. 141 CE (ora art. 157 TFUE) e della Direttiva 75/117/CEE, che la ricorrente assumeva violati da un'avvenuta discriminazione sulla base del sesso. La Corte sostiene che la decisione di riservare certi benefici alle coppie coniugate non costituisce di per sé una discriminazione sulla base del sesso. Tuttavia, aderendo alle opinioni espresse dall'Avvocato Generale, sostiene esservi un'ineguaglianza che, pur non intaccando direttamente un diritto garantito dalla competenza comunitaria, tocca una condizione fondamentale per l'accesso a tale diritto: la capacità a contrarre matrimonio, cosa negata ai ricorrenti a causa del fatto che uno dei due partner fosse una persona trans. Una legislazione come quella in esame, che impedisca ad una coppia formata da una persona cisgender e da una transgender di soddisfare il requisito del matrimonio, fondamentale ai fini dell'ottenimento di un vantaggio pensionistico per il compagno o la compagna, è contrario all'art. 141 CE. Qui, sebbene la Corte riconosca il potere esclusivamente statale di determinare l'accesso alle procedure di LGR, sostiene che ciò trova limite nel godimento del diritto a vedersi riconosciuta la propria identità di genere contingente, ove questa sia preconditione per il godimento di altri diritti garantiti da fonti europee.

Nel caso *Richards*⁶⁰ la ricorrente, è una donna trans che vede rifiutato il proprio pensionamento da parte della competente autorità inglese al compimento del proprio sessantesimo anno di età, soglia prevista *ex lege* per le donne. La questione di pregiudizialità viene sollevata dal *Social Security Commissioner* che, sulla base delle affermazioni della ricorrente, pone il quesito sull'applicazione al caso di specie della direttiva 97/9/CEE (Discriminazioni in materia di sicurezza sociale). La Corte afferma che la discriminazione attuata sia basata sull'impossibilità per Richards di vedere riconosciuta la propria identità di genere ai fini dell'applicazione del *Pensions Act*. La comparazione è effettuata con le donne cisgender, rispetto alle quali vi è una discriminazione basata sul sesso ai sensi della direttiva 79/7/CEE. La Corte ripercorre il medesimo schema argomentativo di *K.B.*: il fatto che il mancato riconoscimento del genere dalla ricorrente la ponga nelle condizioni di non poter soddisfare un requisito fondamentale ai fini del riconoscimento di una tutela europea, è contrario al diritto comunitario. In questa decisione si vede ancora una volta l'influenza del diritto internazionale del Consiglio d'Europa, infatti accanto all'uso del parametro di comparazione, fa capolino un nuovo metodo argomentativo: quello dei diritti umani. La Corte prende infatti da Strasburgo il riferimento alla dignità e libertà

⁵⁸ S. OSELLA, *Gender identity and EU law: Evolution and open questions*, in E. STRADELLA (a cura di), *Gender based approaches and juris dictio in Europe*, Pisa, 2020, 87-111.

⁵⁹ *K.B. c. National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*, 7 gennaio 2004, causa C-117/01.

⁶⁰ CGEU, 27 aprile 2006, *S.M. Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Causa C-423/04.

dell'essere umano, di più ampio respiro rispetto al mero riferimento all'eguaglianza formale, discendente dai test comparativi precedentemente e tipicamente adottati nei casi riguardanti le discriminazioni relative all'identità di genere.

Entrambi questi casi portano avanti una visione medicalizzata dell'esperienza trans in cui l'intervento chirurgico è un perno essenziale della stessa. Questo, in parte a causa del fatto che tutti i casi giunti in Corte riguardavano persone in tale situazione, in parte perché la Corte non si è curata di svincolare progressivamente il concetto di discriminazione sulla base del sesso da quello espresso nella prima sentenza in materia, che è rimasto dunque ancorato all'intervento di riattribuzione chirurgica. Quello che si nota tuttavia, rispetto anche ad esempio alla sentenza P., è la mancanza di definizione univoca e, in entrambi i casi, uno spostamento verso la comparazione fra persone dello stesso genere, di cui una cis e l'altra trans, al fine di affermare il trattamento peggiore di quest'ultima. In questo si vede come vi sia un carattere evolutivo della giurisprudenza della Corte che, pur riconoscendo agli stati competenza esclusiva sulle procedure di LGR, giunge al pieno riconoscimento delle identità trans(essuali), laddove questo sia necessario per garantire il godimento di diritti previsti dall'ordinamento europeo. Ciò avviene in un quadro in cui, oltre al classico test di comparazione come metodo analitico, si riconosce come vi siano delle discriminazioni specifiche contro le persone trans⁶¹.

In questo solco si muove la decisione in MB⁶² del 2018, in cui le precondizioni per il riconoscimento dell'identità di genere, in precedenza sempre considerate esclusivamente appannaggio degli Stati membri, sembrano aprirsi a scrutinio di compatibilità rispetto al diritto dell'Unione Europea. La questione era nuovamente relativa all'impossibilità per una donna trans di andare in pensione sulla base del requisito di età accordato alle donne. Questo perché la ricorrente, pur rispettando i requisiti diagnostici e sociali posti dal UK *Gender Recognition Act 2004*, ed avendo effettuato interventi di affermazione di genere, si rifiutava di chiedere l'annullamento del proprio matrimonio precedentemente contratto con una donna. In questo senso, dunque, veniva contestato non il mancato riconoscimento in sé dell'identità della ricorrente, ma una delle precondizioni per accedere alla procedura di LGR, essendo questa – a detta della ricorrente – discriminatoria sulla base del sesso e in contrasto con il principio della parità di trattamento di cui all'art.4(1) della Direttiva 79/7/CEE. Secondo l'avvocato generale Bobek, bisognava portare all'attenzione della corte le precondizioni proprie delle procedure di LGR: posto che il riconoscimento dell'identità di genere è un processo dinamico, era necessario vagliare non solo l'approdo finale ma anche la traiettoria delineata per giungere all'obiettivo. Diversamente, il rischio potrebbe essere che «la discriminazione basata sul cambiamento di sesso e vietata dalla direttiva sia fatta rientrare per vie traverse sotto forma di prerequisiti o condizioni connessi al riconoscimento dello status, a prescindere dal loro contenuto». La Corte, rimarcando ancor una volta che è competenza degli Stati determinare le precondizioni, afferma la necessità che queste vengano esercitate nel rispetto del diritto dell'Unione europea ed in particolare del principio di non discriminazione. Riconosce infine che, il requisito dell'annullamento del matrimonio costituisce una discrimi-

⁶¹ M. BELL, *Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 60, 2012, 144.

⁶² CGEU, 26 giugno 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16.

nazione diretta sulla base del sesso oltre che un'interferenza con la vita familiare, che le persone cis non devono subire al fine di vedere riconosciuta la propria identità.

3.2. Possibili nuove frontiere e destinazioni incerte: i casi pendenti di fronte alla Corte

Da ultimo vengono trattati un caso appena deciso dalla Corte di giustizia e due casi ad oggi pendenti, che pongono questioni ulteriori e nuove rispetto a quelle già affrontate dalla giurisprudenza europea. Il primo è il caso *Mirin*⁶³, riguardante un cittadino rumeno trasferitosi nel Regno Unito con la propria famiglia, luogo in cui, dopo aver ottenuto la cittadinanza, iniziava un percorso di transizione come disciplinato dal *Gender Recognition Act 2004*, ottenendo la modifica dei propri documenti (genere e nome elettivo) nel 2020. A quel punto il ricorrente richiedeva alle autorità competenti rumene di procedere all'adeguamento del proprio atto di nascita, richiesta che veniva negata. Dinanzi alla CGEU è stata sollevata una questione pregiudiziale riguardante la compatibilità del rifiuto dell'adeguamento con il diritto UE (in particolare art. 21 del TFUE, e art. 1, 20, 21, 45 della Carta dei diritti fondamentali). La richiesta era stata quella di iniziare una nuova procedura giudiziale per la modifica del genere anagrafico, considerando anche che la procedura nazionale, come accertato dalla Corte europea dei diritti umani, è carente nei termini di chiarezza e prevedibilità e non rispetta gli standard dei diritti umani della Cedu. L'avvocato generale de *La Tour* sostiene nelle proprie conclusioni⁶⁴ che tale rifiuto dell'autorità rumena violi il diritto alla libertà di circolazione e stabilimento all'interno dell'Unione europea (art. 21 TFUE, art. 45 Carta dei diritti fondamentali) ma anche il diritto al rispetto per la vita familiare e privata (art. 7 Carta dei diritti fondamentali). Tuttavia, l'avvocato generale tratta la questione del nome e genere in due filoni argomentativi differenti⁶⁵, sostenendo la piena necessità di riconoscere il nome, volendo invece circoscrivere il riconoscimento di genere

⁶³ CGEU, *Mirin*, C-4/23.

⁶⁴ Conclusioni Avv. Generale n. 4/2024, Corte di Giustizia - Conclusioni dell'avvocato generale nella causa C-4/23 | *Mirin*.

⁶⁵ Per quanto riguarda il nome, muovendo dal caso *Bogendorff*⁶⁵, l'avvocato generale sostiene che il diniego immotivato dell'autorità rumena violi il diritto dell'UE, in considerazione dell'importanza del nome come elemento della personalità (protetto da art. 7 della Carta). Il mero fatto che uno Stato non abbia una procedura in tal senso non giustifica il mancato riconoscimento di tale mutamento avvenuto sulla base delle leggi di un altro Stato membro, a maggior ragione considerato che la procedura rumena non può essere considerata compatibile con il diritto dell'Unione Europea (sulla base di quanto accertato in *X e Y c. Romania*). Il riconoscimento di genere ha invece una portata differente, perchè non riguarda solo lo status personale ma anche quello familiare e l'esercizio di diritti basati sulla differenza di genere. Tali aspetti non sono rientranti all'interno delle competenze dell'Unione Europea, pertanto l'avvocato generale propone di riconoscere il genere elettivo della persona solamente nel certificato di nascita e nei documenti che la persona usa per muoversi all'interno del territorio europeo, come carta di identità e passaporto, non necessariamente dunque per ulteriori fini. Una simile soluzione appare in linea con la giurisprudenza consolidata della Corte, che non impone agli Stati membri di riconoscere gli status familiari acquisiti in altri Stati membri se non ai fini dell'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno, non andando invece ad alterare gli status familiari (punti 84-85 della Conclusioni). Questo avrebbe chiaramente effetti deleteri qualora la persona scegliesse di tornare nel paese d'origine (in cui per esempio verrebbe considerata nel genere di nascita a fini matrimoniali), ma viene reputato un bilanciamento corretto fra l'interesse pubblico degli stati membri e i diritti delle persone transgender.

esclusivamente ai documenti di identità. Tale filone argomentativo non verrà tuttavia accolto dalla Corte: questa infatti, riconosce sia il genere che il nome come aspetti fondanti dell'identità e dello status della persona, a cui applicare il medesimo ragionamento giuridico. Pur ribadendo che le procedure di LGR riguardino competenze statali, la Corte ribadisce come nell'esercizio di tali poteri ciascuno Stato debba rispettare i diritti dell'Unione, con particolare riguardo alla libertà di circolazione e dunque riconoscendo lo *status* delle persone stabilito in un altro Stato membro conformemente al diritto di quest'ultimo. Il mancato riconoscimento da parte della Romania dell'adeguamento delle risultanze anagrafiche avvenuto in Regno Unito, con la richiesta di avvio di una nuova procedura giurisdizionale, è reputato idoneo ad ostacolare l'esercizio del diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, poiché dall'incongruenza di nome/genere derivano numerosi confusioni ed inconvenienti di ordine quotidiano, amministrativo e giuridico. La Corte non reputa inoltre la normativa rumena giustificata sulla base di considerazioni oggettive e proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, in ogni caso non in violazione del diritto alla vita privata di cui all'art. 7 della Carta. In questo senso la CGEU menziona esplicitamente il sistema convenzionale, riferendosi alla sentenza con cui la Corte EDU ha accertato che il procedimento previsto dalla normativa della Romania deve essere considerato incompatibile con l'articolo 8 della Cedu.

Questo è un caso che, pur non riguardando le procedure nazionali di LGR, configura il diritto al riconoscimento giuridico del genere della persona trans come una questione connessa all'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali di cittadinanza dell'Unione europea⁶⁶. Un grimaldello, analogo a quello utilizzato nei noti casi *Coman*⁶⁷ e *Pancharevo*⁶⁸, che si è rivelato particolarmente lungimirante nel processo di avanzamento dei diritti LGBTI+, ma che sconta alcuni limiti strutturali che potranno essere colmati esclusivamente da regolamenti *ad hoc*, come nel tentativo relativo alla circolazione dello *status filiationis*⁶⁹. Rimane infatti da comprendere, ad esempio, quali conseguenze giuridiche una simile sentenza possa avere al di là del mero status personale, nel contesto del paese d'origine, rispetto alla creazione, ad esempio, di nuovi legami familiari, sia nei termini di una possibile frammentazione del status (personale v. familiare) oltre che della piena tutela dei diritti della persona interessata.

⁶⁶ A. M. PLAN, *Trans Rights and Gender Recognition before the CJEU. Reflections on the AG's Opinion in the Mirin Case (C-4/23)*, in *VerfBlog*, 05 Giugno 2024.

⁶⁷ CGEU, 5 giugno 2018, *Coman e altri c. Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne*, Causa C-673/16. La dottrina ha ampiamente commentato il caso, si vedano ad esempio le analisi di: A. TRYFONIDOU, *Relu Adrian Coman and Others v. Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne (C.J.E.U.)*, in *International Legal Materials*, 58, 4, 2019, 823-836; M. VAN DEN BRINK, *Is the Reasoning in "Coman" as Good as the Result?*, in *VerfBlog*, 10 Giugno 2018; V. STEHLIK, *The CJEU Crossing the Rubicon on the Same-Sex Marriages? Commentary on Coman Case*, in *International and Comparative Law Review*, 2018.

⁶⁸ CGEU, 14 dicembre 2021, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon 'Pancharevo'*, C-490/20. Si veda: G. MARINKÁS, *Some Remarks on the CJEU's 'Pancharevo' Decision With Special Regard to the Nexus Between the Primacy of EU Law and the National Identity of Member States*, in *Law, Identity and Values*, 3, 1, 2023, 177-201.

⁶⁹ Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (COM(2022)0695 – C9- 0002/2023 – 2022/0402(CNS)).

Il secondo caso pone invece dei parametri di riferimento nuovi all'interno dell'inquadramento dei diritti trans nel diritto dell'Unione europea. Il caso *Deldits*⁷⁰ riguarda un rifugiato trans cui viene negato accesso al riconoscimento legale del genere dal 2021. Il rinvio pregiudiziale solleva una questione cruciale riguardante l'applicazione del GDPR a casi riguardanti l'identità di genere di persone residenti e aventi la cittadinanza europea. In particolare, si domanda se questo imponga la modificazione dei dati personali, incluso il genere, su richiesta della persona interessata ed in caso quali siano le prove da portare a supporto di tale istanza. In aggiunta è necessario tenere in considerazione se tali prove comprendano eventuale documentazione medica relativa a interventi chirurgici effettuati. Secondo l'avvocato generale la definizione di "dati personali" nel GDPR include informazioni che possono identificare una persona fisica, e dunque l'identità di genere rientra nei "fattori specifici" della persona (art. 4, GDPR). Contestualmente, il margine di manovra concesso agli stati membri per il trattamento dei dati in contesti di interesse pubblico, non può in alcun modo derogare al diritto alla rettifica dei dati, previsto all'art. 16 del GDPR. Gli Stati potranno tuttavia invocare l'art. 23(1)(e) per limitare il diritto alla rettifica in certe circostanze al fine di garantire l'affidabilità e la certezza dei registri di stato civile, ma in tale circostanza questo non si applica. Al contrario, secondo l'avvocato generale, l'autorità nazionale è obbligata a rettificare i dati personali sul genere della persona che aveva ottenuto protezione internazionale sulla base della propria identità di genere che non era stata tuttavia registrata (essendovi invece il sesso assegnato alla nascita), proprio per migliorare l'affidabilità del registro e l'accuratezza dei dati. In merito alla prova che dovrà fornire per supportare la persona interessata per la richiesta di rettifica, l'avvocato generale reputa sufficiente l'avvenuto riconoscimento dello status di rifugiato, bastando dunque una prova ragionevole dell'inesattezza del dato registrato. In merito in fine all'ultima questione, nella ricostruzione di Collins, non solo il GDPR non impone alcun requisito in merito ad interventi chirurgici, ma porre una simile condizione vanificherebbe il diritto a rettificare i dati inesatti relativi al genere di una persona transgender, garantito dalla stessa norma. Citando la giurisprudenza della Corte EDU e diversi articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (fra cui l'art. 1 sulla dignità umana, l'art. 3 sull'integrità fisica e l'art. 7 sulla vita privata), l'avvocato generale arriva ad escludere le legittimità di un simile requisito, sottolineando come il GDPR vada applicato dagli Stati membri in conformità alla Carta stessa. Tale caso, dunque, pone nuovamente all'attenzione i requisiti statali per le procedure di LGR e la loro legittimità ai sensi del diritto dell'Unione europea. Si ampliano tuttavia i termini del discorso, non più articolato esclusivamente attorno al perimetro della non discriminazione, della parità di trattamento e più in generale dei diritti fondamentali, ma anche attorno ai dati personali. Questo potrebbe avere un interessante potenziale inesplorato qualora la Corte avallasse le argomentazioni dell'avvocato generale. La prospettiva potrebbe essere quella di mettere in discussione il prisma di forte medicalizzazione adottato fino ad ora in tutte le sentenze, questo potrebbe essere possibile da una parte facendo leva, non tanto sull'aspetto della circolazione degli status che come emerge già nell'impostazione del caso *Mirin* ha evidenti limiti, quanto piuttosto sul principio di non discriminazione, ma anche sulla tutela dei dati personali e il loro stretto legame con l'esercizio dei diritti fondamentali, ampliando la tutela a più soggetti di quelli che ad oggi sono stati tutelati dal diritto dell'Unione, rispecchiando una maggiore pluralità delle identità trans. Interessanti spunti in tal senso potrebbero essere forniti dal caso

⁷⁰ CGEU, *Deldits*, C-247/23.

*Shipov*⁷¹, con il quale la Bulgaria solleva diverse questioni circa la compatibilità del proprio diritto interno, che non prevede la possibilità di mutare il genere anagrafico fatte eccezioni per il caso delle persone intersex, con quello dell'Unione Europea (in particolare con riguardo ai principi di uguaglianza e libertà di movimento, articoli 9 TUE e negli articoli 8 e 21 TFUE, il divieto di discriminazione basata su sesso articolo 10 TFUE e la circolazione degli status). In questo quadro appare interessante l'ultimo dei punti della domanda di rinvio pregiudiziale in cui si chiede alla Corte di giustizia se sia ammissibile l'interpretazione costituzionale bulgara⁷² per la quale il termine sesso è da intendersi esclusivamente in termini biologici.

4. Alcune riflessioni conclusive

A conclusione della disamina critica della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea è importante fissare alcuni punti, da cui potranno partire snodi per necessarie riflessioni future.

Entrambe le Corti oggi rappresentano motori attivi nel contrasto alle discriminazioni, come appare chiaramente in ambiti quali la razza, l'etnia, l'età, la disabilità, ma in maniera più cauta in relazione alle questioni LGBTI⁷³. Per quanto concerne le questioni trans, oltre alla già citata giurisprudenza, sia il Consiglio d'Europa che l'Unione Europea hanno indirizzato la questione anche sul piano politico. L'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha approvato una raccomandazione⁷⁴ che richiama alla necessità di combattere le discriminazioni contro le persone trans in settori quali quello sanitario, lavorativo e non solo. Nella strategia per l'eguaglianza LGBTIQ+⁷⁵, la Commissione avalla il principio di autodeterminazione di genere come standard dei diritti umani per le persone trans, ed esplicita la necessità di supportare gli stati nell'implementazione di procedure di LGR chiare ed accessibili. Tornando al formante giurisprudenziale, è possibile rinvenire nella dottrina elaborata dalle Corti una matrice evolutiva, che cerca di seguire, sebbene con molta cautela, un mutamento del sentire sociale e dell'elaborazione concettuale attorno all'esperienza trans. Un approccio di «leadership non aggressiva» a questi temi⁷⁶, che è certamente influenzata e limitata dal principio di sussidiarietà⁷⁷.

⁷¹ CGEU, *Shipov*, C-43/24.

⁷² Si tratta di quella interpretazione che ad esempio ha portato la Corte costituzionale bulgara a dichiarare, nel 2018, la Convenzione di Istanbul contraria alla Costituzione, per il concetto di genere a questo documento sotteso. Corte Costituzionale della Repubblica bulgara, decisione n. 13, 27 luglio 2018 (*Решение No 13, София, 27 юли 2018 г., (обн., ДВ, бр. 65 от 07.08.2018 г.)*).

⁷³ Per un'analisi del diritto anti-discriminatorio UE da diverse prospettive si rimanda a: U. BELAVUSAU, K. HENRARD (a cura di), *EU Anti-Discrimination Law beyond Gender*, Oxford, 2018,

⁷⁴ Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (PACE), Risoluzione (2048) sulla discriminazione contro le persone trans in Europa.

⁷⁵ Commissione Europea, *Un'unione dell'uguaglianza: la strategia per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ 2020-2025*, 2020.

⁷⁶ G.N. TOGGENBURG, *Diversity Before the European Court of Justice: The Case of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Rights*, in E. PRÜGL, M. THIEL (a cura di), *Diversity in the European Union*, New York, Palgrave Macmillan, 2009.

⁷⁷ Si veda sul punto D. SCHULTZ, *Subsidiarity V. Pan-Europeanism: LGBTQ And Transgender Rights In The EU And Under The European Convention Of Human Rights*, in *Bulletin of the Transilvania University of Braşov, Series VII: Social Sciences & Law*, 16, 2023, 63-72.

Sebbene di fondamentale rilevanza, nella dottrina di entrambe le Corti rinveniamo un immaginario giuridico limitato nel concettualizzare sesso e genere, rinforzando la convinzione per cui il genere può e deve essere categorizzato, non essendo ancora capace di fare spazio ad una concezione di genere come *continuum* e come spettro⁷⁸.

In nuce, è possibile però vedere punti di sviluppo per una giurisprudenza che abbandoni progressivamente la visione medicalizzata, binaria e patologizzante delle persone trans. In particolare, la dottrina ha riflettuto su come la giurisprudenza della Corte di giustizia, basando i propri ragionamenti sul principio di non discriminazione, possa riuscire ad ampliare il perimetro delle proprie tutele alla molteplicità delle identità trans: tutte, infatti, subiscono un trattamento peggiore rispetto alle persone cis⁷⁹. Queste riflessioni sulle procedure di LGR non possono però prescindere dal prendere atto di una nuova sfida che la giurisprudenza delle Corti sovranazionali dovrà affrontare ma che, per certi versi, sta già in parte affrontando⁸⁰: fra le istanze delle persone trans, in particolare di quelle non binarie, vi è sempre di più la necessità di superare *in toto* il binarismo di genere e la sua rilevanza all'interno dei sistemi giuridici.

In linea con le rivendicazioni delle persone intersex, oggi appare necessario che gli ordinamenti giuridici prevedano il riconoscimento di un genere ampio, che prescinda dalla categorizzazione maschile/femminile. Un numero importante di Corti costituzionali nazionali (fra cui quella italiana, pronunciata a luglio 2024⁸¹) è stata investita da simili istanze⁸² ed alcuni ordinamenti sono arrivati a simili soluzioni per via legislativa⁸³. Risulta emblematica la decisione della Corte costituzionale tedesca che ha ritenuto il principio binario dei generi come sistema non costituzionalmente necessario⁸⁴.

⁷⁸ P. SKIDMORE, *Can Transsexuals Suffer from Sex Discrimination?*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 19, 105, 1996, 109.

⁷⁹ S. OSELLA, *The Court of Justice and gender recognition: A possibility for an expansive interpretation?*, in *Women's Studies International Forum*, 87, 2021.

⁸⁰ Si pensi ai casi discussi recentemente di fronte alla Corte europea dei diritti umani su questioni intersex, come ad esempio il caso *Y v. France*, in cui pur riconoscendo la validità delle istanze intersex è stato affermato un ampio margine di discrezionalità statale o il caso *Semenya v. Switzerland* in cui invece, seppur nell'ambito sportivo, è stata affermato che le questioni intersex sono protette dall'art. 8 e 14 della Cedu. Si vedano i seguenti commenti alle decisioni: G. SPANNÒ, *Y v. France: Gender Neutrality before the ECtHR. Neither female, nor male, no violation of Article 8*, in <https://euwonder.jus.unipi.it/2023/03/26/y-v-france-gender-neutrality-before-the-ecthr-neither-female-nor-male-no-violation-of-article-8/>, 2023.

⁸¹ Si tratta della sentenza 23 luglio 2024, n. 143, con la quale la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate in merito alla compatibilità della legge 164/1982 in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, della Costituzione nella parte in cui non menziona la possibilità di una dicitura di sesso altra rispetto al maschile e al femminile. La Corte ha reputato di non poter intervenire sulla materia, appannaggio della discrezionalità del legislatore in particolar modo per l'impatto che avrebbe l'introduzione di un terzo genere di stato civile nei vari settori dell'ordinamento ed istituti (es: diritto di famiglia, del lavoro, diritto della riservatezza, stato civile), che richiede un intervento di sistema. Nonostante ciò, la Corte riconosce la rilevanza costituzionale delle istanze delle persone non-binarie, sia da un punto di vista del dispiegarsi del principio personalistico di cui all'art. 2 Cost., ma anche con riguardo al principio di eguaglianza e dignità sociale, tanto quanto al benessere psicofisico della persona (art. 3 e 32 cost).

⁸² In Europa le Corti costituzionali dell'Austria (G-77/2018), del Belgio (99/2019) e della Germania (2019/16) hanno infatti riconosciuto il genere non binario.

⁸³ Si pensi all'Argentina in cui con il decreto presidenziale N°476/21 si è data possibilità a tutte le persone che non si identificano come donna o uomo di optare per una "x" nelle risultanze di stato civile. Una simile

In conclusione, come emerso, il diritto può assumere posture ambivalenti. Da una parte questo può essere strumento di mantenimento dello *status quo* e del binarismo, il quale si è rivelato funzionale alla perdurante marginalizzazione di tutte quelle persone che non si conformano alle aspettative e alle norme sociali di genere. Contestualmente, nell'ottica del costituzionalismo, in cui ogni persona ha un valore in sé, da ricercare nella valorizzazione del potenziale di ogni essere umano, il diritto può perseguire divenire strumento per scardinare radicati meccanismi di diseguaglianza sociale. Tale ambivalenza del diritto pone il potere pubblico dinnanzi ad un bivio: scegliere se optare per il mantenimento del binarismo di genere come principio ordinatorio o perseguire pienamente il principio personalista, partendo dalla materialità dei corpi e riconoscendo la pluralità delle identità.

In questo, grazie alla tutela multilivello dei diritti, il ruolo delle corti sovranazionali nel rappresentare un fattore di coesione e progressivo avanzamento del diritto degli Stati membri, appare complesso quanto innegabile. Questo dialogo infatti ha consentito di proseguire con la ricerca di nuovi bilanciamenti, da una parte appigliandosi alla dimensione dell'effettività di tutti quei diritti che sono connessi al riconoscimento dell'identità di genere dell'individuo, ma dall'altra non trascurando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici evocata dagli Stati.

previsione si ascrive all'interno della cornice sulla legge per la tutela delle identità trans già sopra citata, fortemente improntata all'eguaglianza e all'autodeterminazione.

⁸⁴ C.M. REALE, *Il binarismo di genere non è costituzionalmente necessario e viola i diritti fondamentali, storica sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2018, pp. 218-220.