

GenIUS

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

VALENTINA CAPUOZZO

La registrazione anagrafica del terzo genere:
una comparazione tra Bundesverfassungsgericht e
Corte costituzionale italiana

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

online first
19 febbraio 2025

La registrazione anagrafica del terzo genere: una comparazione tra *Bundesverfassungsgericht* e Corte costituzionale italiana

Sommario

1. Introduzione. – 2. La registrazione anagrafica del terzo genere come problema giuridico. – 3. Il caso tedesco. – 3.1. La decisione di incompatibilità del *Bundesverfassungsgericht*. – 3.2. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale fino all'intervento legislativo del 2024. – 4. Il caso italiano. – 4.1. Il *self restraint* della Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 143 del 2024. – 4.2. L'ulteriore profilo dell'autorizzazione giudiziale. – 5. Riflessioni conclusive.

Abstract

Il lavoro analizza in chiave comparata le decisioni del *Bundesverfassungsgericht* tedesco e della Corte costituzionale italiana in materia di registrazione anagrafica del terzo genere. In Germania, una decisione di incompatibilità ha stimolato un'evoluzione normativa significativa. In Italia, il giudice delle leggi ha adottato un atteggiamento più cauto, pur evidenziando un problema di tono costituzionale. Il confronto si concentra sui rimedi utilizzati dalle due Corti per colmare i silenzi legislativi e sulle differenti modalità di dialogo tra giurisdizione costituzionale e legislatore nei due ordinamenti.

The study provides a comparative analysis of the decisions of the German Bundesverfassungsgericht and the Italian Constitutional Court on the registration of a third gender. In Germany, a declaration of incompatibility spurred significant legislative evolution. In Italy, the Constitutional Court adopted a more cautious approach, while highlighting a constitutional issue. The comparison focuses on the remedies employed by the two Courts to address legislative omissions and the differing modes of dialogue between constitutional jurisdiction and legislatures in the two legal systems.

1. Introduzione

Il presente contributo propone un'analisi comparata delle decisioni rese dal *Bundesverfassungsgericht*

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università di Bologna. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

e dalla Corte costituzionale italiana in materia di registrazione anagrafica del terzo genere¹, concentrandosi in particolare sul diverso approccio mostrato dai giudici costituzionali tedeschi e italiani rispetto al controllo di una disciplina omissiva, foriera di problemi di esclusione e disuguaglianza.

Tale giurisprudenza risulta di interesse per diverse ragioni: innanzitutto, perché induce a riflettere sul ruolo delle Corti nella produzione del diritto, che tende a diventare pervasivo rispetto, invece, alla tendenza recessiva della decisione politica, sempre più lenta nell'accogliere le istanze di una società in costante evoluzione². Dal confronto tra le pronunce, poi, emerge un diverso rapporto tra giurisdizione costituzionale e legislatore nei due ordinamenti, a partire dai diversi rimedi utilizzati dalle rispettive Corti, che spinge a interrogarsi sulla funzionalità di questi ultimi.

L'analisi è strutturata in tre parti. La prima è dedicata all'inquadramento del problema giuridico, che nei sistemi in cui il genere anagrafico è attribuito su base binaria – vale a dire circoscritta all'alternativa maschile/femminile – pone la questione del bilanciamento tra organizzazione amministrativa degli Stati e libertà di autodeterminazione individuale (paragrafo 2). La seconda parte esamina la risposta tedesca al problema, concentrandosi sulla decisione del *Bundesverfassungsgericht* e sulle reazioni ordinamentali da questa indotte (paragrafo 3). La terza parte riflette sulla differenza di approccio della Corte costituzionale italiana (paragrafo 4), interrogandosi sulle diverse forme di dialogo che nei due ordinamenti si instaurano tra giudici e legislatore (paragrafo 5).

2. La registrazione anagrafica di un terzo genere come problema giuridico

Negli ultimi decenni la questione della registrazione anagrafica del terzo genere è venuta assumendo un rilievo crescente per il diritto, di pari passo alle rinnovate istanze di tutela dell'autodeterminazione individuale per ciò che riguarda la scelta dell'identità sessuale³.

Si tratta di un problema giuridico complesso, che si situa al crocevia tra il principio di uguaglianza, la libera determinazione dell'identità personale e le tradizioni normative degli Stati, connotandosi per una notevole interdisciplinarietà, che chiede al diritto di dialogare con la medicina e la biologia da un lato, e con la psicologia sociale dall'altro. È perciò opportuna una premessa terminologica che aiuti a fissare i concetti principali per l'analisi.

Una prima fondamentale linea di demarcazione è quella che distingue il sesso dal genere. Con il primo ci si riferisce a una condizione biologica, diversamente dal genere che indica invece un concetto meta-biologico⁴. Secondo la medicina è possibile distinguere tre sessi in ciascun individuo: quello fe-

1 *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 10 ottobre 2017 e Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 2024, n. 143.

2 Cfr. sul punto, *ex aliis*, L. Pegoraro, "Politico" e "giurisdizionale" a cento anni dal *Verfassungsgerichtshof*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020; R. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 19.

3 S v. sul punto M.X. Catto, S. Osella, *The Sexed Subject*, in *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, 2023, pp. 25 ss.; G. Mingardo, *Il riconoscimento delle nuove soggettività e il limite del binarismo di genere nella prospettiva costituzionale*, in questa *Rivista*, 19 settembre 2024; R. Rubio-Marín, S. Osella, *El nuevo derecho constitucional a la identidad de género entre la libertad de elección, el incremento de categorías y la subjetividad y fluidez de sus contenidos. Un análisis desde el derecho comparado*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2020, n. 40, p. 118, pp. 45 ss.; P. Valerio, P. Marcasciano, C. Scandurra, *Una visione psico-sociale sulle varianze di genere: tra invisibilità, stima e risorse*, in *Rivista di sessuologia*, gennaio 2016, pp. 23 ss.

4 Cfr. L. Palazzani, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in F. D'Agostino (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 8 ss. Si v. anche A. Astone, *Il controverso itinerario dell'identità di genere*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 2, pp. 305 ss.; G. Baldini, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Milano, Wolters-

notipico, che si manifesta a livello morfologico; quello cromosomico (o genotipico), identificato con l'ultima coppia di cromosomi del cariotipo umano, vale a dire con le coppie che generalmente sono XX o XY; e il sesso psichico (o *gender*), determinato secondo l'autopercezione. È a quest'ultimo concetto che si riferisce l'identità di genere⁵.

In ciascun individuo, i tre sessi possono essere allineati o meno. Come spiega la dottrina maggioritaria, quando vi è una divergenza del sesso fenotipico o genotipico, per ermafroditismo o variazioni cromosomiche, si parla di intersessualismo. La discordanza relativa al sesso psichico definisce invece il transessualismo, che consiste in un'autopercezione diversa rispetto al sesso fenotipico e genotipico, che spinge l'individuo a intraprendere un percorso di "transito" per mezzo di interventi chirurgici o trattamenti ormonali. In assenza di interventi sul corpo, si utilizza invece il termine più onnicomprensivo di *transgender*⁶. È importante sottolineare, inoltre, che il disallineamento non è declinabile in chiave meramente binaria⁷. A tale proposito, il termine-ombrello *genderqueer*, come l'equivalente *non binary*, include chi si riconosce appartenente insieme al genere maschile e femminile (*bigender*), o a un terzo genere (*third gender*), oppure a nessun genere (*agender*)⁸.

A fronte di questo ampio ventaglio di possibilità, il problema giuridico che si pone per la registrazione anagrafica del sesso riguarda il momento della sua attribuzione originaria, che coincide con la nascita dell'individuo. In tale stadio, è invero possibile la sola determinazione del sesso fenotipico e cromosomico, mentre quello psichico si sviluppa successivamente, con il progressivo maturare della percezione del sé⁹.

È dunque possibile che l'identità di genere dell'individuo risulti in seguito diversa rispetto al sesso attribuito alla nascita, determinando disforia e incongruenza di genere. La disforia di genere (*gender dysphoria*) è la classe diagnostica indicata dall'attuale versione del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5), che definisce la condizione di malessere vissuto dall'individuo a causa del disallineamento tra identità di genere e sesso attribuito alla nascita, depatologizzandola rispetto al passato, quando veniva invece rubricata come un disordine dell'identità di genere (*gender identity disorder*). L'incongruenza di genere (*gender incongruence*) è la classe diagnostica utilizzata dall'Organizzazione mondiale della sanità nell'undicesima revisione dell'*International Classification of Diseases* (ICD-11), definita come una marcata e persistente incongruenza tra il genere sperimentato da un individuo e il sesso attribuito¹⁰.

Kluver, 2019, pp. 243 ss.; L.P. Martina, *La prospettiva di genere. Un processo di normativizzazione politica mondiale*, Roma, Aracne Editrice, 2017, p. 19; E. Ruspini, *Le identità di genere*, Roma, Carocci, 2023, p. 30.

5 Cfr. G. Viggiani, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, p. 31.

6 Per approfondire si v. P. Currah, *Gender Pluralisms under the Transgender Umbrella*, in P. Currah, R.M. Juang, S. Price Minter (a cura di), *Transgender Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2006, pp. 3 ss.; A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2013, pp. 20-21; G. Mingardo, *Il riconoscimento delle nuove soggettività e il limite del binarismo di genere nella prospettiva costituzionale*, in questa *Rivista*, 19 settembre 2024, p. 2; V. Prince, *Charles to Virginia: sex research as a personal experience*, in V.L. Bullough (a cura di), *The Frontiers of Sex Research*, Prometheus Books, Buffalo, NY, 1979; A.C. Visconti, *Transgender Person*, in A. Bartolini, R. Cippitani, V. Colcelli (a cura di), *Dictionary of Statuses within EU Law. The Individual Statuses as Pillar of European Union Integration*, Cham, Springer, 2019, pp. 591 ss.; E. Zito, P. Valerio, *Le identità sessuali tra discorso clinico e discorso sociale*, in R. Vitelli, P. Valerio (a cura di), *Sesso e genere: uno sguardo tra storia e nuove prospettive*, Napoli, Liguori editore, 2012, pp. 153 ss.

7 G. Viggiani, *Appunti per un'epistemologia*, cit., p. 32.

8 Si v. ancora L. Palazzani, *Identità di genere*, cit.; C. Richards, W.P. Bouman, L. Seal, M.J. Barker, T.O. Nieder, G.T. Sjoen, *Non-binary or Genderqueer Genders*, in *International Review of Psychiatry*, 2016, n. 28, pp. 95 ss.

9 Cfr. G. Viggiani, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, cit., pp. 31 ss.

10 Per un approfondimento, si v. C. Richards, W.P. Bouman, L. Seal, M.J. Barker, T.O. Nieder, G.T. Sjoen, *Non-binary*, cit., pp.

In questi casi, la tutela dell'autodeterminazione individuale richiederebbe un adeguamento della registrazione anagrafica originaria, che tuttavia non sempre è prevista dalle normative statali. A tale proposito, gli studi comparativi operano una classificazione degli ordinamenti utilizzando come parametro, da un lato, il ruolo dell'autorità pubblica e dell'individuo nel riconoscimento del genere, e, dall'altro, la forma binaria o non binaria della scelta¹¹.

In applicazione di tali criteri, si distinguono i seguenti modelli:

- i) *Binary ascriptive*, che vede il genere attribuito dall'autorità pubblica solo in forma binaria;
- ii) *Nonbinary ascriptive*, per cui il genere viene attribuito dall'autorità pubblica sia in forma binaria sia non binaria;
- iii) *Binary elective*, che attribuisce la scelta del genere all'individuo soltanto in forma binaria;
- iv) *Nonbinary elective*, in cui è l'individuo a scegliere il genere sia in forma binaria sia non binaria¹².

L'appartenenza di ciascuno Stato all'uno o all'altro modello può cambiare a seconda dell'evoluzione del quadro normativo ordinamentale, che in effetti si presenta piuttosto mutevole trattandosi di una materia profondamente influenzata dai progressi della scienza e dal variare della percezione psico-sociale¹³.

Per quanto riguarda Germania e Italia, gli Stati oggetto di analisi in questo lavoro, è interessante osservare come entrambi fossero originariamente ascrivibili al modello più restrittivo, quello *binary ascriptive*, salvo un progressivo adeguamento del sistema normativo stimolato dalle pronunce costituzionali. A seconda dell'approccio adottato dalle due Corti, tuttavia, è corrisposto un diverso tipo di adattamento.

In Germania, con la decisione di incompatibilità del 10 ottobre 2017, il *Bundesverfassungsgericht* è stato il motore del passaggio dal modello *binary ascriptive* a quello *nonbinary elective*. In Italia, invece, l'atteggiamento più cauto mostrato dalla Corte costituzionale ha guidato una progressiva elasticizzazione della normativa, pur rimanendo nell'ambito del modello originario.

97 ss.

- 11 Cfr. 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, vol. 21, n. 2, pp. 574 ss.
- 12 Ivi, p. 577 "Our argument departs from two basic premises. First, legal systems normally provide two legal genders or more. Gender recognition, therefore, may take a binary or a nonbinary form, depending on the number of gender options given in a specific jurisdiction. Second, legal identity can either be determined by the concerned person or by a third party. Recognition may thus be granted on the basis of self-determination (elective form), without any requirements, or on the basis of the fulfillment of certain preconditions (ascriptive form), such as conforming to medical or behavioral standards that a third party must certify. We contend that, at the intersection of these two axes, four main models of gender recognition can be identified: ascriptive binary, ascriptive nonbinary, elective binary, and elective nonbinary. These axes of classification rely on two central demands of trans and nonbinary advocacy—namely, the nonbinary option and gender self-determination. At a deeper level, these axes also relate to central issues discussed in queer theory, including the gender binary, and the understanding of gender as a system of norm production".
- 13 Cfr. sul punto P. Passaglia (a cura di), *Appunto recante la panoramica degli ordinamenti nei quali è ammessa la registrazione del genere non binario*, Com. 322, aprile 2024, predisposto dal Servizio Studi, Area di diritto comparato, della Corte costituzionale italiana, e reperibile al seguente indirizzo web: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/comp-322-genere-non-binario-1_20240930145106.

3. Il caso tedesco

3.1. La decisione d'incompatibilità del *Bundesverfassungsgericht*

Nel sistema tedesco la registrazione anagrafica del genere è avvenuta secondo la mera opzione maschile/femminile fino al 2013¹⁴, quando il legislatore è intervenuto modificando la legge sullo stato civile (*Personenstandsgesetz – PStG*) con la previsione di cui al § 22, comma 3, che consentiva la registrazione con il sesso maschile, con quello femminile o senza alcuna indicazione (*fehlende Angabe*). È su questa normativa che è intervenuta la pronuncia 10 ottobre 2017 del *Bundesverfassungsgericht*¹⁵, che ha rappresentato un punto di svolta per l'intero assetto normativo in materia.

Si tratta di una decisione originata da un caso di intersessualismo. In particolare, una persona affetta dalla sindrome di Turner – caratterizzata dall'assenza totale o parziale di uno dei due cromosomi sessuali – era stata registrata all'anagrafe come di sesso femminile, ma si era rivolta all'*Amtsgericht* di Hannover chiedendo di poter correggere tale iscrizione con quella di "inter/diverso" o "diverso". I giudici di primo grado avevano rigettato la richiesta, sulla base dell'argomentazione che tale possibilità non era prevista dalla legge, per cui sarebbe stato consentito il solo *fehlende Angabe*¹⁶. La decisione era stata confermata in secondo grado dall'*Oberlandesgericht* di Celle¹⁷ e poi dalla Corte di giustizia federale (*Bundesgerichtshof – BGH*)¹⁸, secondo cui la modifica legislativa del 2013 aveva riconosciuto e tutelato l'intersessualità con un "compromesso" costituzionalmente legittimo, poiché è vero che l'identità sessuale è protetta dal diritto generale della personalità, ma le modalità sono rimesse alla discrezionalità della decisione politica¹⁹.

Di fronte alla chiusura di tale giurisprudenza, la ricorrente aveva allora adito il Tribunale costituzionale federale con lo strumento della *Verfassungsbeschwerde*, che consente a ciascun cittadino tedesco, una volta esauriti i gradi di giudizio, di ricorrere direttamente al *Bundesverfassungsgericht* qualora reputi di aver subito una lesione di un diritto fondamentale²⁰. È in seguito a tale ricorso che il

14 Si v. sul punto F. Brunetta d'Usseaux, D. Ferrari, *La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, p. 131 ove gli Autori ne sottolineano la conformità "alla rigida scelta ordinamentale che si era affermata nel 19° secolo, in virtù della quale, al momento della nascita, si sarebbe dovuto indicare il «vero sesso» del nuovo nato e che, in caso di dubbio, la decisione sarebbe, fondamentalmente, spettata ai medici; si era così abbandonata la strada tracciata dall'ALR, il codice prussiano del 1794, che prevedeva invece che le persone intersessuali avessero la possibilità, fino al compimento del 18° anno di età, di correggere la *Geschlechtszuordnung*, l'attribuzione di sesso, effettuata dai genitori al momento della nascita e di indicare quindi autonomamente il proprio sesso, sebbene scegliendo solo, è giusto sottolinearlo, tra le due «tradizionali» possibilità".

15 Il testo della sentenza è disponibile in lingua inglese nella sezione *Osservatorio decisioni*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, p. 205; per una traduzione parziale in italiano, cfr. R. De Felice, *Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, Sentenza del 10 ottobre 2017, Prima Sezione, BVerG 2019/16*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 27 novembre 2017.

16 AG Hannover 13 ottobre 2014 -85III 105/14.

17 OLG Celle, 21 gennaio 2015 -17 W 28/14.

18 BGH, 22 giugno 2016 -XII ZB 52/15.

19 Per un approfondimento, cfr. F. Brunetta d'Usseaux, D. Ferrari, *La condizione intersessuale*, cit., p. 132; F. Brunetta d'Usseaux, *La Corte costituzionale tedesca dichiara l'illegittimità costituzionale della legge sullo stato civile*, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

20 Sulla *Verfassungsbeschwerde*, disciplinata agli articoli 90-95 della legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht* (*Bundesverfas-*

giudice costituzionale ha emesso la pronuncia 10 ottobre 2017, che ha dichiarato l'incompatibilità con la Legge Fondamentale della *PStG* nella parte in cui imponeva alle persone intersessuali la registrazione all'anagrafe con il sesso maschile o femminile, senza prevedere una terza alternativa se non la mera omissione.

Due sono gli snodi argomentativi principali della decisione. In primo luogo, a venire in rilievo è il parametro *ex art. 2*, comma 1, della Costituzione federale (*Grundgesetz – GG*), che garantisce a ciascuno il libero sviluppo della propria personalità. Il *Bundesverfassungsgericht* afferma che l'identità sessuale è uno degli aspetti fondamentali di tale diritto; perciò, la possibilità di identificarsi con un genere specifico è essenziale per la costruzione dell'identità individuale, sia sul piano personale che sociale. D'altra parte, le registrazioni anagrafiche hanno lo scopo di consentire alla persona di inserirsi pienamente nell'ordinamento. Tuttavia, se la legge impone la registrazione del sesso senza prevedere modalità che rispecchino adeguatamente l'identità sessuale dell'individuo, essa finisce al contrario per ostacolarne lo sviluppo della personalità, come accade nel caso delle persone intersessuali, per cui la sola previsione di omettere l'indicazione è insufficiente a proteggerne l'individualità.

Muovendo dalla considerazione secondo la quale la classificazione binaria del genere non è imposta dalla GG, che né prevede l'indicazione del sesso come dato necessario né esclude la possibilità di riconoscere un'ulteriore identità sessuale, i giudici costituzionali tedeschi ravvisano poi una violazione del divieto di discriminazione basata sul sesso *ex art. 3*, comma 3, GG. In particolare, non prevedendo per le persone intersessuali la possibilità di essere registrate secondo il proprio sesso, diversamente a quanto prescritto per uomini e donne, la disciplina pone un trattamento differenziato non giustificabile.

Accertata dunque l'incostituzionalità della disciplina impugnata, il *Bundesverfassungsgericht* ne dichiara l'incompatibilità con la GG e si rivolge al legislatore fissando il termine del 31 dicembre 2018 per l'intervento correttivo, disponendo, nel frattempo, la disapplicazione della normativa da parte di giudici e amministrazioni. Si tratta del rimedio dell'*unvereinbarkeitserklärung*, o decisione di incompatibilità, che nasce in via giurisprudenziale sin dai primi anni di attività del Tribunale costituzionale federale, per correggere il silenzio legislativo incostituzionale²¹.

La disciplina originaria sul *Bundesverfassungsgericht*, la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (d'ora in poi *BVerfGG*), infatti, in caso di riscontro dell'illegittimità della normativa impugnata, prevedeva come esito del controllo la sola dichiarazione di nullità conseguente alla sentenza di accoglimento che, secondo l'art. 94, comma 2, GG e l'articolo 31 della *BVerfGG*, ha efficacia *ex tunc* e *ipso iure* (*Nichtigerklärung*)²². Tale nullità, tuttavia, non può rappresentare un rimedio idoneo se il problema di costi-

sungsgerichtsgesetz), si v. almeno C. Gusy, *Die Verfassungsbeschwerde*, in P. Badura, H. Dreier (a cura di), *Festschrift 50 Jahre-Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, pp. 641 ss.; R. Tarchi, *Il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2012; R. Zick, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, Monaco di Baviera, C.H. Beck, 2017. Sulla rilevanza che tale strumento ha assunto nel condurre le omissioni incostituzionali innanzi al Tribunale costituzionale federale si v. F. Fernández Segado, *El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht*, in *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2009, n. 4, p. 141.

21 Più precisamente, occorre distinguere le *unvereinbarkeitserklärungen*, che accertano l'incostituzionalità dell'omissione legislativa, da altri rimedi invece conservativi, su cui cfr. V. Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, Bogotá, KAS, 2014, p. 719, che parla di "omissioni ancora costituzionali", rispetto alle quali il *Bundesverfassungsgericht* utilizza la tecnica delle *Appellentscheidungen* (sentenze di perdurante conformità a costituzione) o delle *verfassungskonforme Auslegung* (pronunce di interpretazione conforme a costituzione. Su tali tipologie decisorie si v. N. Fiano, *Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2022.

22 Su cui si v. J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden Baden, Nomos, 1980.

tuzionalità deriva da un'omissione legislativa che, per essere corretta, richiede un'integrazione della normativa oggetto di scrutinio. Talvolta, infatti, ricorrere alla nullità potrebbe creare situazioni di ancora maggiore incostituzionalità anziché condurre al ripristino della legalità costituzionale²³. Basti pensare alle conseguenze che sarebbero derivate da una caducazione *tout court* della normativa sulla registrazione anagrafica delle persone, per correggere la quale occorreva invece integrarla con una previsione tale da consentire anche alle persone intersessuali di essere identificate secondo la propria identità sessuale.

Tale tipo di correzione, tuttavia, non rientra nel campo di competenza del giudice costituzionale, richiedendo invece un esercizio di discrezionalità da parte del legislatore. Da ciò la prassi delle *unvereinbarkeitserklärungen*, che consentono di accertare l'illegittimità costituzionale senza che a ciò consegua l'immediata eliminazione della normativa illegittima dall'ordinamento. Tale prassi è stata positivizzata nell'ambito di una modifica della *BVerfGG* del 1970, che ha inserito, nell'art. 31 (nonché nell'art. 79 relativo al controllo astratto sulle norme), l'esplicito riferimento alla dichiarazione di incompatibilità, alternativa a quella di nullità in quanto dotata di effetti non cassatori, ma obbligatori nei confronti del legislatore, in capo al quale fa sorgere un dovere di riforma della normativa dichiarata incostituzionale²⁴.

-
- 23 Cfr. sul punto P. Hein, *Die Unvereinbareklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Baden Baden, Nomos Gesellschaft, 1988, p. 56; F. Díaz Revorio, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, n. 61, p. 92; H. Schmitz, P. Stammler, *Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilstwirkungen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2018, p. 483; M. Schwindt, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Lohmar-Köln, Josef Eul Verlag, 2014, p. 10; W. Zeilder, *Cour Constitutionnelle Fédérale allemande*, in *La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'Etat*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III, 1987, p. 48.
- 24 Cfr. J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit*, cit., p. 212. È opportuno precisare, inoltre, che se il legislatore rimane silente, ai sensi dell'art. 35 *BVerfGG*, il Tribunale costituzionale federale può adottare provvedimenti per dare esecuzione alle proprie decisioni. A parte un mero riferimento testuale, però, la *BVerfGG* non disciplina né i presupposti né la struttura e gli effetti delle decisioni di incompatibilità, che continuano a venire in costruzione nel formante giurisprudenziale. Nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, infatti, si distinguono tre tipologie di *unvereinbarkeitserklärung*: la decisione di incompatibilità pura, che comporta la sospensione immediata dei processi in cui rileva la norma dichiarata incompatibile, con il conseguente blocco della sua applicazione fino all'entrata in vigore della nuova disciplina legislativa (su cui cfr. J. Ipsen, *Nichtigerklärung der 'Verfassungswidrig Erklärung' - Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontroll praxis*, in *Juristenzeitung*, 1983, n. 2); quella integrata dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile fino al futuro intervento legislativo, caso in cui il Tribunale costituzionale federale dispone che i giudici continuino ad applicare la norma dichiarata incompatibile fino a quando il legislatore non interverrà con una nuova disciplina normativa (cfr. C. Pestalozza, *'Noch Verfassungsmässige' und 'bloss Verfassungswidrige' Rechtslagen (Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände)*, in C. Stark (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts)*, 1° vol. ("Verfassungsgerichtsbarkeit"), Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 197; e quella accompagnata da una disciplina transitoria indicata dal Bundesverfassungsgericht (su cui cfr. S. Haberl, *Hartz IV, il sistema delle sanzioni e ciò che il Bundesverfassungsgericht (non) ha detto*, in *DPCE online*, 2020, n. 4). Nel caso della decisione in esame, la Corte ha adottato una *unvereinbarkeitserklärung* pura, conformemente alla tendenza di utilizzare tale tipologia decisoria quando è in gioco una violazione del principio di uguaglianza.

3.2. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale fino all'intervento legislativo del 2024

Il seguito della pronuncia è un esempio di successo della tecnica decisoria dell'incompatibilità, che persegue la finalità di instaurare un dialogo collaborativo col decisore politico, per correggere una disciplina omissiva nel rispetto della sua discrezionalità.

In risposta alla decisione di incompatibilità del 10 ottobre 2017, infatti, il legislatore tedesco è intervenuto, entro il termine del 2018, modificando il § 22, comma 3, della *PStG*. La nuova disciplina ha ampliato le opzioni per la registrazione del sesso anagrafico, affiancando all'alternativa maschile/femminile e alla non indicazione una terza opzione positiva, denominata "diverso" (*divers*). Questa innovazione, concernente la registrazione alla nascita, è richiamata, per le fasi successive, dal § 45b *PStG*, che consente alle persone con varianti dello sviluppo sessuale di ottenere un'iscrizione conforme alla propria identità.

Una volta intervenuta tale modifica del quadro normativo, ci si è interrogati se la nuova disciplina trovasse applicazione esclusivamente per le persone intersessuali o anche per le transessuali²⁵. Tra le diverse interpretazioni, rileva la decisione resa dal *BGH* nel 2020 che, in mancanza di una previsione che regolasse il cambiamento di sesso delle persone non binarie, ha ritenuto applicabile il § 8, comma 1, del *Transsexuelles Gesetz (TSG)* del 1980, secondo cui, per ottenere una modifica anagrafica, era necessaria una pronuncia giudiziale supportata da due perizie mediche specialistiche, come previsto dal § 4, comma 3, del *TSG*²⁶.

Tra le persone affette da variazioni nello sviluppo di genere, vi era dunque un'evidente differenza di trattamento degli intersessuali rispetto agli altri. Una disparità del tutto superata con la legge n. 20/9049 sull'autodeterminazione in materia di registrazione del sesso (*Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag – SBGG*), approvata il 12 aprile 2024²⁷. La nuova normativa introduce un regime uniforme, che consente a qualsiasi persona di scegliere una delle quattro opzioni previste dal § 22, comma 3, *PStG*, vale a dire uomo, donna, diverso o nessun dato.

Per ottenere la modifica del sesso anagrafico e del nome occorre una semplice dichiarazione all'ufficiale di stato civile, che deve essere preceduta da una comunicazione di preavviso almeno tre mesi prima. La dichiarazione va resa entro sei mesi dalla comunicazione di preavviso (art. 1, § 4). Tenendo poi in considerazione l'aspetto della cd. fluidità di genere (*gender fluidity*), per cui un individuo potrebbe sperimentare più cambiamenti dell'identità sessuale nel corso della propria vita²⁸, la *SBGG* prevede altresì la possibilità di successive modifiche nella registrazione anagrafica del sesso, tra le quali, tuttavia, deve intercorrere un lasso di tempo non inferiore a un anno.

La legge stabilisce regole specifiche per i minori, considerando il quattordicesimo anno di età come uno spartiacque (art. 1, § 3). Per gli infraquattordicenni, la dichiarazione è resa dai genitori o tutori legali alla presenza e con il consenso del minore, se maggiore di cinque anni. Coloro che hanno compiuto il quattordicesimo anno, invece, possono rendere autonomamente la dichiarazione salvo il

25 Cfr. P. Dunne, J. Mulder, *Beyond the Binary: Towards a 'Third' Sex Category in Germany?*, in *German Law Journal*, 2018, vol. 19, n. 3, pp. 627 ss.; J.T. Theilen, *Der biologische Essentialismus hinter „lediglich empfundener Inter-sexualität“*, in *Verfassungsblog*, 24 maggio 2020.

26 *BGH*, sentenza 22 aprile 2020 -XII ZB 383/19.

27 Su cui cfr. V. Da Ros, *Germania – Legge n. 20/9049: autodeterminazione in relazione alla registrazione anagrafica del sesso*, in *Bio-Diritto*, 12 aprile 2024.

28 Eventualità considerata da alcuni incompatibile con ogni costruzione giuridica sulla definizione del genere, cfr. sul punto C.P. Guarini, *Appunti su "terzo sesso" e identità di genere*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, n. 1.

dissenso dei genitori o tutori, caso in cui decide il giudice sulla base dell'interesse del minore. È inoltre sempre richiesta una consulenza specialistica preliminare.

Entrata in vigore il primo novembre scorso abrogando il *TSG*, la *SBGG* ha trasformato il sistema tedesco in un modello *nonbinary elective*. Si tratta di una vera e propria rivoluzione, che trae origine dalla decisione di incompatibilità del Tribunale costituzionale federale del 2017 e colloca la Germania tra i sistemi più avanzati in materia di riconoscimento giuridico dell'identità di genere.

4. Il caso italiano

4.1. Il *self restraint* della Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 143 del 2024

Diversamente dalla vicenda tedesca appena analizzata, la recente pronuncia della Corte costituzionale italiana, nell'ambito di un caso di transessualismo, ha dichiarato inammissibili le censure relative all'introduzione di un terzo genere di stato civile in Italia²⁹. La questione è stata sollevata dal Tribunale di Bolzano³⁰, nell'ambito di un giudizio instaurato da una persona registrata all'anagrafe come donna, che tuttavia non si riconosce tale, ma in un genere non binario seppure incline al polo maschile.

Assunto durante gli studi universitari il prenome maschile dal quale si sente identificata, la donna si era rivolta alle strutture sanitarie pubbliche, ricevendo una diagnosi di disforia o incongruenza di genere. Da ciò la domanda al Tribunale di Bolzano per ottenere la rettificazione del sesso da femminile ad altro, il cambiamento del prenome e il riconoscimento del diritto di sottoporsi a ogni intervento medico-chirurgico in senso gino-androide.

A proposito della registrazione anagrafica, nel sistema italiano non vi è una norma che consenta un'attribuzione del sesso al di fuori del binarismo maschile/femminile. La disposizione di riferimento è l'art. 1 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), secondo cui "la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali". Sebbene non si riferisca espressamente alla sola alternativa maschile/femminile, la norma lo fa in maniera implicita, richiamando l'atto di nascita. In Italia, infatti, che è un ordinamento riconducibile al modello *binary ascriptive*, la registrazione anagrafica si fonda su quest'ultimo e avviene in base all'opzione uomo/donna secondo il sesso fenotipico³¹.

Il Tribunale di Bolzano, dunque, sul presupposto che la psicologia sociale ha ormai acquisito una concezione non binaria dell'identità di genere, determinata non in relazione al solo dato morfologico e cromosomico, ma anche da fattori sociali e psicologici, ha sottoposto tale normativa allo scrutinio della Corte costituzionale. Sono due i profili di incostituzionalità prospettati nell'ordinanza di rimessione.

Da un lato, il giudice *a quo* denuncia una lesione degli artt. 2, 32 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), per il pregiudizio arrecato all'identità, alla salute e al rispetto della vita privata e familiare. In particolare, il Tribunale di

29 Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 2024, n. 143, p.to 4.1 del considerato in diritto.

30 Tribunale di Bolzano, ordinanza 12 gennaio 2024, iscritta al n. 11 del registro ordinanze 2024.

31 Cfr., in senso critico, G. Viggiani, *Appunti per un'epistemologia*, cit., pp. 31 ss.

Bolzano evidenzia un'ingerenza sproporzionata dell'autorità nella sfera di libertà individuale della persona, con una normativa sbilanciata a favore dell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici garantita dall'esatta differenziazione dei generi³².

L'ordinanza di rimessione, poi, rileva una violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, per la disparità di trattamento tra persone con identità di genere binaria, a cui è consentita la rettificazione del sesso, e coloro che percepiscono un'identità non binaria, privi di tutela per il silenzio della normativa sul punto³³.

Per questi motivi, il giudice *a quo* chiede di aggiungere alla previsione dell'art. 1 l. 164/1982 l'alternativa di un terzo genere rispetto a quello maschile e femminile, stimolando dunque una decisione additiva, che è la principale tipologia decisoria utilizzata dal giudice delle leggi per la correzione delle omissioni incostituzionali. Si tratta di una decisione attraverso la quale la Corte integra la normativa impugnata, aggiungendovi appunto ciò che manca per renderla costituzionalmente conforme. A differenza di quanto visto per le pronunce di incompatibilità del *Bundesverfassungsgericht*, però, lo strumento additivo non ha ricevuto una positivizzazione normativa e non sempre riesce a riparare all'incostituzionalità dell'omissione, tanto da essere al centro di un percorso giurisprudenziale che tenta via via di affinarne la tecnica.

Quella richiesta dal Tribunale di Bolzano era infatti un'additiva di nuovo tipo, definibile a "rime possibili"³⁴, che il giudice costituzionale italiano utilizza a partire dal 2018. L'espressione fa da eco alla celebre definizione di Vezio Crisafulli per la prima tipologia additiva coniata dalla Corte, che si dice a "rime obbligate"³⁵ in quanto l'addizione correttiva è l'unica soluzione per rimediare all'incostituzionalità e non crea nuovo diritto, limitandosi a estendere previsioni normative già presenti nel sistema per casi analoghi o strettamente vicini a quello cui la questione di legittimità costituzionale si riferisce. Ciò per rispettare la discrezionalità del legislatore³⁶. Con le rime possibili, diversamente, la Corte interviene sulla normativa impugnata pur in presenza di una pluralità di alternative per rimediare al vizio di legittimità, adottando una "soluzione costituzionalmente adeguata"³⁷ sulla base di previsioni normative già presenti nell'ordinamento e rinvenibili nello specifico settore oggetto del giudizio³⁸.

Nel caso in esame, è evidente che le soluzioni per aggiornare la normativa italiana al superamento del binarismo di genere sono molteplici e tutte rimesse alla discrezionalità del legislatore.

32 Cfr. Tribunale di Bolzano, ordinanza 12 gennaio 2024, iscritta al n. 11 del registro ordinanze 2024, p.to 4.1

33 *Ibidem*.

34 La definizione è di S. Leone, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 1, pp. 183 ss. Va precisato, tuttavia, che non tutte le sentenze a rime possibili sono additive, poiché la Corte utilizza questa tecnica anche per le sentenze sostitutive (cfr. ad es. Corte costituzionale, sentenze nn. 236/2016, 222/2018, 49/2019).

35 V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in Aa. Vv., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, il Mulino, 1978.

36 Cfr. sul punto, *ex aliis*, C. Lavagna, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 1140 e 1141.

37 Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 2019, p.to 4.2 del considerato in diritto.

38 Cfr. M. Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale italiana al seguente indirizzo web: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf, p. 8. Questo interventismo della Corte suscita dibattito in dottrina per il rapporto tra la tecnica decisoria additiva a rime possibili e la discrezionalità legislativa. Sulla progressiva erosione del limite della discrezionalità legislativa (art. 28 legge n. 87 del 1953) da "assoluto" a "relativo", cfr. M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'Ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2.

L'additiva chiesta dal Tribunale di Bolzano avrebbe condotto l'Italia dal modello *binary ascriptive* a quello *non binary ascriptive*, ma, a ben guardare, sarebbe stato impossibile per la Corte trovare una soluzione costituzionalmente adeguata sulla base di un sistema normativo così rigidamente improntato al binarismo uomo/donna come quello italiano. Si sarebbe trattato, invece, di un'attività puramente creativa, preclusa alla Corte.

L'unica strada che il giudice delle leggi avrebbe potuto percorrere per manipolare la disposizione – almeno in considerazione degli strumenti decisori finora utilizzati dal giudice costituzionale italiano contro le omissioni del legislatore – sarebbe stata quella di un'additiva di principio³⁹. In questa variante, infatti, la Corte non interviene direttamente sulla disposizione, ma si limita a dichiararne l'illegittimità costituzionale accompagnando tale declaratoria con l'aggiunta di un principio generale rivolto, da un lato, al legislatore, chiamato a tradurlo in regola normativa, dall'altro, al giudice, che intanto lo utilizza per risolvere il caso concreto innanzi ad esso pendente.

Si tratta tuttavia di uno strumento che nell'esperienza ha mostrato evidenti limiti a causa della spesso assente risposta legislativa, che ha finito col determinare una tendenza dei giudici comuni a utilizzare il principio elaborato dalla Corte progressivamente specificandolo, a seconda delle esigenze poste dal caso concreto⁴⁰. In Italia, tuttavia, non vige il principio del precedente giudiziario, e questa tendenza può portare ad applicazioni difformi, con conseguenti rischi sulla certezza del diritto e l'uguaglianza come parità di trattamento, da evitare tanto più in considerazione della complessità della materia oggetto di scrutinio.

Forse un'alternativa avrebbe potuto consistere in una decisione interpretativa di rigetto, volta a riformulare la norma attribuendo un significato non binario al cambiamento di sesso previsto dall'art. 1 l. 164 del 1982. Tuttavia, una simile opzione avrebbe presentato criticità ordinamentali significative, affidando a una sentenza interpretativa la definizione della registrazione anagrafica del genere e delle relative conseguenze nei diversi ambiti dell'ordinamento, strutturati secondo il paradigma binario⁴¹.

Altra ipotesi che si sarebbe potuta considerare è quella della recente tecnica decisoria

³⁹ Su cui si v., *ex aliis*, A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit.; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996. La tecnica additiva di principio è stata utilizzata dalla Corte costituzionale del Belgio nella sentenza n. 99 del 19 giugno 2019, cui è seguita la legge 20 luglio 2023, entrata in vigore il primo ottobre dello stesso anno, in base alla quale la richiesta di inserimento sui documenti ufficiali del genere non binario è possibile attraverso un'autodichiarazione.

⁴⁰ Si v. le critiche espresse in dottrina a proposito di questa «contraddizione» per cui «la Corte, per il rispetto della discrezionalità del legislatore, non potrebbe fare una decisione autoapplicativa attraverso la specificazione del "principio", mentre alla stessa operazione sarebbe legittimato il giudice»: R. Romboli, *In margine alla lectio magistralis di Paolo Caretti «Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio»*, in A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia, G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Napoli, ESI, 2016, p. 68; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 113, in part. nt. n. 92; M. D'Amico, *Le insidie delle decisioni "di principio" (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 252 ss.; G.P. Dolso, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4158 ss.

⁴¹ La tecnica interpretativa di rigetto è stata adottata dalla Corte costituzionale austriaca nella pronuncia del 15 giugno 2018 (G 77/2017-9), che ha ritenuto esperibile un'interpretazione adeguatrice di stampo convenzionale ai sensi dell'art. 8 CEDU. Essa ha ricevuto attuazione in via amministrativa con il decreto del Ministero degli interni del 20 dicembre 2018, che consente alle persone intersessuali (non quindi a tutte le persone non binarie) la registrazione anagrafica come *divers*, previa certificazione rilasciata da commissioni *ad hoc*, composte da esperti (*VdG-Boards*).

dell'incostituzionalità prospettata⁴², attraverso la quale il giudice delle leggi, “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”⁴³, rinvia a data fissa il giudizio, con un'ordinanza che invita il Parlamento a correggere i profili di incostituzionalità evidenziati. Una volta spirato il termine del rinvio, il processo costituzionale è riassunto davanti alla Corte, che quindi mantiene il controllo sulla normativa impugnata⁴⁴.

È una tecnica che ricorda le *unvereinbarkeitserklärungen* tedesche, tentando un dialogo collaborativo col legislatore sul quale tuttavia la Corte sa di non poter contare⁴⁵. Finora l'ordinanza di incostituzionalità prospettata è stata utilizzata in tre occasioni⁴⁶, ottenendo riscontro soltanto in un caso⁴⁷. Negli altri due, invece, essa ha condotto il giudice delle leggi a un'additiva a rime possibili⁴⁸. Sembra allora evidente il motivo per cui la Corte non ha optato per questa soluzione, evitando il rischio di ritrovarsi, al termine del rinvio, dinanzi allo stesso problema aggravato dall'aver dichiarato incostituzionale la disposizione, ma dal non avere mezzi per intervenire con l'integrazione necessaria a renderla costituzionalmente legittima.

Pur “evidenziando un problema di tono costituzionale”⁴⁹, quindi, la Corte dichiara inammissibili le questioni proposte sull'art. 1 l. 164 del 1982, poiché “esse, per le ricadute sistematiche che implicano, eccedono il perimetro del sindacato”⁵⁰ di costituzionalità. Basti pensare – dice la Corte – all'impatto dell'eventuale introduzione di un terzo genere di stato civile sui vari settori ordinamentali regolati con logica binaria, come il diritto di famiglia, del lavoro, dello sport, della riservatezza, e così via, per i quali è necessario “un intervento legislativo di sistema”⁵¹ per cui la Corte non ha né titolo né mezzi⁵².

42 Cfr. G. Lattanzi, *Relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, reperibile al seguente indirizzo web: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf, p. 12.

43 Corte costituzionale, ordinanza del 16 novembre 2018, n. 207, p.to 11 del considerato in diritto. Si tratta della prima ordinanza di incostituzionalità prospettata.

44 Nell'ambito degli strumenti decisorii della Corte costituzionale italiana, si può parlare di questa tecnica come di un monito a termine, cfr. I. Roberti, *Il monito della Corte costituzionale ed il termine di scadenza per il seguito parlamentare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 13; Ead., *I moniti “a termine” della corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del parlamento*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 17. La ratio è quella di consentire al giudice delle leggi di schivare l'incognita di un successivo scrutinio sulla normativa oggetto di esame, che caratterizza la tecnica monitoria il cui rischio consiste nel lasciar permanere operante nel sistema una normativa di cui si dubita l'incostituzionalità.

45 Sulla differenza tra l'atteggiamento dei legislatori tedesco e italiano si v. A.V. Bogdandy, D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, n. 1, p. 15.

46 Corte costituzionale, ordinanze del 16 novembre 2018 n. 207; del 26 giugno 2020 n. 132; ordinanza dell'11 maggio 2021, n. 97.

47 Si tratta del seguito ricevuto dall'ordinanza n. 97/2021 sull'ergastolo ostativo nel d.l. 10 ottobre 2022, n. 162, convertito nella l. 30 dicembre 2022, n. 199.

48 Corte costituzionale, sentenze del 22 novembre 2019 n. 242 e del 12 luglio 2021, n. 150.

49 Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 2024, n. 143, p.to 5 del considerato in diritto.

50 *Ibidem*.

51 Ivi, p.to 5.5 del considerato in diritto.

52 Cfr. G. Lattanzi, *Relazione annuale*, cit., p. 11.

4.2. L'ulteriore profilo dell'autorizzazione giudiziale

Oltre alla questione sulla registrazione anagrafica del terzo genere, l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Bolzano ha altresì sottoposto allo scrutinio della Corte costituzionale l'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011, nella parte in cui prevede che "quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato".

La disposizione si riferisce alla cd. chirurgia affermativa di genere, vale a dire ai trattamenti medico-chirurgici finalizzati ad allineare l'aspetto fisico della persona alla sua identità di genere. Il giudice *a quo* rileva che l'apprezzamento sulla necessità di questi trattamenti dovrebbe essere rimesso esclusivamente a una valutazione medica e psicologica, dubitando della costituzionalità della normativa impugnata per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione.

Condizionare gli interventi chirurgici di adeguamento dei caratteri sessuali all'autorizzazione del tribunale, infatti, realizzerebbe una compressione indebita dell'autodeterminazione individuale e del diritto alla salute della persona transessuale, peraltro non rispondendo a necessità e proporzionalità, per i tempi e i costi della decisione giudiziale, che ostacolano la soddisfazione del diritto, e perché è difficile immaginare una valutazione del tribunale che si discosti dalle indicazioni mediche. L'utilità dell'autorizzazione non sarebbe neppure rinvenibile nell'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche sotto il profilo del genere, soddisfatto attraverso la verifica giudiziale sul completamento della transizione⁵³.

La Corte accoglie la questione attraverso un percorso argomentativo che compie un'interpretazione sistematica della disposizione impugnata, contestualizzandola nel quadro normativo e giurisprudenziale attuale⁵⁴. In particolare, il giudice delle leggi valorizza il precedente della sentenza n. 221 del 2015⁵⁵, secondo cui la rettificazione anagrafica del sesso può prescindere da un trattamento chirurgico, essendo riservato al giudice, nell'ambito del singolo procedimento, l'apprezzamento circa l'effettiva necessità dello stesso.

Con questa pronuncia la chirurgia affermativa di genere da "prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione"⁵⁶ è divenuta un "possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico"⁵⁷. Agli effetti della rettificazione è invece "necessario e sufficiente l'accertamento dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata"⁵⁸.

53 Cfr. Tribunale di Bolzano, ordinanza del 12 gennaio 2024, iscritta al n. 11 del registro ordinanze 2024, p.to 4.2.

54 Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 2024, n. 143, p.to 6.2.2 del considerato in diritto.

55 Per approfondire, si v. P.I. D'Andrea, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, n. 1; L. Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 6; B. Liberali, *Alla ricerca del fondamento costituzionale dell'identità di genere: il transessualismo e il non binarismo fra diritto alla salute, dignità umana e identità personale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2024, n. 3; A. Lorenzetti, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, n. 4; N. Posteraro, *Identità di genere, transessualismo ed effettività del diritto alla salute in Italia*, in *Diritto e società*, 2016, n. 4; 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*, 12 aprile 2016; A. Schuster, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Forum di Quad. cost.*, 13 luglio 2017.

56 Corte costituzionale, sentenza del 5 novembre 2015, n. 221, p.to 4.1 del considerato in diritto.

57 *Ibidem*.

58 Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 2024, n. 143, p.to 6.2.1 del considerato in diritto, che cita il precedente della

È dunque irragionevole – dice la Corte – prevedere una disparità di trattamento tra chi compie la transizione attraverso trattamenti ormonali e sostegno psicologico-comportamentale e chi, invece, mediante un intervento chirurgico. Solo per questi ultimi, infatti, la normativa prevede l'ulteriore requisito dell'autorizzazione giudiziale⁵⁹, la quale tuttavia ha perso "ogni ragion d'essere"⁶⁰ poiché non più funzionale a determinare i presupposti della transizione, che può verificarsi a prescindere dal trattamento chirurgico.

Sulla base di queste motivazioni la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4, d.lgs. 150/2011 per irragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost., con una decisione che riguarda la transizione binaria di genere e dunque non interviene sul modello italiano *binary ascriptive*, ma che integra un percorso della giurisprudenza costituzionale italiana in materia, compiendo un ulteriore passo nell'allineamento delle condizioni normative di attribuzione del genere, pur nel silenzio della decisione politica.

5. Riflessioni conclusive

A questo punto dell'analisi, e tirando le fila del discorso, si può osservare che dal confronto tra le pronunce esaminate è emerso un differente approccio delle due Corti al problema. Diversamente dal Tribunale costituzionale federale tedesco, infatti, che ha innescato una risposta legislativa cui è conseguito un graduale mutamento di paradigma da un sistema in cui l'autorità pubblica attribuiva il genere solo in forma binaria (*binary ascriptive*) a uno in cui è l'individuo a scegliere, anche in senso non binario (*non binary elective*), la Corte costituzionale italiana ha mostrato un atteggiamento più prudente.

Si è visto, tuttavia, che allo stesso tempo le due Corti sono invece accomunate da una notevole apertura nei confronti delle tematiche di genere, tanto è vero che il giudice costituzionale italiano ha accolto la seconda delle questioni poste al suo scrutinio, relativa all'incostituzionalità dell'autorizzazione giudiziale alla chirurgia affermativa di genere per il transito binario. D'altra parte, sebbene abbia dichiarato inammissibile la questione relativa all'introduzione di un terzo genere per la registrazione anagrafica, il giudice delle leggi lo ha fatto in ogni caso evidenziando un problema di costituzionalità della disciplina, alla cui correzione è tuttavia chiamato il legislatore per le ricadute sistematiche che implica tale intervento.

Quella che in apparenza è una contraddizione – a ben guardare – si spiega alla luce dell'oggetto del controllo. Per quanto riguarda la normativa sull'autorizzazione, la Corte costituzionale italiana ha avuto strada facile per la declaratoria di incostituzionalità, poiché il rimedio caducatorio dell'annullamento le ha consentito di espungere la disposizione illegittima dall'ordinamento, ai sensi dell'art. 136 della Costituzione.

Diverso è il caso del problema di costituzionalità riscontrato sul sistema binario della registrazione anagrafica. Qui infatti, come si è visto anche a proposito della vicenda tedesca, la questione riguardava un comportamento omissivo del legislatore, rispetto al quale la Corte italiana ha mostrato una difficoltà di intervento che l'ha condotta a un *self restraint* poiché sprovvista di un rimedio idoneo a instaurare un dialogo collaborativo con il decisore politico, al contrario di quanto avvenuto in Germania, dove con una decisione di incompatibilità il *Bundesverfassungsgericht* è riuscito a stimolare l'intervento legislativo di correzione.

sent. n. 180/2017.

⁵⁹ Corte costituzionale, sentenza del 23 luglio 2024, n. 143, p.to 6.2.1 del considerato in diritto.

⁶⁰ Ivi, p.to 6.2.2 del considerato in diritto.

Sebbene vi sia da evidenziare una differenza tra le normative tedesca e italiana, poiché la prima, con la possibilità della non indicazione del sesso, già mostrava l'orientamento legislativo al superamento del binarismo di genere, si può rilevare che il dato comparato mostra una migliore resa del rimedio collaborativo istituzionalizzato sul modello tedesco rispetto, invece, a quello italiano manipolativo sulla disposizione⁶¹, che talvolta è precluso al giudice costituzionale in termini di utilità prima ancora che per salvaguardare la discrezionalità del legislatore. Siccome il giudizio di costituzionalità non può andare *ultra petitum*, infatti, le Corti non possono procedere all'eventuale armonizzazione del sistema normativo interdipendente dalle previsioni oggetto di scrutinio, col rischio di non riuscire in ogni caso a ripristinare la legalità costituzionale.

Per quanto riguarda il rispetto della discrezionalità legislativa, poi, è vero che nel caso delle *unvereinbarkeitserklärungen* il Tribunale costituzionale federale rivolge indicazioni così dettagliate per la correzione della legge da indurre a chiedersi quale effettiva discrezionalità politica permanga in capo al legislatore nel dettare la nuova disciplina. Tuttavia, questo ruolo *lato sensu* paralegislativo del giudice costituzionale tedesco, se "limita la discrezionalità del legislatore, ne rispetta quanto meno la competenza"⁶².

In mancanza di strumenti idonei, invece, spesso le Corti costituzionali finiscono col rispondere alle questioni di legittimità innanzi ad esse proposte assumendo soluzioni caratterizzate da un marcato interventismo⁶³, che indica una confusione tra il potere giudiziario e legislativo. Ciò soprattutto se investite più volte di una stessa normativa su cui il legislatore tarda a intervenire. Eventualità non auspicabile, che tuttavia non può escludersi per la registrazione anagrafica del terzo genere in Italia, data la sempre maggiore rilevanza che essa viene acquisendo per il diritto.

61 Cfr. M. D'Amico, N. Fiano, *Tipologia ed effetti delle decisioni del Bundesverfassungsgericht*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, Jovene Editore, 2020, pp.184 e 185.

62 A.V. Bogdandy, D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza*, cit., p. 15.

63 Sul punto, a proposito della Corte costituzionale italiana, si veda, *ivi*, p. 16.