

# GenIUS

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

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · MARZO 2025

2024 / 2

**Direzione scientifica**

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, *Stefano Rodotà*, Robert Wintemute

**Direzione editoriale**

Marco Gattuso (Magistrato, Tribunale di Bologna), Pina Palmeri (Università degli Studi di Palermo), Paolo Veronesi (Università degli Studi di Ferrara)

**Comitato di redazione**

Angioletta Sperti (Capo redattore – Università degli Studi di Pisa), Chiara Ragni (Internazionalizzazione – Università degli Studi di Milano), Denise Amram (Editing – Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna, Pisa), Angelo Schillaci (Coordinamento esterno – Università di Roma, La Sapienza), Francesco Deana (Pubblicazione e distribuzione – Università degli Studi di Udine)

**Redazione**

*Diritto Internazionale:* Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Chiara Ragni, Livio Scaffidi Runchella, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

*Diritto dell'Unione Europea:* Carmelo Danisi, Francesco Deana, Alexander Schuster

*Diritto Costituzionale:* Francesca Rescigno, Iaria Rivera, Angioletta Sperti

*Diritto Penale:* Roberta De Paolis, Fabrizio Filice, Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

*Diritto Civile:* Giacinto Bisogni, Valentina Di Gregorio, Guido Noto La Diega, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti, Antonio Vercellone

*Diritto Comparato:* Denise Amram, Michele Di Bari, Rachele Bizzari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Chiara Gallese, Giacomo Giorgini Pignatiello, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Möschel, Angelo Schillaci

*Diritto del Lavoro:* Laura Tomasi

*Filosofia del diritto e sociologia giuridica:* Thomas Casadei, Roberta Dameno, Francesca Poggi, Annalisa Verza, Giacomo Viggiani, Francesco Zanetti

**Referees**

Emanuela Abbatecola, Augusto Aguilar Calahorro, Rosalba Alessi, Francesca Angelini, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Federico Azzarri, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Roberto Bartoli, Maria Caterina Baruffi, Elisabetta Bergamini, Roberto Bin, Valentina Bonini, Nerina Boschiero, Pasquale Bronzo, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Cinzia De Marco, Mariavaleria Del Tufo, Valentina Di Gregorio, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Gianluca Famiglietti, Isabel Fanlo Cortes, Carla Faralli, Simona Feci, Vincenzo Ferrari, Nuno Ferreira, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Ciro Grandi, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Berta Esperanza Hernandez-Truyol, Juan Luis Jiménez Ruiz, Francesca Ippolito, Silvia Izzo, Nicola Lucchi, Patrizia Magarò, Silvia Marino, Giuseppe Martinico, Antonella Massaro, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Salvatore Patti, Irene Pellizzone, Luca Penasa, Mario Perini, Tamar Pitch, Alessandra Pioggia, Ludovica Poli, Susanna Pozzolo, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotta, Sabrina Ragone, Lucia Risicato, Roberto Romboli, Filippo Romeo, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Giovanna Savorani, Anqi Shen, Elettra Stradella, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Antonio Vallini, Maria Carmela Venuti, Silvia Vida, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Matteo Winkler, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

**Rivista scientifica di fascia A** (Delibera Consiglio Direttivo ANVUR n. 117 del 26/5/2022)

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

# Sommario

## Focus: Non Binary Identities and the Law

a cura di G. Noto La Diega e A. Schuster

- 5 **Sam Chollet:** 'Sex/Gender' and the Mirage of Non-Binary Identities in the European Court of Human Rights' Case Law
- 18 **Peter Alexis Cruz Espinoza:** La situación del reconocimiento legal de las identidades no binarias en el Perú: Un análisis desde la perspectiva del derecho humano a la identidad
- 32 **Oscar Davies:** Language as a Cage and a Tool: Drafting Non-Binary into UK Legislation
- 50 **Giacomo Giorgini Pignatiello, Giulio Farronato:** Transformative Constitutionalism and Gender Identity in Comparative Perspective
- 61 **Alexandre Gliott:** Lessons from a Fair Adjudication of Third Gender Markers: A Comparison of Canadian, English, French, and European Judicial Perceptions of Non-Binary Gender Markers
- 74 **Carolynn Gray:** Law as Symbolic Other in the Acquisition of Personhood for Non-Binary Individuals
- 88 **Francesco Rana:** Appunti per un progetto abolizionista
- 102 **Giulia Sulpizi:** Il diritto ad essere diversi: oltre il binarismo nella rettificazione di sesso?

## Interventi

- 124 **Valentina Capuozzo:** La registrazione anagrafica del terzo genere: una comparazione tra *Bundesverfassungsgericht* e Corte costituzionale italiana
- 136 **Micol Ferrario:** Sui discorsi d'odio omofobi. Il caso della Svizzera in prospettiva comparata
- 145 **Stefano Malpassi:** «Ecco il guaio!» Brevi note su donne e cittadinanza nel regime fascista, a partire dalla discussione parlamentare per l'«Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo» (l. 22 novembre 1925, n. 2125)
- 166 **Antonella Massaro:** Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai *gender-based crimes*

## Commenti

- 192 **Daniele Camoni:** La sentenza 303 *Creative LLC v. Elenis* della Corte Suprema degli Stati Uniti, tra *public accommodation laws* e Primo Emendamento: una *slippery slope* in materia antidiscriminatoria

---

*Focus*

*Non Binary Identities  
and the Law*

*Sam Chollet\**

## ‘Sex/Gender’ and the Mirage of Non-Binary Identities in the European Court of Human Rights’ Case Law

### Summary

1. Introduction. – 2. The Vanishing Binary: Progressive Disappearance of Explicitly Binary Norms. – 2.1. Neutralising Statements: Objectifying Requests. – 2.2. Proceduralising Complaints: Closing the ‘In-Between’ Door. – 2.3. Pathologising Transitions: Medical Gatekeeping – 3. The Consequent Binary: ‘Sex/Gender’ as a Mirage. – 3.1. Refusing a Third Gender. – 3.2. Denying Trans\* Parents’ Rights. – 4. Conclusion: Blurred Sex and Gender. – 5. Appendix – List of cases studied.

### Abstract

Negli ultimi vent’anni, la concezione di sesso e genere della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha continuato ad evolversi. Difatti, recentemente, la Corte ha iniziato a usare i termini “sesso/genere”, suggerendo un cambiamento nella sua visione in tema di “sesso naturale” rispetto al “genere socialmente costruito”. “Questo articolo si chiede se questo potenziale spostamento verso una posizione di ‘ipercostruttivismo’ possa migliorare la protezione dei diritti umani per le persone non binarie. Tuttavia, nonostante gli sforzi compiuti per combattere gli stereotipi, la Corte mantiene una visione medicalizzata del processo di transizione che rafforza le identità binarie e nega l’autodeterminazione alle persone intersex, non binarie e dei genitori trans\*. Sebbene le sentenze appaiano meno incentrate su una visione di genere in termini esclusivamente binari, la Corte continua a riferirsi al genere deli ricorrenti, titolari dei diritti umani, secondo una linea binaria, non riconoscendo le identità non binarie—un miraggio nella giurisprudenza della Corte.

*For the last twenty years, the European Court of Human Rights’s conception of sex and gender has kept evolving. Recently, the Court’s use of the expression “sex/gender” suggests a change in its understanding of ‘natural sex’ versus ‘socially constructed gender.’ This article wonders whether this potential shift toward ‘hyperconstruc-tivism’ might enhance human rights protection for non-binary people. However, the analysis of the most recent decisions shows that, despite efforts to challenge stereotypes, the Court retains a medicalised view of transitioning that reinforces binary identities and denies self-determination to intersex, non-binary people, and trans\* parents. Although rulings appear less gendered, they are still gendering human rights holders alongside a binary line, leaving non-binary identities unacknowledged—a mirage in the Court’s case law.*

\* PhD Candidate and Teaching Assistant in International Human Rights Law at the VIP Research Centre of Université-Versailles-Saint-Quentin (UVSQ), Université Paris-Saclay (France), and a visiting scholar at Durham University (United Kingdom). This article was first presented at the 2024 Law and Global Justice seminar and among the members of the ‘Gender and Law at Durham’ (GLAD) research group of Durham University. Many thanks to the organisers and attendants to these events for their encouragements and valuable feedback – and in particular to Rüya Tuna Toparlak, University of Lucerne (Switzerland), for her careful reading and precious comments. Double-blind peer reviewed contribution.

## 1. Introduction

Today, most societies recognise only two identities, man and woman<sup>1</sup>. More specifically, sex and gender are generally conceived along the lines of both *binarity* and *dualism*. On the one hand, the binary implies that there exists two and only two sexes – male and female – and two genders – masculine and feminine. On the other hand, dualism conveys an opposition between what is natural and what is the result of a social construct. Following a ‘nature/nurture’ divide, it distinguishes between ‘biological’ sex and ‘socially constructed’ gender.

While this dualism has not always been endorsed by institutions and international organisations for the protection of human rights, it has become widely accepted in human rights law—most instruments established for the protection of human rights acknowledge a distinction between sex and gender. From a legal perspective, the main consequence of this distinction is the possibility to obtain the modification of one’s identity documentation so that it reflects one’s gender identity. In the European context, this possibility has mostly been obtained through litigation before the European Court of Human Rights (hereafter ‘the ECtHR’ or ‘the Court’).

After years of legal battles, the ECtHR delivered a landmark decision in 2002, in the case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*<sup>2</sup>. The court ruled that denying trans\* people<sup>3</sup> who had undergone “sex-reassignment surgery” the right to obtain identity documents reflecting their “acquired” gender was a violation of their right to private life under Article 8 of the European Convention on Human Rights (hereafter ‘the Convention’). This decision was a major turning point. By accepting that the gender marker should be detached from the chromosomal sex of individuals, the Court embraced an *anatomical* conception of gender, since people’s official gender marker was to depend on the appearance of the genital organs of the person concerned once the surgical operation had been carried out. Only fifteen years later did the Court abandon this automatic link between sexual characteristics and gender. In *A.P., Garçon and Nicot v. France*<sup>4</sup>, the Court ruled that making gender recognition conditional on a surgical operation leading to, or very likely to lead to, the sterilisation of the individual against their will constituted an infringement of their right to respect for private life. In so doing, European judges drew a further distinction between sex and gender. They moved towards a *psychiatric* model, in which gender no longer depended on anatomical sex, but on the identity of the person concerned—understood in pathological terms<sup>5</sup>.

These cases acknowledged the *constructed nature* of gender. But one feature was not questioned—its *binary nature*. Indeed, one downfall of opposing sex to gender is the reification of sex as natural, permanent, and irremediably binary. However, since the 1970s, multiple scholars have argued that sex is, as much as gender, a constructed concept. In that regard, Christine Delphy stands amongst the pioneers. Using a materialist lens to analyse women’s oppression, she has upheld that gender, as the hierarchical division of humanity, transforms anatomical variations into defined and rigid social positions<sup>6</sup>. Following in her steps, Judith Butler advanced the constructed nature of the concept of ‘sex’, which is

1 However, this binary is far from being universal. See: C.G. Costello, « Beyond Binary Sex and Gender Ideology », in N. Boero et K. Mason, *The Oxford Handbook of the Sociology of Body and Embodiment*, Oxford, Oxford University Press, Incorporated, 2020. The author shows that European colonialists have imposed binary gender on colonised territories in the name of civilisation, and spread the belief in the virtues of the medical science, leading to surgically eliminate such variations.

2 ECtHR 11 July 2002, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, No. 28957/95.

3 Throughout this article, the expression ‘trans\* people’ will be used to encompass all people whose identity does not correspond to the sex they were assigned at birth. This term will be favoured over other expressions, such as ‘transsexual’, which carries a heavy medical background, and ‘transgender’, used in activists’ groups.

4 ECtHR 6 April 2017, *A.P., Garçon and Nicot v. France*, No. 79885/12, 52471/13 and 52596/13.

5 The distinction between anatomical and psychiatric conceptions of gender is further developed – and critiqued – in: D.A. González-Salzberg, « An Improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent: A Queer Reading of *AP, Garçon and Nicot v France* », *The Modern Law Review*, vol. 81, n° 3, 2018, pp. 526-538.

6 See, e.g., C. Delphy, *Close to Home: A Materialist Analysis of Women’s Oppression*, Hutchinson, 1984.

culturally produced by our gendered perceptions<sup>7</sup>. Since then, various scientists<sup>8</sup> agree in stating that the binarity of the sexes is more ideological than natural<sup>9</sup>. However, this so-called ‘queer’ conception of sex and gender has not yet been endorsed by international organisations and institutions.

The ECtHR’s dualist current conception of sex and gender may be explained by the types of cases it was confronted to. Up until *A.P., Garçon and Nicot*, applicants to the Court had always belonged – at least in front of the Court – to defined categories of men or women. Moreover, most claimants argued for an incongruence between their sexual characteristics and their gender identity, thereby leading the Court to distinguish the two, and only allowing for a ‘switch’ from one sex category to another. Nevertheless, the *A.P., Garçon and Nicot* decision does seem to have triggered a change in the Court’s approach. For the first time, the expression “sex/gender” was used<sup>10</sup>. While it resulted from a third-party intervention and was not a phrasing of the Court *per se*, judges did use it in later decisions. The terminological choice has been identified by Giovanna Gilleri as the endorsement by the Court of a “hyperconstructivist” conception of gender<sup>11</sup>, according to which *both* sex and gender are culturally constructed. Thus, for the Court to embrace such a conception would mean that, sex being a construct, there is no binary nature it should correspond to. In other words, this shift could signal the Court’s departure from mandatory binarity regarding sex and gender.

Such a conceptual change could have a tremendous impact on the rights of intersex and non-binary people. Intersex people are persons “who cannot be classified according to the medical norms of so-called male and female bodies with regard to their chromosomal, gonadal or anatomical sex”<sup>12</sup>. Upon birth, intersex babies have long been subjected to surgeries to make their bodies artificially ‘fit’ their assigned sex. Most of the time, they did not consent to these treatments, which were not justified by medical reasons either. Some intersex people then sought reparation for the harm caused, and a growing number of them is turning to Courts. Besides, non-binary people, persons who do not identify exclusively as a man or a woman, but “as being both a man and a woman, somewhere in between, or as falling completely outside these categories”<sup>13</sup>, increasingly started seeking the legal recognition of their identity. They contested the legal sex which had been imposed on them upon birth and looked either for a third option to write on official documents, or for a non-gendered way of identifying them. If the latest case law signals a departure from binary and dualist genders, it could finally be the occasion to acknowledge the existence of non-binary identities, and the need to protect their human rights, including the right to gender self-determination.

Wishing to put this hypothesis to a test, this contribution seeks to analyse manifestations of the binary in the most recent case law of the Court, interrogate its perpetuation and question its consequences on the Court’s decisions, their consistency and the definition of gender they convey. The objective is to understand how unquestioned principles – in this case, the gender binary – affect judicial decisions and perpetuate injustice and discrimination in access to human rights. For this purpose, fourteen decisions, delivered after *A.P., Garçon and Nicot* and dealing with the legal gender recognition (LGR) of trans\* and

7 J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Paris, Routledge, 1990. See in particular pp. 10-11: “If the immutable character of sex is contested, perhaps this construct called ‘sex’ is as culturally constructed as gender; 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... This production of sex as the prediscursive ought to be understood as the effect of the apparatus of cultural construction designated by gender”.

8 See, e.g., A. Fausto-Sterling, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, Basic Books, 2e éd., 2020.

9 While I do think that the distinction between sex and gender has rich analytical value, in the following lines, I will use sex and gender interchangeably. Indeed, the difference loses its meanings when considering people’s identity recognition, especially since the *A.P., Garçon and Nicot* decision, since an anatomical change is not necessary to obtain a legal identity change – the ‘sex marker’ on identity documents does not necessarily reflect their anatomy anymore. When referring specifically to anatomical features, I will use the phrase “sexual characteristics”.

10 *A.P., Garçon and Nicot*, *ivi*, p. 2, para. 81.

11 G. Gilleri, « Gender as a Hyperconstruct in (Rare) Regional Human Rights Case-Law », *European Journal of Legal Studies*, n° 2, 30 novembre 2020, pp. 25-42, <https://doi.org/10.2924/EJLS.2019.031>.

12 Council of Europe Commissioner for Human Rights, “Human rights and intersex people”, 2015. It is important to also note that these norms of femininity and masculinity are also influenced by social expectations.

13 Human Rights Campaign, “What does it mean to be non-binary?”, n.d, <https://www.hrc.org/resources/transgender-and-non-binary-faq>.



intersex people, have been studied<sup>14</sup>. Through a thorough analysis of the Court's vocabulary and expectations towards the applicants, the analysis carried out concludes that, far from distancing itself from a mandatory binary gender, the Court has in fact reinforced its binary conception of gender. Instead of reflecting a genuine shift towards a more open conception of gender, the 'sex/gender' terminology in the Court's rulings depicts non-binary identities as a mirage: they seem visible from a distance, but vanish upon closer examination. The first section of this paper outlines the progressive disappearance of explicitly gendered and binary norms, picturing the gender binary as a vanishing ghost. The second section is concerned with the remaining consequences of the ideological belief in the gender binary. The last part concludes that the relationship between sex and gender in the eyes of the Court is blurrier than ever.

## 2. The Vanishing Binary: Progressive Disappearance of Explicitly Binary Norms

The Court's progressive erasure of explicit binary gender norms is manifest in form and substance. First, on a formal level, the Court engaged in efforts to neutralise gendered statements (2.1.); second, on a substantial level, it also thrived to lower its expectations regarding trans\* people's right to self-determination (2.2.). However, it maintains a medical conception of trans\* identities which confines them to a stereotypical pathway (2.3.).

### 2.1. Neutralising Statements: Objectifying Requests

One notable development in the ECtHR's case law concerns the decreasing emphasis placed on the applicants' gender expression, *i.e.*, the way in which individuals manifest their gender through their physical appearance. For a long time, as if to underline the legitimacy of their demand, the Court would mention that the individuals had adopted a masculine demeanour, or even a feminine appearance. For example, the Court outlined that one applicant had "started to behave like a boy in his way of dressing"<sup>15</sup>; in another that their "physical appearance and social identity had long been female"<sup>16</sup>, in yet another that the applicant's "social and family identity had already been male for a long time"<sup>17</sup>. These descriptions perpetuate traditional gender norms, placing trans\* people into 'normal' and easily understandable categories<sup>18</sup>.

Furthermore, this practice seemed incoherent with the Court's declared will to combat gender stereotypes. Indeed, in the landmark *Konstantin Markin* ruling – where a military man was refused a paternal leave – the Court held that "States may not impose traditional gender roles and gender stereotypes"<sup>19</sup>. This decision was the occasion for the Court to acknowledge the harmful nature of gender stereotyping, which it identified to be at the core of gender inequalities. However, Strasbourg judges have long failed to reciprocate this reasoning to non-cisgender individuals<sup>20</sup>. A positive development should therefore be read in *A.M. and others v. Russia*<sup>21</sup>, where the Court found a violation of Article 14 combined to Article 8 in the treatment reserved to the applicant. The case dealt with the refusal of a woman's parental rights and her deprivation of contact with her children on the grounds of her trans\* identity. The ECtHR called out the domestic courts for predominantly relying on psychiatric findings, despite the absence

14 All decisions are listed in the appendix to this article. Two cases involving intersex people have been left out – *Semenya v Switzerland*, and *M v France (dec.)*. While they are of utmost importance, they do not concern the legal gender recognition and their direct consequence *per se*, but about the protection of intersex people's physical integrity and dignity.

15 ECtHR, 19 January 2021, *X and Y v. Romania*, No. 2145/16 and 20607/16, para.4; para.34.

16 ECtHR, 11 October 2018, *S.V. v. Italy*, No. 55216/08, para. 70.

17 ECtHR, 4 July 2024, *Y.T. v. Bulgaria*, No. 41701/16, para. 71.

18 R. Sandland, « Crossing and Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights. *Christine Goodwin v. United Kingdom* », *Feminist Legal Studies*, vol. 11, n° 2, 1 mai 2003, pp. 191-209.

19 ECtHR, 22 March 2012, *Konstantin Markin v. Russia*, No. 30078/06.

20 For a further discussion on this issue, see: C. Hansen, « Dismantling or Perpetuating Gender Stereotypes. The Case of Trans Rights in the European Court of Human Rights' Jurisprudence », *The Age of Human Rights Journal*, n° 18, 23 juin 2022, pp. 143-161, <https://doi.org/10.17561/tahrj.v18.7022>.

21 ECtHR, 6 July 2021, *A.M. and others v. Russia*, No. 47220/19.



of any supporting scientific research on transgender parenthood and demonstrable harm to children. It therefore showed its willingness to address evident gender stereotypes affecting trans\* people and questioning their right to family life based on their identity.

Similarly, the latest rulings point to the decline of stereotypes on the Court's side, as it seems to have less and less recourse to the physical description of the trans\* people who come before it. In the two latest decisions studied, *R.K. v. Hungary*<sup>22</sup> and *W.W. v. Poland*<sup>23</sup>, the Court did not refer once to the appearance nor behaviour of the applicant. This evolution should be welcomed, as it dismisses the applicants' physical traits as non-relevant for the purpose of their claims. It could be key in allowing gender non-conforming people to obtain LGR without having to conform to social expectations. However, this change is most likely due to these cases raising a new category of legal issues. Indeed, the first one dealt with the lack of clarity of the procedure to obtain legal gender recognition, and the second with the impossibility of a trans\* woman to access hormonal treatment in jail. They were therefore not explicitly concerned with the requirements expected from trans\* people to be legal recognised in their gender, but rather focused on the State's procedural failures, perhaps explaining the lack of description of the applicants.

## 2.2. Proceduralising Complaints: Closing the 'In-Between' Door

This procedural focus leads the Court to expect the national gender recognition process to be "quick, transparent and accessible". These criteria stem from a Recommendation addressed by the Council of Europe Committee of Ministers to Contracting States in 2010<sup>24</sup>. In *X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*<sup>25</sup>, they were explicitly mentioned in a third-party intervention and endorsed in the Court's ruling. While this is a positive development enhancing the effectiveness of LGRs, the reasons behind it are highly deceptive. What prompts the Court to declare a violation is the *intermediate* situation in which the applicants are placed, having undergone a gender transition without their gender being legally recognised. The Court uses the standard set up in *Goodwin*, according to which States cannot put the applicant "in an anomalous position, in which he or she may experience feelings of vulnerability, humiliation and anxiety"<sup>26</sup>. Nowadays, judges repeatedly mention the situation of "distressing uncertainty"<sup>27</sup> experienced by the applicants, who are "placed [...] for an unreasonable length of time in an anomalous position" being the source of a "permanent sense of being inadequate, and of anxiety and embarrassment"<sup>28</sup>. Therefore, positive obligations of transparency and efficiency mostly are not commanded by the applicant's dignity, or the need for consistency between their identity and their legal documents, but rather serve as a way of preventing people from being "in between" sexes for too long.

In *X and Y v. Romania*, the Court admitted that, although the applicant had eventually obtained a positive decision in another country, the fact that he had suffered from the effects of a refusal to legally recognise his gender for more than five years constituted a breach of the Convention, which neither the subsequent favourable decision nor the measures taken by the domestic authorities expressly acknowledged<sup>29</sup>. However, when a similar situation arose in *Y.T. v. Bulgaria*, the Court made it clear that one should personally suffer from the State's deficient legislation to meet the 'victim' condition set by Article 34. Indeed, in a revision of the case in 2024, the Court finally decided to declare the application inadmissible because of the later discovery that the applicant had, in parallel to his application to the ECtHR, obtained recognition of his gender in Bulgaria<sup>30</sup>. Therefore, the Court considered him not to be affected by the lack of Bulgarian legislation.

The reasons that support the need for quick, transparent and accessible procedures uphold the idea of the need to escape the incongruous situation of having started a transition journey before being

22 ECtHR, 22 June 2023, *R.K. v. Hungary*, No. 54006/20.

23 ECtHR, 11 July 2024, *W.W. v. Poland*, No. 31842/20.

24 CM, Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31 March 2010.

25 ECtHR, 17 January 2019, *X v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, No. 29683/16.

26 ECtHR, *Christine Goodwin v. the UK*, *ivi* p. 2, para. 77.

27 *Ibid.*, para. 70.

28 ECtHR, *Y.T. v. Bulgaria*, *ivi* p. 5, para. 51 (translation my own).

29 ECtHR, *X and Y v. Romania*, *ivi* p. 4, para. 168.

30 ECtHR, 4 July 2024, *Y.T. v. Bulgaria (revision)*, No. 41701/16.

granted LGR. The cause for the violation is not so much the non-existence or lack of clarity of the legislation, *i.e.* the technical impossibility of legally transitioning, but the supposedly intense suffering that the applicants experience due to the discrepancy between their identity and their official documentation. While some authors saw the mention of this in-between state as the Court's implicit validation of queer lives<sup>31</sup>, this contribution rather considers it to reflect the Court's view that the very idea of being *in between two sexes* is a source of humiliation, anxiety and shame – something one should want to escape.

### 2.3. Pathologising Transitions: Medical Gatekeeping

Two major legal battles have been fought before the ECtHR to facilitate LGR processes in Europe. The first concerns the lack of necessity to undergo sex reassignment surgery. Since *A.P., Garçon and Nicot*, the Court estimates that making people go through potentially sterilising treatments is placing them in front of an impossible dilemma, asking them to choose between their gender identity and their physical integrity – it therefore amounts to a violation of Article 8. More recently, *Y. v. the ex-Yugoslavian Republic of Macedonia*<sup>32</sup>, *X and Y v. Romania*<sup>33</sup>, and *A.D. and others v. Georgia*<sup>34</sup> made it clear that such a requirement is also a violation of the Convention when it stems from the lack of clarity of the legislation. This is undeniably a significant advancement for the right of any trans\* and/or gender non-conforming person, since it recognises the diverse ways individuals experience and express their gender. Non-binary people then have greater control over their bodies and can opt for the procedures that make them feel most comfortable – if any – without external pressure. On a practical level, removing this obligation also enhances access to legal transitions, since medical operations can be very costly and prevent people from engaging in the LGR process.

However, even if not mandatory, sex reassignment surgery is still thought of as the ultimate goal of the transition – as putting an end to it<sup>35</sup>. In the Court's paradigm, transition is conceived as a two-stage process (pre-op/post-op), and judges refer to the distinction between 'pre-operative transgender people' and 'post-operative transsexual people'<sup>36</sup>. This is consistent with the Court's pathological approach to transness, where physical surgeries and hormonal treatment are seen as a 'cure' to gender dysphoria<sup>37</sup>. For example, in *Y.T. v. Bulgaria*, the Court referred to a report which confirmed the applicant as presenting "the characteristics of a true transsexualism", with a conscious and permanent identification with the male sex<sup>38</sup>.

The second major challenge faced by trans\* applicants, and especially those who do not conform to typical representations of masculinity and femininity is the requirement of a psychological or psychiatric diagnosis. Indeed, although the Court does not require a psychological diagnosis *per se* anymore, it still tolerates that States do<sup>39</sup>. Therefore, many States still include mental health diagnoses as part of the LGR process<sup>40</sup>. The diagnosis often amounts to expecting trans\* people to experience "gender dysphoria", according to which a contradiction exists within the individual between a gendered psychic

31 D.A. González-Salzburg, *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Oxford London New York New Delhi Sydney, Hart, 2019, p. 37.

32 ECtHR, *Y. v. the ex-Yugoslavian Republic of Macedonia*, *ivi* p. 6.

33 ECtHR, *X and Y v. Romania*, *ivi* p. 4.

34 ECtHR, 1 December 2022, *A.D. and others v. Georgia*, No. 57864/17, 79087/17 and 55353/19.

35 This is evident in *S.V. v. Italy*, *ivi* p. 5, para. 75: "the gender reassignment process had not yet been *concluded* by means of gender reassignment surgery".

36 However, the decisions which are only available in French do consistently use the word "transsexual", regardless of whether they underwent genital surgery. Similarly, they mention "sexual identity" and not "gender identity" (cf. *Y.T. v. Bulgaria*, *ivi* p. 5, para. 51: « le requérant, qui s'identifie comme un transsexuel »).

37 P. Cannoot, « The pathologisation of trans\* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 37, n° 1, 2019, pp. 14-35, <https://doi.org/10.1177/0924051918820984>.

38 ECtHR, *Y.T. v. Bulgaria*, *ivi* p. 5., para. 8.

39 The last applicant's claim in *Garçon and Nicot* (*ivi*, p. 2, para. 154) concerning the obligation to undergo a traumatic medical examination was rejected, as this medical diagnosis was considered to not be a breach of Article 8, since the State struck a fair balance between competing interests – namely, the necessity to evaluate the *need* to transition and the rights of the individual.

40 The non-governmental organisation Transgender Europe establishes that 25 European countries still do. See: Trans rights map, n.d., available online: <https://transrightsmat.tgeu.org> (last accessed May 5th, 2024).

identity and the sexed body, one not being “coherent” with the other<sup>41</sup>. Therefore, diagnosis and surgery requirements are means of ensuring that the applicants are “really” trans\*, and that the legal recognition of their gender is *justified*. Moreover, the reality of this medically imposed condition is assessed within a binary framework. This is obvious in the arguments of the States, which admit that assessing the psychological state of the trans\* applicant is “a means of ensuring that people who are not really transgender” do not engage in a process of transition in an ill-considered manner<sup>42</sup>. These fears are embedded in the belief that there exists ‘true’ and ‘false’ trans\* people, which has been upheld by the Strasbourg judges for a long time<sup>43</sup>. They are nowadays backed up by State’s concerns over the principle of the unavailability of the civil status, the guarantee of its reliability and consistency and, more broadly, the requirement of legal certainty, which justify the introduction of rigorous procedures aimed at verifying the underlying reasons for a request for a legal change of identity<sup>44</sup>.

In fact, the very requirement that trans\* identity be “true” or “authentic” is contradictory to the possibility of recognising non-binary identities, as these are considered unstable and unauthentic. States’ reluctance to let go of the diagnosis requirement betrays their wish to avoid granting LGR to people who are, in fact, *neither a man nor a woman*. This was explicitly outlined by the defending State in *A.D. and others v. Georgia*, where the domestic court contended that “one of the medical opinions diagnosed the applicant as exhibiting psychological traits of *both* a man and a woman”<sup>45</sup>, which served as a basis for refusing to grant the applicant with a new legal identity. Therefore, the medical approach to gender identity “forces [people] to rigidly conform themselves to medical providers’ opinions about what ‘real masculinity’ and ‘real femininity’ are”<sup>46</sup>, and establishes “clear boundaries between ‘legitimate’ and ‘illegitimate’ positions for transgender persons as human rights holders”<sup>47</sup>, where there is no room for in-between or beyond identities.

However, the issue of medical expertise and gender transitioning, while putting the Court and medical experts in a paternalistic position, should not be overly simplified. Indeed, it remains important for many trans\* people that their medical transition, including hormonal treatment and/or surgery, be recognised by the State, as this often guarantees coverage by their social insurance. Nevertheless, it is important that the ‘wrong body’ narrative is not the only one mentioned before the judges, so that different stories of transitioning are heard and become valid. There are people whose identity does not correspond to the sex they were assigned at birth, regardless of their bodies. Besides, decoupling gender transitioning from medical treatment is not incompatible with providing free access to gender-affirming care, since most people who benefit from gender-affirming care are actually cisgender people<sup>48</sup>. But parallels between cisgender and trans\* people rarely take place in front of the Court, since judges almost systematically dismiss applicants’ discrimination claims to focus on the ‘impossible dilemma’ created by medical expectations<sup>49</sup>. This further diminishes the possibilities to obtain a right to gender self-determination, as the Court claims to support. Such a right is actually incompatible with any checking procedure, especially for those who do not match expected behaviour and appearance.

The Court’s latest decisions manifest its endeavours to *de-gender* its case law. Indeed, it has neutralised statements which were previously *explicitly* binary. Applicants are not expected to adopt a stereotypical behaviour, the obligations laying on States are merely procedural and the pathologisation of trans\* journeys is less intense as to allow different bodies to access LGR. However, gender binarity is

41 É. Lépinard et M. Lieber, *Les théories en études de genre*, Paris, la Découverte, 2020, p. 92 (translation my own).

42 ECtHR, *Y.T. v. Bulgaria*, *ivi* p. 5, para. 191.

43 See, e.g., the dissenting opinion in ECtHR 25 March 1992, *B. v. France*, No. 13343/87, where six judges (Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Valticos, Loizou et Morenilla) critiqued the majority’s lack of distinction between ‘true’ and ‘false’ transsexuals.

44 See ECtHR, *S.V. v. Italy*, *ivi* p. 5, para. 69; ECtHR, *Y.T. v. Bulgaria*, *ivi* p. 5, para. 70; ECtHR, *X and Y v. Romania*, *ivi* p. 4, para. 158.

45 ECtHR, *A.D. and others v. Georgia*, *ivi* p. 7, para. 31 (italics my own).

46 D. Spade, « Resisting Medicine, Re/Modeling Gender », *Berkeley Women’s Law Journal*, vol. 18, n° 1, 2003, pp. 15-39., pp. 27-28, <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/592/>.

47 F.R. Ammaturo, *European Sexual Citizenship: Human Rights, Bodies and Identities*, London, Springer International Publishing, 2017, p. 75.

48 See: T.E. Schall et J.D. Moses, « Gender-Affirming Care for Cisgender People », *Hastings Center Report*, vol. 53, n° 3, 2023, pp. 15-24, <https://doi.org/10.1002/hast.1486>.

49 Rachel Moss, “No XI Chromosome? Europe’s Tumultuous Relationship with Gender Difference Laid Bare in *X and Y v Romania*”, *Australian International Law Journal*, 2021, No. 28, pp. 219-227, at. p. 226.

still haunting the decisions, and non-binary identities are conceived as anomalous situations. On the applicants' side, transitions are thought of being a source of suffering, thereby leading to positive procedural obligations imposed on States in order to avoid a lengthy indeterminate situation. On the States' side, trans\* identities are considered a source of uncertainty and as a threat to national stability, thereby legitimising procedures made at ensuring their authenticity – *i.e.*, their binary gender.

The Court's polished vocabulary and the progressive vanishing of explicitly binary norms do not allow for a conceptualisation of sex and gender beyond the binary. Moreover, it leads to very concrete consequences on trans\* and intersex people's rights, which the Court seems to have reinforced in its latest decisions.

### 3. The Consequent Binary: 'Sex/Gender' as a Mirage

The progressive erasure of gendered references in the Court's decisions does not prevent it from reinforcing the consequences attached to the gender binary. This movement can be witnessed in two series of unprecedented cases: the first one concerning the recognition of a neutral gender in civil status (3.1.) and the second one dealing with trans\* people's parental rights (3.2.).

#### 3.1. Refusing a Third Gender

The most direct consequence of the upholding of the binary by the Court is its refusal to allow the recognition of a so-called "third gender". This refusal is enshrined in the *Y v. France* case<sup>50</sup>, which was the first opportunity for the Court to rule on the question of the obligation of States Parties to allow the registration of gender beyond male/female. The applicant was an intersex person who requested that their gender in civil status be changed from "male" to "neutral" and considered that the domestic courts' refusal to allow this change was a breach of Article 8. They framed their request in terms of a negative obligation on the part of the State, which had illegally interfered in their right to private life. However, domestic courts rejected their claim, mentioning, *inter alia*, the difficulty of answering an issue raising such "sensitive biological, moral or ethical questions". In particular, the French *Cour de cassation* outlined that the "recognition by the courts of a 'neutral sex' would have far-reaching repercussions on the rules of French law, which are based on the binarity of the sexes, and would require numerous legislative amendments to coordinate them"<sup>51</sup>.

The ECtHR followed the domestic courts in considering that the case raised the question of whether a third gender marker should be created in French law *in general*. It therefore analysed the situation from a 'positive obligation' angle, which led to, *inter alia*, granting a wider margin of appreciation to the State, giving greater weight to its arguments. In particular, the Court referred explicitly, and on numerous occasions, to one of the main arguments put forward by the French representative, the principle of a "binarity of the sexes". This decision has been criticised as displaying the Court's biases<sup>52</sup> as well as a "reversed logic"<sup>53</sup>, since the desired results were obtained through a twisting of the reasoning.

In relation to the gender binary, the most puzzling aspect of the case is its relationship with the ECtHR's case law on trans\* people. Indeed, while trans\* and intersex people's claims are not similar, they are interrelated. They are concerned with the right to physical integrity—whether to be granted access to them, or to forbid unconsented surgeries—and the right to self-determination of their gender—be it independently from their anatomy, or in relation to their biological features. Therefore, when confronted to such claims, the Court is asked to evaluate the weight of biology in people's identification, *i.e.*, the determining aspect of a supposed natural binarity of the sexes in the identification of individuals. Whereas, in *Y v. France*, the Court itself started by noting that the case "does not concern the question of

50 ECtHR, 31 January 2023, *Y v. France*, No. 76888/17.

51 *Ibid.*, para. 16.

52 O. Bui-Xuan, « L'absence de reconnaissance juridique à l'état civil des personnes intersexes ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La prudence de la Cour européenne des droits de l'homme face au dépassement de la bicatégorisation des mentions de sexe à l'état civil (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023) », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, vol. 136, n° 4, 2023, pp. 1117-1141, p. 1129.

53 J. Mattiussi et B. Moron-Puech, « "Sexe neutre" à la Cour européenne : l'art du syllogisme inversé ? », *La Semaine Juridique*, n° 7, 20 février 2023, <https://sexandlaw.hypotheses.org/files/2023/02/Y-c.-France-BMP-JCP.pdf>.



gender self-determination<sup>54</sup>, throughout the decision, judges kept drawing parallels between the two categories of claims<sup>55</sup>. The Court's position is therefore highly ambiguous.

A commonality between the two strands of case law seems to be the Court's wish not to uphold blatant gender stereotypes. However, this concern led to contradictory and paradoxical results. At the domestic level, several courts had relied on the applicant's appearance as well as their marital and parental status – the applicant being married to a woman with whom they had a child – to reject their claim of having an “intersex” gender identity. Refusing to give legal weight to these arguments, the Court insisted that appearance and social behaviour alone should not be the reason one is granted LGR. In making this comment, judges proved their understanding of the differences between sexual orientation, gender expression and gender identity. Even though these characteristics can be interrelated<sup>56</sup>, they are far from being irremediably linked. However, one can wonder what exactly, then, should be the criteria for the LGR of intersex people<sup>57</sup>. On the one hand, the Court refused to rely on social perception or outlooks; but on the other, it did not give legal meaning to their biology either. A mysterious difference was made in the treatment of trans\* and intersex people—while the former are expected to adapt their social behaviour to their ‘claimed’ gender, the latter's appearance is deemed irrelevant, while their biological features are also considered meaningless for the purpose of their legal identification.

Another point of contention is the identity loophole in which intersex applicants are placed. The Court outlined that the discrepancy between “the biological identity and the legal identity of the claimant” put them in a situation “likely to cause suffering and anxiety”<sup>58</sup>, which is reminiscent of its reasoning in trans\* cases. However, it failed to apply the same consequences to this finding as in trans\* cases. Thus, while moving *across* the binary is acceptable—in situations of despair, exiting the binary remains unachievable.

*Y v. France* is therefore hardly understandable without recourse to the gender binary ideology, as it is a clear example of how unquestioned beliefs about the existence of two sexes can influence the outcome of a decision. Indeed, third-party interveners to the case underlined the dangerous potential of the gender binary, by establishing a clear link between binary registration systems and the so-called “normalisation” genital surgeries performed on intersex children, which the Court also seems prepared to classify as acts of torture or inhuman or degrading treatment<sup>59</sup>. Moreover, the documents referred to by the Court repeatedly emphasised the artificial nature of the gender binary<sup>60</sup>. Nevertheless, the ECtHR decided to give meaningful importance to the arguments put forward by the States, in particular “the grounds of respect for the principle of the unavailability of personal status and the need to preserve the consistency and security of civil status records and the social and legal organisation of the French system”<sup>61</sup>. In this decision, rather than answering the question it was asked, the Court seems to have yielded to what might be termed social consequentialism, *i.e.* anticipating the *consequences* of a decision within society to orientate its result. In fact, the Court itself justified its very cautious decision with the sensitivity of the topic: invoking the moral debates that the issue of intersexuation supposedly leads to, judges estimated that they should adopt a “reserved attitude”<sup>62</sup>. This conception of the role of a regional court established for the protection of human rights is decidedly questionable—and definitely not a source of hope for all people whose rights generate no “European consensus”.

54 *Y v. France*, *ivi* p. 9., para. 44.

55 O. Bui-Xuan, *op. cit.*

56 See further: E. Beaubatie, *Transfuges de sexe : passer les frontières du genre*, Paris, La Découverte, 2021. The sociologist notably explains how sexual orientation can evolve following a gender transition.

57 V. A. Boisgontier, « Absence de reconnaissance d'un « sexe neutre » : la Cour européenne des droits l'Homme joue la carte de la prudence », *La Revue des droits de l'homme*, 23 April 2023, <https://journals.openedition.org/revdh/17199>.

58 *Y v. France*, *ivi* p. 9., para. 83.

59 D. Alaattinoğlu, « Intersex Interventions as Human Rights Violations: The European Court of Human Rights Sets Out Guiding Principles in *M v France* », *The Modern Law Review*, vol. 86, n° 5, 2023, pp. 1265-1277, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12795>.

60 For instance, a report by the French independent institution *Défenseur des Droits* noted that, since “some individuals have so-called ambiguous sexual characteristics, and all levels of interaction between these different male or female characteristics are possible, [...] knowing the decisive level of masculinity or femininity in an individual can be an endless quest” (para. 21, translation my own).

61 *Y v. France*, *ivi* p. 9, para. 89 (translation my own).

62 *Ibid.*, para. 91.

A similar reasoning, as well as an excessive reliance on the consistency of civil status records, can be identified in two later cases, which illustrate the strengthening of the gender binary's consequences on claimants' rights.

### 3.2. Denying Trans\* Parents' Rights

In 2023, in two unprecedented cases, *O.H. and G.H. v. Germany*<sup>63</sup>, and *A.H. and others v. Germany*<sup>64</sup>, the applicants were a trans\* man and a trans\* woman. They had been respectively registered as the “mother” and “father” of their biological children, *i.e.*, in contradiction with their gender in the civil status records. However, in both instances, the ECtHR ruled unanimously that these situations did not violate their right to respect for private and family life.

The decisive argument seems to have been the nature of German law on parental roles, which is “based on the procreative function of each parent, according to their biological sex”<sup>65</sup>. The domestic courts, the Government and the ECtHR insisted on the fact that these parental roles are “not interchangeable”<sup>66</sup>. Indeed, German law applies the *‘mater semper certa est’* principle, according to which there is an “immutable legal connection between the child and the mother, *i.e.*, the person who gave birth to the child”<sup>67</sup>. This is perhaps the crux of the problem: this conception of parenthood as divided between two opposing and ‘complementary’ roles is based on gender binarity as much as it reinforces it. Furthermore, while parental responsibilities are conceived as complementary, they are not considered on an equal footing. While the (cis)father can choose whether to recognise the child—regardless of his biological link to them—the mother is not granted this possibility, as she is irrevocably the person who gives birth. This situation amounts to a difference in treatment between women and men, but also between homosexual and heterosexual parents and trans\* and cisgender people. Indeed, the applicants in *A.H.*, two women, claimed that the situation amounted to discrimination based on sexual orientation – since a heterosexual couple, even if one of the members were trans\*, would have had the opportunity to register the two parents while still respecting their gender identity. But the difference in treatment is once again justified by resorting to nature and biology, as the government simply retorted that “the recognition of maternity is not comparable to that of paternity”<sup>68</sup>.

A second argument—linked to the former—put forward by the Government and endorsed by the Court is the need to ensure the consistency of identification documents (IDs)<sup>69</sup>. However, this objective leads to absurd consequences, since the parent’s gender identity, which is reflected on their ID, is deprived of any useful effect. In other words, while it is mandatory for a State to legally recognise the gender of their citizens, untied to their biological features, these biological features are given particular meaning when it comes to attaching legal consequences to their gender—that a woman be called a mother of her child. Furthermore, the accuracy argument seems biased, since the question of the ‘coherence with what’ is not raised. In the case of *O.H.*, who is a single father, where is the consistency when his child’s birth certificate indicates the presence of a ‘mother’... who does not exist? It seems that the true nature of the argument is, as the applicant points out, “the assumption of an intangible public interest consisting in maintaining the binary legal order based on the duality of the sexes”<sup>70</sup>.

From the States’ point of view, the main advantage of a rigid and binary gender registration system is its permanency. In endorsing this argument, the Court seems to share States’ concerns about the inconsistency inherent to gender transitioning. However, States cannot justify this fear with the administrative processes that LGR entails, as the ECtHR has recalled time and time again that this is not acceptable, notably given the few people who would be concerned<sup>71</sup>. Therefore, Germany invoked an-

63 ECtHR, 4 April 2023, *O.H. and G.H. v. Germany*, No. 53568/18 and 54741/18.

64 ECtHR, 4 April 2023, *A.H. and others v. Germany*, No. 7246/20.

65 *O.H. and G.H.*, *ivi* p. 11, para. 94; *A.H. and others*, *ivi* p. 11, para. 98.

66 *Ibid.*, para. 121.

67 *Ibid.*, para. 98.

68 *Ibid.*, para. 139.

69 The Government called to “the coherence of the legal system and the accuracy and completeness of civil-status registers, which have a special evidential value in German law” (*O.H. and G.H.*, *ivi* p. 11, para. 97; *A.H. and others*, *ivi* p. 11, para. 101, translation my own).

70 ECtHR, *O.H. and G.H.*, *ivi* p. 11, para. 90 (translation my own).

71 In 2002, the Court used the little number of trans\* people to undermine the difficulties posed by any major change in the system, which would be “manageable and acceptable if confined to the case of fully achieved and post-operative transsexuals”



other principle—children’s well-being and primary interest. According to the German Federal court, the weight given to the biological functions of each parent in parentage law specifically aims at guaranteeing the stability of the parental link, “even in the event [...], more than merely theoretical, that the transgender parent applied to have the gender-change decision set aside”<sup>72</sup>. The Federal Court’s reason for refusing to register the applicant as the child’s mother reveals its objective of protecting the child from a risk of “de-transition” – or, more accurately, re-transition – of their mother. This argument is based on two considerations. First, on the Court’s fear that trans\* people might ‘regret’ their transition. However, what the Court does not mention is that retransitioning – a marginal phenomenon<sup>73</sup> – rather than being a simple change of mind, is mainly caused by hostile reactions from society, family and friends. In a way, by refusing to give effect to the claimants’ gender identity, the ECtHR contributes to creating a transphobic environment, thereby leading to retransitions<sup>74</sup>. Second, invoking the child’s interest as contrary to their parent’s gender identification implies drawing a hierarchy between rights, with the former being superior to the latter. For instance, the consideration of children’s rights commands that the parents are registered under the sex they were assigned at birth, but also that their original first names be indicated on the birth certificate. Starting from the presupposition that there is a contradiction between children’s rights and the respect for one’s name implies not only that the instability of trans\* lives is harmful, but also that the knowledge by third parties of a parent’s transidentity is an infringement of the child’s rights. Opposing the two is therefore yet another strategy to make trans\* people’s rights unworthy of the same level of protection as other rights.

What does this all have to do with reinforcing the gender binary? In these two judgments, the Court placed parenthood in an inescapable binary, because the two different roles associated with reproduction were linked to two distinct and opposed social roles. It proceeded to a *biologisation of gender*, by attaching social consequences to biological facts. In this case, giving birth was irremediably linked to being a ‘mother’. Instead of moving towards a hyperconstructivist approach of “sex/gender”, the Court here seems to be returning to an essentialist view of “sex-and-gender” that equates the two at the cost of biological determinism, which feminists have been fighting for decades.

Moreover, rather than being a mere reflection of gendered practices, the Court’s decisions play an active role in how gender, as a political regime, takes effect. They reflect the *gendering* power of the law, or as Joanne Conaghan put it, they allow to see the law as a *gendering practice*, “which constrains and enables conceptions of gendered identity, behaviour, and selfhood, and which fashions and refashions gendered social forms”<sup>75</sup>.

#### 4. Conclusion: Blurred Sex and Gender

The reading of the most recent ECtHR cases on LGR leads to the conclusion that the change in terminology, from the distinction between sex and gender to the recurring use of the expression “sex/gender”, is far from reflecting a change in the conceptualisation of the relationship between sex and gender. On the contrary, it seems that the Court oscillates between combating harmful stereotypes and reinforcing the consequences attached to gender norms, without a coherent approach being identified, particularly when comparing the principles applied to intersex and trans\* people. While *gendered norms* are progressively erased from the Court’s vocabulary, *gendering principles* still emerge from the consequences of its rulings and contribute to shaping identities in exclusively binary terms.

Such a rigid position is not a fatality. Other international organisations and jurisdictions have shown a greater understanding and knowledge of queer and gender non-conforming people<sup>76</sup>. Re-

(Christine Goodwin, *ivi*. p. 2, para. 91).

72 ECtHR, *A.H. and others*, *ivi* p. 11, para. 127 (translation my own).

73 In *O.H.*, the Federal court even recalled that, between 2011 and 2013, ten people had retransitioned in Berlin alone (para.21). While this is used to outline the existence of such practice, this number sounds insignificant, mostly when compared to the number of people concerned who had previously given birth.

74 M. Mesnil, *Ne suis-je pas un homme ? La filiation des personnes trans devant la CEDH*, in *Dalloz Actualités*, 16 mai 2023, <https://www.dalloz-actualite.fr/node/ne-suis-je-pas-un-homme-filiation-des-personnes-trans-devant-cedh>.

75 J. Conaghan, *Law and Gender*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2013, p. 103.

76 See, e.g., CAT, *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, 2007, para. 21: called on States to ensure that their laws are “in practice applied to all persons, regardless of [...] gender, sexual orientation, transgender identity”; Commit-

cently, explicit calls to de-naturalise and de-binarise sex/gender have emerged in international human rights law. Other institutions of the Council of Europe, *i.e.*, the Commissioner for Human Rights and the Parliamentary Assembly<sup>77</sup> also advocate for more possibilities than the traditional two<sup>78</sup>. In 2017, the Inter-American Court of Human Rights delivered a groundbreaking advisory opinion, in which it not only clearly acknowledged the existence of identities beyond the binary, but also defined sex as a “biological construction”<sup>79</sup>.

However, the Strasbourg Court does not seem eager to go in this direction. How long will this denial last? An optimistic view would be to consider that the current situation resembles the pre-*Goodwin* one, and that the Court will take some time before agreeing to take the next step. It has been shown that courts are generally reluctant to make radical changes, and often prefer incremental modifications<sup>80</sup>. For instance, Pieter Cannoot argues that, given the international trend towards full legal depathologisation of trans\* identities, the State’s narrow margin of appreciation under Article 8, and the status of trans\* people as a particularly vulnerable group in society, the ECtHR should soon find all medical conditions for LGR to be a violation of the Convention<sup>81</sup>.

A less optimistic view is to interpret the strengthening of this bi-categorisation as a sign that the Court may well have reached its limits, at least in the relatively near future. Indeed, there *is* a “continuing trend” among European States to put an end to the binarity of gender markers in civil status. However, while the ECtHR has, in the past, proved to be a – slow – driver of progress on these issues, it seems to be stalling on this aspect. Moreover, the Court has long been confronted to a “legitimacy crisis”, with several Member States not implementing its decisions (*e.g.*, Azerbaijan), threatening to leave the organisation (*e.g.*, the UK) or having been excluded (Russia). This situation forces the Court to make unpopular choices in order to remain relevant as a human rights institution and ensure the implementation of its rulings<sup>82</sup>. At a time where anti-gender rhetoric is on the rise in Europe, the time just does not seem right for the Court to pursue a progressist and deconstructive approach to sex and gender. Legislative changes to come at the European level will likely not stem from compliance with its case law, but from a casuistic advance by the States.

---

tee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment No. 5 on living independently and being included in the community*, 2017, para. 23: uses the phrase “all genders”, suggesting that it applies to people who could identify differently than as a man or as a woman.

77 PACE, Resolution 2048(2015) of 22 April 2015, *Discrimination against transgender people in Europe*, states that States should “consider including a third gender option in identity documents for those who seek it” ; Resolution 2197(2017) of 12 October 2017, *Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people*, called on States to “ensure, wherever gender classifications are in use by public authorities, that a range of options are available for all people, including those intersex people who do not identify as either male or female” and “consider making the registration of sex on birth certificates and other identity documents optional for everyone” ; Resolution 2239(2018) of 10 October 2018, *Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation*, asked States to ensure that the gender identity of transgender parents was correctly recorded on their children’s birth certificates.

78 Council of Europe’s Commissioner for Human Rights, “Human Rights and Intersex People”, 2015. He specifically called on States to carry out flexible procedures regarding the assignment and changing of sex/gender in official documents and to offer the possibility of not choosing a specified gender marker, ‘masculine’ or ‘feminine’. He further advised that Member States evaluate the actual need to indicate gender in official documents in general.

79 Inter-American Court of Human Rights, *Opinión Consultiva Solicitada por la República de Costa Rica: Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo*, PC-24/17, 2017, para. 13.

80 Janneke Gerards, « Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 18, n° 3, 1 septembre 2018, pp. 495-515.

81 P. Cannoot, *ivi*, p. 7.

82 However, note that the latest annual report from the Council of Europe’s Committee of Ministers highlights significant progress on implementing rulings from the European Court of Human Rights in 2023. See : <https://www.coe.int/en/web/portal/-/latest-annual-report-the-implementation-of-echr-rulings-significant-progress-but-important-challenges-remain>.

## 5. Appendix – List of cases studied

Case	App. No.	Date	Issue	Conclusion
<i>S.V. v. Italy</i>	55216/08	11/10/2018	Name change conditional to genital surgery	Violation of Art. 8
<i>X. v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”</i>	29683/16	17/01/2019	Lack of clear framework allowing LGR for trans* people	Violation of Art. 8
<i>P. v. Ukraine</i>	40296/16	11/06/2019	Lack of intersex-specific possibility to obtain LGR	Inadmissible
<i>X. v. Russia</i>	60796/16	15/12/2020	Name change conditional to gender marker modification	Struck out of list
<i>Y.T. v. Bulgaria</i>	41701/16	09/07/2020	Lack of clear framework allowing LGR for trans* people	Violation of Art. 8
<i>X. and Y. v. Romania</i>	2145/16 20607/16	19/01/2021	LGR conditional to genital surgery	Violation of Art. 8
<i>A.S. v. Russia</i>	23872/19	26/01/2021	Impossibility to choose a neutral name	Partly struck out of list; partly inadmissible
<i>A.M. and others v. Russia</i>	47220/19	06/07/2021	Restriction of applicant’s parental rights and on transness	Violation of Art. 8 Violation of Art. 14+8
<i>Y v. Poland</i>	74131/14	17/02/2022	Impossibility to obtain a full birth certificate without gender reassignment reference	No violation of Art. 8
<i>A.D. and others v. Georgia</i>	57864/17 79087/17 55353/19	01/12/2022	Lack of clear framework conditioning LGR for trans* people to genital surgery	Violation of Art. 8
<i>Y v. France</i>	76888/17	31/01/2023	Non-binary legal gender recognition (intersex person)	No violation of Art. 8
<i>O.H. and G.H. v. Germany</i>	53568/18 54741/18	04/04/2023	Impossibility for a trans* parent to indicate their current gender on their child’s birth certificate	No violation of Art. 8
<i>A.H. and others v. Germany</i>	7246/20	04/04/2023	Impossibility for a trans* parent to indicate their current gender on their child’s birth certificate	No violation of Art. 8
<i>R.K. v. Hungary</i>	54006/20	22/06/2023	Lack of clear framework allowing LGR for trans* people	Violation of Art. 8
<i>Y.T. v. Bulgaria (revision)</i>	41701/16	04/07/2024	Lack of clear framework allowing LGR for trans* people	Inadmissible
<i>W.W. v. Poland</i>	31842/20	11/07/2024	Lack of access to hormonal treatment in prison	Violation of Art. 8

*Peter Alexis Cruz Espinoza\**

# La situación del reconocimiento legal de las identidades no binarias en el Perú: Un análisis desde la perspectiva del derecho humano a la identidad

## Tabla de contenidos

1. Identidades de géneros no binarias. – 2. Identidad de género como un derecho humano. – 3. La situación peruana en torno al reconocimiento de identidades no binarias. – 4. Recomendaciones. – 5. Reflexiones finales.

## Resumen

La creciente visibilidad de las identidades no binarias también destaca los muchos desafíos que enfrentan para garantizar plenamente sus derechos humanos en el Perú. Existe una relación entre el reconocimiento legal de las personas no binarias y las características actuales del registro civil en Perú, tales como el binarismo en los marcadores de género y la ausencia de un procedimiento administrativo para modificar dichos marcadores. Así, basándose en estudios previos sobre la discriminación por identidad de género y la violencia contra personas LGBTIQ+, esta investigación adopta una perspectiva interseccional al examinar los estándares internacionales de derechos humanos vigentes respecto a la garantía del derecho a la identidad aplicables a Perú. Para lograr esto, esta investigación incorpora un estudio cualitativo de la producción desde el sistema universal y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Con estos resultados, el presente estudio apunta a contribuir a la discusión académica, tomando en cuenta un enfoque basado en los derechos humanos.

*The increasing visibility of non-binary identities also highlights the many challenges they face in fully guaranteeing their human rights in Peru. There is a connection between the legal recognition of non-binary persons and the current characteristics of civil registration in Peru, such as the binarism in gender markers and the absence of an administrative procedure to modify these markers. Thus, drawing from previous studies on discrimination based on gender identity and violence against LGBTIQ+ persons, this research adopts an intersectional perspective in examining the international human rights standards regarding the guarantee of the right to identity applicable to Peru. To achieve this, this research incorporates a qualitative study of the output from the universal system and the Inter-American system for the protection of human rights. With these results, the present study aims to contribute to the academic discussion, considering a human rights-based approach.*

\* Lawyer with specialisation in Human Rights from the Pontifical Catholic University of Peru. Master of Laws (LL.M.) in International and European Public Law by KU Leuven. Lecturer at the Pontifical Catholic University of Peru Law School. Double-blind peer reviewed contribution.

## 1. Identidades de género no binarias

Antes de desarrollar los conceptos básicos para este estudio, es relevante mencionar los riesgos que implican estrictas clasificaciones en diversidad sexual, especialmente en cuanto a las limitaciones conceptuales o en a las posibles consecuencias perjudiciales para los grupos involucrados. Tal como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sola adopción de estas definiciones es altamente sensible, ya que puede afianzar estereotipos o clasificar personas, lo que debería ser cuidadosamente evitado<sup>1</sup>. Asimismo, estas definiciones responden a una dinámica conceptual en constante cambio y sujeta a revisión<sup>2</sup>. Este estudio, entonces, se esforzará por explicar los acuerdos académicos y legales sobre estos términos, sin adoptar una postura inflexible respecto a sus contenidos.

Basado en las terminologías contemporáneas en diversidad sexual, “identidad de género” se refiere a una vivencia personal, interna e individual del género, que puede o no corresponder con la fisiología de la persona o el sexo asignado al nacer<sup>3</sup>. En ese sentido, la identidad de género “no binaria” se utiliza para describir a personas cuya identidad está fuera del binarismo de género mujer/femenino y hombre/masculino<sup>4</sup>. Como término sombrilla, incluye a las personas que no se identifican con dos o más géneros (bigénero, pangénero o poligénero), personas que no se identifican con algún género (agénero o neutrois) o personas cuyo género varía con el tiempo (género fluido)<sup>5</sup>. Por otro lado, la identidad transgénero (trans/trans\*) también es un término sombrilla que abarca a aquellas personas cuya identidad de género no se alinea con el sexo asignado al nacer. Así, las personas trans pueden igualmente identificarse a ellas mismas como personas no binarias<sup>6</sup>. No obstante, es importante señalar que existen personas no binarias que no se consideran a ellas mismas como personas trans por una multiplicidad de motivos, entre ellos, que no se ven exclusivamente dentro del género binario o no se sienten “suficientemente trans”<sup>7</sup>.

Desde los estudios contemporáneos de los procesos de colonialismo, se puede sostener que el binarismo de género rígido, que actualmente rige en las normativas nacionales alrededor del mundo, es una clasificación impuesta por la opresión colonial que ha llevado a la inobservancia o supresión de un entendimiento de costumbres sociales sobre identidades trans y de género diverso, las mismas que siempre han existido<sup>8</sup>. La existencia de las personas *babaylan* de la comunidad indígena filipina, *ogbanje* en Nigeria, *hijra* en la India, *muxé* en México, *dos-espíritus* en tribus canadienses<sup>9</sup>, *kwaaja sira* en Pakistán, *achout* en Myanmar, *paknyah* en Malasia, *mahu* en la Polinesia Francesa y Hawái<sup>10</sup>, entre otros, son ejemplos de una gran diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género culturalmente complejas que, mayormente, existían en contextos espirituales o religiosos<sup>11</sup>. En Perú, especialistas en antropología dan cuenta que civilizaciones preincas e inca reconocían la existencia de *qariwarmi*, chamanes de género no binario que desempeñaban un rol fundamental como puente entre los seres humanos y la deidad *Chiqui Chinchay*<sup>12</sup>.

- 1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, para. 31.
- 2 Ibid.
- 3 E. Coleman y otros, *Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People, Version 8*, en *International Journal of Transgender Health*, 2022, p. 252.
- 4 Ibid., p. 80.
- 5 Ibid.
- 6 Ibid.
- 7 S. Garrison, *On the Limits of “Trans Enough”: Authenticating Trans Identity Narratives*, en *Gender & Society*, 2018, no. 32, pp. 613–637.
- 8 Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, *A/78/227: Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, 25 de julio de 2023, para. 63.
- 9 Ibid., paras. 8-14.
- 10 E. Coleman y otros, *Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People, Version 8*, en *International Journal of Transgender Health*, 2022, p. 19.
- 11 Ibid.
- 12 M. Horswell, *Transculturating Tropes of Sexuality, “Tinkuy”, and Third Gender in the Andes*, en *Decolonizing the Sodomite: Queer Tropes of Sexuality in Colonial Andean Culture*, University of Texas, 2006; A. Flores, *Quariwarmi: Historia de cultura inca NB*, en *Homosensual*, 2022, <https://www.homosensual.com/cultura/quariwarmi-historia-de-cultura-inca-no-binaria-nb/>.



En la versión 10 de la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE-10), publicada por la Organización Mundial de la Salud en 1990, el transexualismo<sup>13</sup> y el travestismo se consideraban trastornos de la identidad de género. No obstante, con la publicación de la versión 11 de la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE-11) de 2019, la “incongruencia de género” ya no es clasificada como un trastorno sino como una condición relacionada con la salud sexual. Si bien la CIE-11 puede ser válidamente criticada por incluir una terminología inadecuada o continuar perpetuando una mirada biologicista, binaria y cisnormativa de las identidades trans<sup>14</sup>, la despatologización de las identidades trans y de género diverso puede considerarse como un hito significativo del activismo por los derechos de las personas LGBTIQ+ en el ámbito médico. A partir de este avance, la versión 8 de los estándares de cuidado para la salud de personas transgénero y de género diverso de la Asociación Profesional Mundial para la Salud Transgénero incluye una sección que aborda identidades no binarias y donde, entre otras recomendaciones, se insta

---

13 De acuerdo con la CIE-10, el transexualismo es aquel “deseo de vivir y de ser aceptado como integrante del sexo opuesto, habitualmente acompañado de un sentimiento de incomodidad o de inadecuación al sexo anatómico propio, y del deseo de someterse a cirugía y a tratamiento hormonal para hacer el propio cuerpo tan congruente como sea posible con el sexo preferido por la persona”.

14 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La transexualidad y el travestismo ya no integran la clasificación internacional de enfermedades*, 2018, <https://www.cels.org.ar/web/2018/08/la-transexualidad-y-el-travestismo-ya-no-integran-la-clasificacion-internacional-de-enfermedades/>.



a los profesionales de la salud a ofrecer evaluaciones individualizadas y tratamientos que reafirmen sus experiencias no binarias de género<sup>15</sup>.

Aunque existe un consenso médico que abraza la despatologización de las identidades trans y de género diverso, a nivel práctico todavía se encuentran argumentos en contra de su reconocimiento legal. Un ejemplo de ello es el voto de la exmagistrada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Elizabeth Odio, en el caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. En este caso, aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró responsabilidad estatal por la falta de investigación del asesinato debido a la identidad de género de la víctima, la exmagistrada emitió un voto parcialmente disidente, enfatizando que la identidad de género podría asimilarse a un deseo que puede cambiar de un día a otro y que busca sustituir o erradicar el sexo con el que una persona ha nacido<sup>16</sup>. De este modo, su reconocimiento legal podría llevar a un futuro en el que las normas se enfoquen únicamente en personas indefinidas, y el Derecho se aleje completamente de la distinción de características propias de mujeres y hombres<sup>17</sup>.

Si bien esta investigación abordará con mayor detalle el reconocimiento legal de las identidades trans y de género diverso, resulta interesante enumerar las posturas más comunes en la academia utilizadas para criticarlas o rechazarlas. En este sentido, destacando la importancia del principio de seguridad jurídica, Rodríguez expresa su preocupación sobre las posibles fricciones con las legislaciones sobre igualdad entre mujeres y hombres<sup>18</sup>. Otros académicos/os como Serdón sostienen que la posibilidad de modificar el registro solo con base en la percepción interna de individuos es altamente irresponsable<sup>19</sup>. También se encuentran posturas que afirman que las identidades no binarias son el resultado de una moda, postura política o confusión propia del desarrollo personal<sup>20</sup>. Además, algunas personas sostienen que la escasa cantidad de personas no binarias no representa una necesidad real para incluirles en las políticas públicas<sup>21</sup>.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha nutrido de los recientes avances multidisciplinarios en la comprensión de las identidades trans y de género diverso y, en consecuencia, ha adoptado una postura alineada con el reconocimiento basado en la libertad personal de los individuos. Desarrollando los estándares del sistema universal de protección de los derechos humanos sobre el derecho a la identidad, el sistema interamericano de protección para los derechos humanos ha optado por una postura aún más progresista, como lo demuestra la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las últimas décadas. A continuación, se expondrá la evolución de los estándares internacionales en torno al derecho a la identidad, tanto en el sistema universal de protección de los derechos humanos como en el sistema interamericano.

## 2. Identidad de género como un derecho humano

Los elementos que conforman la identidad tradicionalmente se han clasificado en estáticos, es decir, aquellos que son inmutables y no varían, y dinámicos, es decir, aquellos que cambian con el transcurso del tiempo dependiendo de la evolución y madurez de la persona. En esta distribución clásica de la identidad, encontramos como ejemplos de elementos estáticos la herencia genética, el lugar y la fecha de nacimiento, entre otros. Entre los elementos dinámicos se incluyen las creencias religiosas y filosóficas,

15 E. Coleman y otros, *Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People, Version 8*, en *International Journal of Transgender Health*, 2022, pp. 80-87.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Voto parcialmente disidente de la Jueza Elizabeth Odio Benito, en caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, sentencia de 26 de marzo de 2021, para. 12.

17 Ibid.

18 R. Rodríguez, *Capítulo 1. La identidad de género y la imposible autodeterminación del sexo*, en *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*, R. Rodríguez (ed.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, pp. 14-46.

19 V. Sendón, *Capítulo 2. Sujeto mujer y deconstrucción de conceptos (Anotaciones sobre el debate de la propuesta Ley Trans)*, en *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*, R. Rodríguez (ed.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, pp. 47-74.

20 T. Mamone, *9 Things Not to Say to a Non-binary Person*, en *Everyday Feminism*, 2017, <https://everydayfeminism.com/2017/02/things-not-to-say-non-binary-ppl/>.

21 S. Bergman y M. Baker, *Non-binary Activism*, en *Genderqueer and Non-binary Genders*, C. Richards, W. Bouman y M. Barker (ed.), Londres, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 35-56.

profesiones, opiniones, entre otros. Esta clasificación, sin embargo, ha sido superada actualmente a raíz del entendimiento de la variabilidad de ciertos factores tradicionalmente estáticos como el nombre, estado civil, imagen y sexo en su sentido más amplio<sup>22</sup>. Sobre esto último, Sessarego propone desclasificar una concepción estática de la sexualidad, ya que a que los propios elementos del sexo no son estables<sup>23</sup>. No obstante, esta clasificación ha tenido relevancia en el Derecho pues ha inspirado lo que cada Estado debe considerar relevante en la identificación de las personas a través de documentos oficiales de identificación, como documentos nacionales de identidad o certificados de nacimiento. La identidad, que incorpora una complejidad de elementos, debe ser siempre entendida como diferente de la identificación. Al respecto, la identificación implica un proceso específico relacionado con la faceta externa de la identidad<sup>24</sup> y está sujeta al escrutinio estatal sobre los signos distintivos mínimos que la configuran para garantizar el orden público y la seguridad jurídica en el ordenamiento<sup>25</sup>.

Para comprender la concepción contemporánea de la identidad como derecho humano en el sistema universal de protección de los derechos humanos, es necesario repasar el marco legal que la ha reconocido e interpretado. El derecho a la identidad no fue expresamente incorporado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. No obstante, el derecho a la libertad, seguridad personal y a la nacionalidad, como elementos inherentes de la identidad, fueron plasmados en los artículos 3 y 15, respectivamente. En consonancia con el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce explícitamente el derecho a la identidad de la niñez, mencionando el derecho a la nacionalidad y al nombre como sus elementos. El Comité de los Derechos del Niño, órgano que supervisa e interpreta la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, señaló que el derecho a la identidad de la niñez no solo incluye origen nacional, religión, identidad cultural y personalidad, sino también sexo y orientación sexual<sup>26</sup>.

Mas allá de la ausencia de un expreso reconocimiento del derecho a la identidad como derecho autónomo en otros tratados del sistema universal de protección de los derechos humanos, diversos órganos internacionales han resaltado la cualidad evolutiva del derecho a la identidad. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, órgano del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló que los Estados partes tienen la obligación de responder apropiadamente a aquellos patrones de violencia contra las personas por motivo de su orientación sexual o identidad de género<sup>27</sup>. Asimismo, al pronunciarse sobre el derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos expresó que este derecho humano debe garantizarse sin discriminación basada, entre otras categorías, en la orientación sexual o identidad de género<sup>28</sup>. El derecho al reconocimiento efectivo de la identidad de género se encuentra vinculado estrechamente con el derecho al igual reconocimiento ante la ley, que se desprende del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inspirado a su vez en el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>29</sup>.

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó por primera vez una resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, que posteriormente dio pie a la elaboración de un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre estas materias. Así, subrayando las prácticas nocivas contemporáneas contra personas LGBTIQ+, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos instó a los Estados miembros a incorporar la orientación sexual e identidad de género expresamente en legislaciones internas sobre la prohibición de discriminación<sup>30</sup>. Posteriormente, en un nuevo informe, el Alto Comi-

22 Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2015, p. 97.

23 C. Fernández, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, Universidad de Lima, 1990.

24 M. Glave y otros, *Proyecto de Ley N° 790/2016-CR, Proyecto de Ley de Identidad de Género*, Lima, Congreso de la República del Perú, 2016, p. 14.

25 *Ibid.*, pp. 14-15.

26 Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 2013, para. 55.

27 Comité de los Derechos Humanos, *Observación general N° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, 2014, para. 9.

28 Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 36 sobre el Artículo 6 (derecho a la vida)*, 2019, p. 61.

29 Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, *A/73/152: Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, 2018, para. 20.

30 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *A/HRC/19/41: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 2011, para. 84.

sionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresó la importancia de que los Estados miembros emitan documentos de identificación que reflejen la identidad de género de las personas<sup>31</sup>. Asimismo, al puntualizar la discriminación basada en identidad de género de las personas trans, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresó que ninguna ley o costumbre puede justificar abusos, ataques o asesinatos de personas trans basadas en quiénes son o en sus auto-percepciones<sup>32</sup>.

Como un importante punto histórico en el compromiso contra la violencia basada en la identidad de género, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió en 2016 una decisión nombrando a un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género. El mandato del Experto Independiente incluye, entre otras funciones, la evaluación de la implementación de instrumentos internacionales de derechos humanos, la identificación de buenas prácticas y retos, y la generación de conciencia sobre violencia y discriminación basada en orientación sexual e identidad de género<sup>33</sup>. El Experto Independiente no solo ha asumido una postura contra la clasificación de ciertas formas de género como patologías, sino que también ha subrayado las obligaciones estatales de respetar y promover respeto en el reconocimiento del género como un componente de la identidad<sup>34</sup>. Enfocándose en los sistemas de reconocimiento de la identidad de género como derecho de las personas trans para cambiar los marcadores de nombres y sexo en documentos de identificación, el Experto Independiente exhortó a los Estados miembros a reconocer identidades no binarias, tales como aquellas que no se consideran ni “masculino” ni “femenino”, y ofrecer una multiplicidad de opciones en los marcadores de género<sup>35</sup>.

En cuanto el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el cual Perú es parte al ser Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, es posible identificar provisiones relacionadas con el derecho a la identidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ejemplo, los artículos 18 y 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen el derecho al nombre y a la nacionalidad. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha desempeñado como un actor clave en el desarrollo de estándares internacionales sobre el reconocimiento legal de las identidades trans y de género diverso. Como parte de su producción jurisprudencial, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que la protección de la vida privada implica la garantía de factores asociados con la dignidad individual, como la capacidad de las personas de desarrollar su propia personalidad y determinar su propia identidad<sup>36</sup>. En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció expresamente que la identidad de género es una categoría protegida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>37</sup>.

Un punto trascendental en la producción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ocurrió al emitir su Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por Costa Rica, sobre identidad de género, igualdad y no discriminación de parejas del mismo sexo. En este documento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló aspectos relevantes sobre el cambio de nombre e identidad de género en documentos de identificación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que el derecho a la identidad está fuertemente vinculado con la dignidad de los individuos, el libre desarrollo de la personalidad y la protección a la vida privada, y, en ese sentido, está protegido bajo el artículo 11 de la

31 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *A/HRC/29/23: Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 2015, para. 79.

32 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Statement of the Office of the UN High Commissioner for Human Rights to the International Conference on LGBT Human Rights*, 2006.

33 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *A/HRC/RES/32/2: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 30 de junio de 2016: 32/2. Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 2016, pp. 2-3.

34 Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, *A/73/152: Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, 12 de julio de 2018, para. 8.

35 Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, *A/HRC/47/27: El derecho de la inclusión*, 3 de junio de 2021, para. 91.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, para. 143.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, para. 91.

Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>38</sup>. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que el derecho a la identidad entiende a las personas como maestras de ellas mismas y de sus propios actos<sup>39</sup>. Así, el derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el cual constituye un derecho inherente al ser humano, determina la efectiva existencia de los titulares frente a la sociedad y el Estado<sup>40</sup>. Por ello, al considerar que la orientación sexual e identidad de género que cada persona define son esenciales para el desarrollo de la personalidad y constituyen aspectos claves en su autodeterminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puntualizó que el derecho de las personas a definir autónomamente su propia identidad de género se garantiza cuando los documentos oficiales de identificación incorporan la identidad autopercibida<sup>41</sup>.

A pesar de que la Opinión Consultiva 24-17 no posee carácter vinculante, los temas abordados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos revisten tal importancia que han sido incorporados en su jurisprudencia más reciente. Así, en el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que la identidad de género es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>42</sup>. Por su parte, el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género también ha reconocido la relevancia en lo desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incorporado la Opinión Consultiva OC-24/17 en sus más recientes informes temáticos dirigidos al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

### 3. La situación peruana en torno al reconocimiento de identidades no binarias

En 2017, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) publicó los resultados de la Primera Encuesta Virtual de Personas LGBTIQ+ en Perú. De estos resultados, se puede observar que el 7.5% de las personas encuestadas se identificaron como personas con identidades no binarias<sup>43</sup> y que el 15.2% de las personas encuestadas indicó que la falta de respeto por su identidad de género fue una de las agresiones que han experimentado<sup>44</sup>. Por su parte, en 2021, un informe del Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos demostró que el 70.7% de las personas trans y no binarias encuestadas señalaron a la invisibilización de sus identidades por parte del Estado peruano como el principal tipo de violencia contra ellas<sup>45</sup>. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, identificó prácticas de discriminación en el disfrute de derechos humanos de personas LGBTIQ+ y encontró responsabilidad estatal por vulnerar la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>46</sup>, el Estado peruano se muestra aún hoy reacio a reconocer legalmente identidades de géneros diversas, lo que afecta, asimismo, a las personas no binarias.

Como un importante antecedente, se puede mencionar a la producción realizada sobre estas materias por la Defensoría del Pueblo del Perú, un organismo constitucionalmente autónomo creado por la Constitución Política del Perú de 1993<sup>47</sup>. En 2015, la Defensoría del Pueblo emitió un informe subrayando la necesidad de contar con políticas públicas sobre igualdad, a fin de garantizar los derechos

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17*, 24 de noviembre de 2017, para. 90.

39 *Ibid.*, para. 89.

40 *Ibid.*, para. 103.

41 *Ibid.*, para. 105.

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, sentencia de 12 de marzo de 2020, para. 90.

43 Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), *Primera Encuesta Virtual de Personas LGBTI, principales resultados*, Lima, INEI, 2017, p. 19, <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf>.

44 *Ibid.*, p. 23.

45 Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos, *Cuerpos y resistencias que TRANSgreden la pandemia: transmaculindades y personas de género no binario AMAN en el Perú*, Washington DC, Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos, 2021, p. 87, [https://raceandequality.org/wp-content/uploads/2021/09/FINAL\\_Cuerpos-y-resistencias-que-TRANSgreden\\_V4\\_240921.pdf](https://raceandequality.org/wp-content/uploads/2021/09/FINAL_Cuerpos-y-resistencias-que-TRANSgreden_V4_240921.pdf).

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, sentencia de 12 de marzo de 2020, para. 289.

47 La autonomía de la Defensoría del Pueblo se encuentra plasmada en el artículo 161 de la Constitución Política del Perú.



humanos de las personas LGBTIQ+ en el Perú. En este informe, la Defensoría del Pueblo no solo identificó las conductas más relevantes que excluyen a las personas LGBTIQ+, sino que además manifestó la necesidad de garantizar el derecho a la identidad de género de las personas trans<sup>48</sup>. Así, la Defensoría del Pueblo precisó que el derecho a la identidad es un componente de la identidad sexual vinculado con la autoconstrucción de la identidad personal y, por ello, debe ser garantizado por el Estado peruano sin discriminación en sus mecanismos institucionales e internos<sup>49</sup>. Asimismo, la Defensoría del Pueblo destacó que la adecuación del nombre y sexo de una persona forma parte de su derecho a la identidad y, por esta razón, debería ser incorporado en los documentos oficiales de identificación. En consecuencia, no cumplir con estos mandatos configura una violación al derecho a la igualdad y deviene en una discriminación basada en la identidad de género<sup>50</sup>. Finalmente, la Defensoría del Pueblo recomendó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú incorporar a personas LGBTIQ+ en el Plan Nacional de Derechos Humanos, el cual debería contener estrategias e indicadores a seguir por otros sectores, a fin de tomar medidas concretas para el disfrute de sus derechos humanos<sup>51</sup>.

Durante la última década, iniciativas desde el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial en el Perú se han mostrado conscientes sobre los retos que enfrentan las personas trans para el disfrute efectivo del derecho a la identidad debido a la falta de procedimientos administrativos o mecanismos para modificar sus nombres y sexo en documentos oficiales de identificación. No obstante, como se expone en los siguientes párrafos, estas iniciativas se encuentran mayormente dentro de los márgenes de una estructura binaria de género. Tal como se presentó en el repaso de las terminologías, es posible sostener que las personas no binarias pueden identificarse igualmente como trans. Sin embargo, limitar el reconocimiento de la identidad de género a una estructura binaria, la misma que a su vez se inspira en el registro binario y cisgénero que actualmente predomina en el Perú, puede dejar de lado a aquellas personas que no se identifican ni como mujer trans ni como hombre trans.

En cuanto a las iniciativas desde el Poder Ejecutivo, a partir de las recomendaciones brindadas por la Defensoría del Pueblo en relación con las personas LGBTIQ+, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 -impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú- incluyó como objetivo estratégico garantizar el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans<sup>52</sup>. Por su parte, tomando en cuenta testimonios y denuncias de la sociedad civil sobre posibles actos de discriminación en procedimientos institucionales sobre el reconocimiento del nombre, sexo y género, la Comisión Nacional contra la Discriminación (CONACOD) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú elaboró un informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú. En este informe, CONACOD reafirmó que la identidad de género es un elemento constitutivo del derecho a la identidad, de tal importancia que hoy es reconocido como un derecho autónomo<sup>53</sup>. Desarrollando lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17, CONACOD señaló que la identidad de género no solo es una categoría protegida contra la discriminación a nivel internacional, sino también en la Constitución Política del Perú<sup>54</sup>. En el Perú, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) es la entidad constitucional competente en el registro de nacimientos y la emisión de documentos oficiales de identificación<sup>55</sup>. Así, subrayando que la documentación de identificación debe reflejar y reconocer la identidad de género de las personas, CONACOD precisó que RENIEC no puede entender a la identidad personal como estática y, por ello, debe adoptar regulaciones y procedimientos administrativos que permitan acceder oportunamente a

48 Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2015, p. 201.

49 Ibid., pp. 95-98.

50 Ibid., p. 98.

51 Ibid., p. 202.

52 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pp. 124-125, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1539318/PLAN-NACIONAL-2018-2021.pdf>.

53 Comisión Nacional contra la Discriminación, *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, p. 30, [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297521/Informe\\_CONACOD\\_Identidad\\_de\\_G%C3%A9nero.pdf?v=1552001429](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297521/Informe_CONACOD_Identidad_de_G%C3%A9nero.pdf?v=1552001429).

54 Ibid., pp. 8-9.

55 Las funciones de RENIEC se encuentran enumeradas en el artículo 183 de la Constitución Política del Perú.

cambios en los marcadores de nombre y sexo<sup>56</sup>. Por lo tanto, el registro ante RENIEC debe considerarse solo como un mero acto de reconocimiento y no como un acto constitutivo de la identidad personal<sup>57</sup>.

Como respuesta a los retos vigentes que enfrentan las personas trans en procedimientos administrativos o procesos judiciales para cambiar el nombre y sexo, la producción de CONACOD se presenta como la adopción de una postura institucional alineada con los estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la identidad. No obstante, el informe omitió estudiar los retos específicos que enfrentan las personas no binarias en el Perú, como la imposibilidad de contar con opciones acordes a la identidad de género en los marcadores de sexo de los documentos oficiales de identificación.

En cuanto a las iniciativas desde el Poder Legislativo relacionadas con el reconocimiento de las identidades de género no binarias, el acercamiento más próximo a este objetivo se puede observar en el Proyecto de Ley sobre Identidad de Género (Proyecto de Ley N° 00790/2016-CR), presentado por un grupo de congresistas en 2016. Esta propuesta legislativa busca otorgar reconocimiento legal a la identidad de género libremente manifestada por las personas<sup>58</sup>. Para ello, el proyecto propone que el registro administrativo de cambio de imagen, nombre y sexo de las personas no tenga costo ni requiera de documentos médicos (como cirugías de reasignación, esterilización, terapias hormonales, entre otros) o legales (como poseer un estado civil determinado o no tener dependientes) para su procedencia<sup>59</sup>. Inspirado en legislación similar sobre identidad de género en la región americana, el proyecto también busca reconocer el derecho a la identidad de género de la niñez e, incluyendo requisitos relacionados con su representación legal, les permite acceder a dicho procedimiento<sup>60</sup>.

Esta propuesta legislativa constituye una iniciativa sin precedentes en el reconocimiento legal de la identidad de género en la legislación peruana, la cual podría, posteriormente, servir como plataforma para las demandas en el reconocimiento de identidades no binarias. Sin embargo, a pesar de que en 2021 este proyecto de ley obtuvo un dictamen favorable de la Comisión de Mujer y Familia, aún no se ha debatido su aprobación en el pleno del Congreso de la República. A partir de un análisis de los retos en el compromiso por los derechos humanos de la actual composición del Congreso de la República, no debatir este proyecto de ley protege de alguna manera que la propuesta no sea rechazada definitivamente. No obstante, al poner en pausa el ejercicio efectivo del derecho humano a la identidad de género por un mero fundamento estratégico, se envía un mensaje a las personas LGBTIQ+ de que este tema no es prioritario.

La ausencia de un reconocimiento legal de la identidad de género ha permitido resaltar la importancia del rol judicial en casos particulares, ya que el Poder Judicial se convierte en la única vía por la cual se pueden modificar marcadores en los documentos oficiales de identificación, una vez agotadas las vías administrativas correspondientes. Sobre los marcadores de nombre, el artículo 29 Código Civil peruano adopta como principio la inmutabilidad y solamente permite a las personas modificar sus nombres por motivos justificados y con autorización judicial<sup>61</sup>. Sobre los marcadores de sexo, a la fecha, no existe una vía legal o procesal definida para solicitar dicha modificación, por lo que las personas solicitantes deberán argumentar que su pedido se encuentra amparado en el Código Procesal Constitucional<sup>62</sup>. No obstante, iniciar procesos judiciales de cambio de nombre y/o sexo resulta una carga para las personas trans, quienes deben utilizar sus propios recursos económicos a fin de cubrir los gastos propios del proceso judicial y patrocinio legal.

Antes de la Opinión Consultiva OC-24/17, los casos relacionados con la modificación de marcadores de identificación de personas trans encontraban mayores obstáculos debido al desconocimiento de los estándares internacionales actuales frente a la diversidad de la identidad de género<sup>63</sup>. Entre los

---

56 Comisión Nacional contra la Discriminación, *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, p. 19, [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297521/Informe\\_CONACOD\\_Identidad\\_de\\_G%C3%A9nero.pdf?v=1552001429](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297521/Informe_CONACOD_Identidad_de_G%C3%A9nero.pdf?v=1552001429).

57 Ibid.

58 M. Glave y otros, *Proyecto de Ley N° 790/2016-CR, Proyecto de Ley de Identidad de Género*, Lima, Congreso de la República del Perú, 2016, p. 1.

59 Ibid., p. 2.

60 Ibid., p. 3.

61 Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2015, pp. 101-102.

62 Ibid.

63 No se puede desconocer la importancia de los Principios de Yogyakarta de 2006 sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, los cuales incluso son incorpora-



problemas advertidos en los procesos judiciales de cambio de nombre y/o sexo de las personas trans se encontraban criterios disímiles en las decisiones judiciales, falta de claridad sobre reglas procesales, excesiva duración de estos procesos y la exigencia de documentos o pericias psicológicas y/o psiquiátricas para probar la “disforia de género”, lo que igualmente contribuía a la patologización de la identidad<sup>64</sup>. Luego de la Opinión Consultiva OC-24/17, algunos casos encontraron justicia excepcional en primera instancia, donde mayormente se justificó a partir de un entendimiento más amplio sobre los atributos de la diversidad sexual y la identidad de género autopercibida<sup>65</sup>. No obstante, al llegar a instancias superiores, las cortes usualmente declaran infundadas dichas demandas. Así, uno de los problemas identificados es que RENIEC, que participa como parte demandada en estos casos, sostiene la obligación de apelar en los procesos de cambio de sexo<sup>66</sup>. Como una iniciativa a resaltar, se puede mencionar que la Corte Superior de Justicia de Lima ordenó expresamente a RENIEC implementar un procedimiento administrativo de acuerdo con los estándares de la Opinión Consultiva OC-24/17<sup>67</sup>. Por todo ello, las personas trans como parte demandante en procesos judiciales que buscan adecuar el nombre y/o sexo con su identidad de género autopercibida, no encuentran una solución homogénea porque la ausencia del reconocimiento legal de su identidad de género conlleva a que, en la práctica, la posibilidad de obtener justicia dependa enteramente de criterios dispares de los operadores de justicia.

Las organizaciones de defensa de derechos de personas LGBTIQ+ en el Perú, a la fecha, no han identificado un caso ante el Poder Judicial en el cual una persona no binaria solicite la modificación de sus marcadores de sexo fuera del sistema binario. No obstante, sin poseer la misma finalidad, el caso de Eidan ilustra adecuadamente los efectos perniciosos de la inexistencia de una tercera categoría en el marcador de sexo en los documentos oficiales de identificación. Dado que el registro vigente incorpora un sistema binario que encasilla los cuerpos en un sexo femenino o masculino, Eidan fue registrado al momento de su nacimiento con el sexo femenino por el personal de salud, en inobservancia de sus características intersex<sup>68</sup>. Posteriormente, un examen de cariotipo reveló que Eidan nació con testículos no descendidos y genitales que no se ajustaban a los patrones típicamente masculinos o femeninos. Eidan afirma que la asignación de sexo al nacer fue arbitraria y no le ha permitido garantizar su desarrollo individual ni social, basado en su identidad de género autopercibida<sup>69</sup>. Asimismo, la asignación femenina en su documentación oficial de identificación le impide acceder a exámenes orientados exclusivamente a personas con sexo legal masculino, aun cuando experimenta profundos dolores y el riesgo de cáncer testicular. Actualmente, Eidan busca una decisión favorable por el Tribunal Constitucional del Perú para poder cambiar los marcadores de nombre y sexo, alineando su identidad de género con su diversidad corporal, lo que le permitirá acceder al sistema de salud según sus necesidades<sup>70</sup>.

---

dos en la Opinión Consultiva OC-24/17. No obstante, la Opinión Consultiva OC-24/17 tiene un sentido de obligatoriedad mayor en la región americana, pues ha sido emitida por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretando la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

64 Defensoría del Pueblo, *Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2015, pp. 119-127.

65 Comisión Nacional contra la Discriminación, *Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú*, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, pp. 24-26, [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297521/Informe\\_CONACOD\\_Identidad\\_de\\_G%C3%A9nero.pdf?v=1552001429](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297521/Informe_CONACOD_Identidad_de_G%C3%A9nero.pdf?v=1552001429); L. Paucar, “El nombre es inmutable”: RENIEC apela fallo que otorgó derecho a la identidad a mujer trans, en *Infobae*, 2024, <https://www.infobae.com/peru/2024/02/06/el-nombre-es-inmutable-con-transfobia-reniec-apela-fallo-que-otorgo-derecho-a-la-identidad-a-mujer-trans/>.

66 Wayka.pe, *RENIEC: 172 demandas para cambiar de género y nombre en DNI a nivel nacional*, 2019, <https://wayka.pe/reniec-172-demandas-para-cambiar-de-genero-y-nombre-en-dni-a-nivel-nacional/>; Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos, *Cuerpos y resistencias que TRANSgreden la pandemia: transmaculidades y personas de género no binario AMAN en el Perú*, Washington DC, Instituto Internacional sobre Raza, Igualdad y Derechos Humanos, 2021, pp. 60-61, [https://raceandequality.org/wp-content/uploads/2021/09/FINAL\\_Cuerpos-y-resistencias-que-TRANSgreden\\_V4\\_240921.pdf](https://raceandequality.org/wp-content/uploads/2021/09/FINAL_Cuerpos-y-resistencias-que-TRANSgreden_V4_240921.pdf).

67 Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), *el Poder Judicial ordena a RENIEC que implemente un procedimiento administrativo que permita a las personas trans e intersex cambiar datos en sus DNI para que reflejen su identidad de género*, 2020, <https://promsex.org/comunicado-pj-ordena-a-reniec-procedimiento-administrativo-a-favor-de-personas-trans-e-intersex/>.

68 Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), *Eidan #MiIdentidadEnMiDNI*, <https://incidenciainternacional.promsex.org/casos/eidan/>.

69 Ibid.

70 Ibid.

## 4. Recomendaciones

Tal como podemos observar, existe un *corpus juris* relacionado con el derecho a la identidad de género. Así, el Estado peruano es institucionalmente consciente de los estándares internacionales sobre el derecho a la identidad y las obligaciones en torno al reconocimiento legal de la identidad de género de las personas trans. No obstante, el sistema binario se encuentra también presente en estas iniciativas y no ofrece una clara propuesta sobre las identidades no binarias. Con la finalidad de proponer posibles formas de abordar soluciones, esta sección incluirá los modelos de reconocimiento de identidades no binarias propuestos por Clarke: (i) Modelo de reconocimiento de una tercera categoría, que busca proveer una tercera opción -con la misma equivalencia que las opciones binarias- que refleje de una manera más adecuada a las personas que no se identifican ni como mujer ni como hombre<sup>71</sup>. (ii) Modelo de neutralidad de sexo o género, que busca eliminar reglas sostenidas en el sexo de las personas como norma general y conservar dicha clasificación solo en ciertos contextos cuando la finalidad lo justifique<sup>72</sup>. (iii) Modelo de integración a las regulaciones binarias de sexo o género, que busca una medida menos disruptiva de las estructuras binarias de clasificación al priorizar el cumplimiento de sus objetivos, pero que también implica el máximo respeto posible de la identidad no binaria en dichos procedimientos de integración<sup>73</sup>.

Primero, reiterando la importante relación entre los documentos oficiales de identificación y el derecho a la identidad de género, es relevante asegurar el reconocimiento de las personas no binarias en igualdad de condiciones con las personas cuya identidad de género se encuentre en un sistema binario, sean personas cis o trans. Por lo tanto, sería necesario actualizar e incorporar efectivamente una perspectiva de género en toda legislación peruana sobre identidad, la cual debería comprender la diferencia entre sexo e identidad de género, aplicable en los marcadores de los documentos oficiales de identificación. La decisión de diferenciar expresamente “sexo” y “género” en los documentos oficiales de identificación aún no se encuentra generalizada en la comunidad internacional y, en consecuencia, incluso los países más progresistas mantienen el marcador “sexo”. Sin embargo, sus legislaciones internas evidencian un entendimiento generalizado y adecuado sobre las terminologías en los procedimientos disponibles para cambiar marcadores de “género” a partir de la autodeterminación<sup>74</sup>.

Segundo, con una base sólida en el entendimiento estatal sobre diversidad sexual en el Perú, es relevante repensar qué información debe ser incluida en los documentos oficiales de identificación, específicamente en el documento nacional de identidad (DNI) y el acta de nacimiento. Así, el modelo de neutralidad de sexo o género invita a cuestionar si los marcadores de sexo o género pueden ser removidos del DNI. Una de las críticas a esta postura es que suprimir marcadores indispensables en la identificación puede poner en riesgo la recopilación de datos que el Estado necesita para diseñar políticas públicas de igualdad, lo que podría resultar contradictorio a la propia idea de reconocer en igualdad las identidades no binarias<sup>75</sup>. Sin embargo, lo que se propone es justificar la necesidad de contar con signos distintivos mínimos en los documentos visibles y recurrir solamente a indicaciones de sexo o género cuando sea estrictamente necesario. De igual forma, si la información indispensable para el diseño de políticas públicas ya se encuentra en un sistema digital y es accesible públicamente a todas las personas ciudadanas en el Perú, entonces sería válido replantear si todos los marcadores contenidos actualmente en el DNI -que reflejan el lado visible del derecho a la identidad- encuentran justificación. A modo de ejemplo, Alemania ha optado por suprimir el marcador de “sexo” en su documento nacional de identificación<sup>76</sup>, mientras que los Países Bajos han adoptado medidas destinadas a seguir la misma medida para los próximos años<sup>77</sup>. En la misma medida, el Comisario de Derechos Humanos ha recomendado a los Estados miembros del Consejo de Europa considerar la proporcionalidad de requerir marcadores de

71 J. Clarke, *They, Them, and Theirs*, Harvard Law Review, vol. 132, 2019, pp. 937-940.

72 Ibid., pp. 940-945.

73 Ibid., p. 945.

74 Your Europe, *Rules on gender change*, [https://europa.eu/youreurope/citizens/residence/documents-formalities/legal-gender-recognition/index\\_en.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/residence/documents-formalities/legal-gender-recognition/index_en.htm).

75 J. Clarke, *They, Them, and Theirs*, Harvard Law Review, vol. 132, 2019, pp. 952-954.

76 Consejo de Europa, *Human Rights and Gender Identity and Expression, Issue Paper*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2024, p. 38 <https://rm.coe.int/issue-paper-on-human-rights-and-gender-identity-and-expression-by-dunj/1680aed541>.

77 N. Ghoshal y K. Knight, *Netherlands Sees No Role for Gender Marker on ID Documents*, en *Human Rights Watch*, 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/07/08/netherlands-sees-no-role-gender-marker-id-documents>.

género en documentos oficiales de identificación<sup>78</sup>. Encontrando similitudes con otros marcadores, en el Perú, RENIEC posee información sobre el grado de instrucción de las personas peruanas en su base de datos<sup>79</sup>, pero esta información no aparece en el DNI, ya que la diferenciación de personas según su grado de instrucción vulnera el principio de igualdad y, por lo tanto, no se justifica bajo ninguna política pública vigente<sup>80</sup>. Una muestra exitosa en el replanteamiento sobre los marcadores de identificación ocurrió en 1984 cuando el Estado peruano decidió suprimir “color de piel” (antes denominado “raza”) como información a consignar en la libreta electoral (documento oficial de identificación previo al DNI), basado en políticas públicas que prohíben la discriminación por raza o etnicidad en el país<sup>81</sup>.

Tercero, si bien la propuesta de suprimir el marcador de sexo o género en el DNI resulta altamente debatible, el replanteamiento de la misma existencia dichos marcadores en el acta de nacimiento podría ser aún más controversial, pero no imposible de considerar. Por ejemplo, antes, las partidas de nacimiento en el Perú incluían marcadores como “raza”, “condición de hijo/a ilegítimo/a” o “legítimo/a” y “profesión” de padre y madre. Adoptando la inmutabilidad como principio en la información plasmada en las partidas de nacimiento, esta situación marcaba el estancamiento registral de las personas en un determinado momento de su vida. Actualmente, el acta de nacimiento (que ha reemplazado la partida de nacimiento) ya no incluye estas categorías. Por ejemplo, con la entrada en vigor del Código Civil de 1984, el Estado peruano reconoció la igualdad entre hijos/as matrimoniales y extramatrimoniales y, en consecuencia, prohibió constitucionalmente toda mención del estado civil de padres/madres y la naturaleza de la filiación en documentos oficiales de identificación<sup>82</sup>. Finalmente, una situación que ya resulta criticable -tomando en cuenta la existencia de familias diversas en el Perú- es la necesidad de incorporar únicamente el domicilio de la madre en el acta de nacimiento. Es decir, la inscripción de nacimientos necesita contar con al menos una madre<sup>83</sup> y excluye tácitamente a inscripciones asumidas por un padre, dos padres o personas no binarias.

Cuarto, considerando los posibles retos en adoptar el modelo de neutralidad de sexo o género en el Perú en este momento, es preferible recomendar el modelo de reconocimiento de una tercera categoría como una etapa mínima de la garantía legal de identidades no binarias. Este modelo también es criticado, ya que, como se mencionó al inicio del presente estudio, las categorías fijas en torno a la diversidad sexual pueden acentuar los estereotipos e incluso dar paso a la discusión sobre la pertenencia a distintas categorías. Por ejemplo, los constantes cuestionamientos prácticos en las políticas norteamericanas de inclusión racial en ámbitos educativos, laborales, entre otros, abordan la problemática en la adopción de criterios que versan sobre la identidad racial de las personas<sup>84</sup>. No obstante, incluir una tercera categoría en los marcadores de sexo o género no solo es atractivo porque sitúa a las identidades no binarias en igualdad a las identidades binarias, sino porque además posibilita que las personas no binarias sean reconocidas por ley, lo que implica, por ejemplo, el respeto por sus pronombres en instituciones públicas y privadas, el acceso a servicios de salud especializados, entre otros. Las diferentes experiencias de países que ya incorporan categorías “X”, “indeterminado”, “no específico”, “en blanco” u “otros” dan cabida, igualmente, a un debate contemporáneo desde los grupos de defensores de derechos humanos sobre la nomenclatura ideal de las terceras categorías<sup>85</sup>. Así, este estudio no pretende imponer la terminología

78 Consejo de Europa, *Human Rights and Intersex People, Issue Paper*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2017, p. 9, <https://rm.coe.int/16806da5d4>.

79 Cabe recalcar que esta información es pública y, por lo tanto, puede ser facilitada a cualquier persona a través del Certificado de Inscripción de RENIEC.

80 En los años 30, el derecho al voto en el Perú se encontraba reconocido únicamente para los hombres mayores de 21 años “letrados”, es decir, con educación que le permitiese leer. Esta distinción les confería una libreta electoral diferente a la de aquellas personas “no letradas”. Esta medida, aun cuando vulnera el principio de igualdad, ejemplifica una necesidad de hacer visible la distinción en aspectos educativos de las personas en documentos oficiales de identificación.

81 G. Williams, *Inclusión de información de etnia o raza en documento de identidad. Regulación en Bolivia y experiencia peruana*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2020, p. 3, [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/29403/4/BCN\\_documento\\_identidad\\_comparado\\_\\_Vf.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/29403/4/BCN_documento_identidad_comparado__Vf.pdf).

82 Esta disposición se encuentra en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú.

83 La decisión de incorporar únicamente el domicilio de la madre en el acta de nacimiento permite poner en práctica el artículo 21 del Código Civil. Sin embargo, esta provisión no está exenta de críticas y el Tribunal Constitucional la declaró inaplicable en el caso de Ricardo Morán, que trata sobre la inscripción del nacimiento de dos hijos asumida por únicamente por su padre. Al respecto, se recomienda ver la sentencia del Expediente N.º 00882-2023-PA/TC.

84 J. Clarke, *They, Them, and Theirs*, Harvard Law Review, vol. 132, 2019, p. 931.

85 Intersex Human Rights Australia (OII Australia), *Submission to the Australian Human Rights Commission: Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Rights Snapshot Report*, 2015, p. 15, <https://ihra.org.au/wp-content/uploads/2015/01/>

más adecuada, sino busca sostener que el Estado peruano debe trabajar con los grupos involucrados para procurar la categoría que incorpore una satisfacción mayoritaria. Como sostienen Valega y Cabello, la creación de categorías en los procesos de identificación de las personas se vinculan con un ejercicio de poder y, por ello, solo un enfoque interseccional permite examinar situaciones convergentes de subordinación en individuos<sup>86</sup>. Por ello, durante todo el proceso de formulación de políticas públicas, el Estado peruano debe asimismo realizar encuentros participativos de intercambio efectivos que permita a estos grupos compartir sus experiencias y demandas específicas<sup>87</sup>. Por su parte, esta investigación sostiene que la inclusión de una tercera categoría en los marcadores de sexo podría beneficiar a las personas intersex, y la inclusión de una tercera categoría en los marcadores de género podría beneficiar a las personas no binarias. Asimismo, si se contara con un reconocimiento legal de una tercera categoría en estos marcadores, toda la normativa peruana –especialmente en derecho civil, laboral y penal– debería incorporar esta categoría y replantear en cada caso normativo específico la necesidad de todavía contar con categorías binarias en sexo o género.

Finalmente, a pesar de un creciente entendimiento de la diversidad sexual en el Perú en las últimas décadas, en su mayoría resultado del activismo en litigios, se evidencia que aún hoy emergen situaciones que ponen en riesgo cualquier posibilidad de reconocimiento legal de identidades trans y de género diverso en el país. Por un lado, en 2017, el Ministerio de Educación del Perú presentó el Currículo Nacional de Educación Básica (CNEB) que incorporó un enfoque de igualdad de género en la educación básica regular. A raíz de esto, colectivos conservadores alzaron su voz en protesta, específicamente en la sección donde se señala que “[s]i bien aquello que consideramos ‘femenino’ o ‘masculino’ se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día en nuestras interacciones”, argumentando que esta inclusión constituye una “ideología de género”<sup>88</sup>. Entonces, estos grupos iniciaron un proceso judicial de acción popular contra el Ministerio de Educación para declarar inconstitucional la resolución ministerial que aprobó el CNEB. Si bien en primera instancia la demanda fue declarada fundada en parte, en 2019 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema del Poder Judicial declaró infundada dicha demanda en todos sus extremos<sup>89</sup>. A partir de ello, un grupo de congresistas promovió el Proyecto de Ley N° 904-2021-CR, con miras a incorporar a padres y madres en la elaboración de materiales y recursos educativos en el Perú. A pesar de un rechazo institucional de la Defensoría del Pueblo<sup>90</sup> por su atentado contra cuestiones de género y educación sexual integral, el Congreso de la República aprobó dicha propuesta legislativa con 88 voto a favor, 17 en contra y 13 abstenciones<sup>91</sup>. Consecuentemente, se publicó la Ley N° 31498 - Ley que impulsa la calidad de los materiales y recursos educativos en el Perú, la misma que aún hoy genera críticas por permitir observaciones basadas en convicciones morales y religiosas al contenido de los materiales educativos en nivel inicial, primario y secundario<sup>92</sup>. Por otro lado, en mayo de 2024, el Ministerio de Salud del Perú aprobó una modificación a su Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS). En este documento, siguiendo expresamente un diagnóstico basado en la CIE-10, el transexualismo, el travestismo de rol dual, el trastorno de la identidad de género en la niñez y otros trastornos de la identidad de género son considerados como problemas de salud mental<sup>93</sup>. Tras generar múltiples críticas y preocupaciones de

---

OII-Australia-SOGII-Submission-2015.pdf.

86 C. Valega y A. Cabello, *La importancia de pensar más allá de las categorías de identidad: ¿Por qué y cómo aplicar un enfoque interseccional en las políticas públicas que promueven la igualdad?*, en *Derechos Humanos y vulnerabilidades. Perspectivas latinoamericanas*, R. Bregaglio y A. D'Ávila (ed.), Lima, Ius et Veritas, 2024, pp. 24-32.

87 Ibid., pp. 47-49.

88 Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), *Currículo Escolar*, <https://incidenciainternacional.promsex.org/casos/curriculo-escolar/>.

89 Poder Judicial del Perú, *Corte Suprema declara infundada demanda contra enfoque de género en currículo escolar*, en *Justicia TV*, 2019, <https://justiciatv.pj.gob.pe/corte-suprema-declara-infundada-demanda-contra-enfoque-de-genero-en-curriculo-escolar/>.

90 Defensoría del Pueblo, *Congreso debe archivar proyecto de ley que condiciona publicación de materiales educativos al consentimiento previo de padres y madres*, 2022, <https://www.defensoria.gob.pe/congreso-debe-archivar-proyecto-de-ley-que-condiciona-publicacion-de-materiales-educativos-al-consentimiento-previo-de-padres-y-madres/>.

91 El Comercio, *Congreso aprueba ley que afecta el enfoque de género y educación sexual en colegios*, 2022, <https://elcomercio.pe/lima/congreso-aprueba-ley-que-afecta-el-enfoque-de-genero-y-educacion-sexual-en-colegios-video-minedu-rmmn-noticia/>.

92 C. Gonzáles, *El Perú amenaza la educación sobre derechos humanos adquiridos*, en *Ojo Público*, 2023, <https://ojo-publico.com/4231/el-peru-amenaza-la-educacion-sobre-derechos-humanos>.

93 Ministerio de Salud, *Decreto Supremo N. 009-2024-SA, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N 023-2021-SA, que aprueba la actualización del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud - PEAS*, 16 de mayo de 2024.



organizaciones defensoras de derechos humanos a nivel nacional e internacional, el Ministerio de Salud emitió un comunicado señalando que, para el Estado peruano, las identidades trans no son enfermedades ni trastornos, pero que se decidió tomar esta consideración con miras a garantizar una cobertura completa en salud mental<sup>94</sup>. Asimismo, indicó que en el Perú la clasificación CIE-10 aún se mantiene vigente, pues la implementación de la CIE-11 se está llevando a cabo de manera progresiva<sup>95</sup>. Finalmente, a fines de junio de 2024, reafirmando su respeto a la dignidad de la persona humana, el Ministerio de Salud dispuso el cese del uso de las terminologías antes precisadas en todas las instituciones prestadores de servicios de salud, en instituciones administradoras de fondo de aseguramiento en salud y en actividades de atención a usuarios de salud<sup>96</sup>. Estos ejemplos recientes ponen de manifiesto la falta de un diálogo multisectorial en el Estado peruano en torno al reconocimiento de la diversidad sexual en el Perú y, a su vez, destacan la importancia de la sociedad civil, los grupos defensores de derechos humanos y los activistas en su observancia del cumplimiento estatal de estándares internacionales sobre el derecho a la identidad.

## 5. Reflexiones finales

Existe, pues, un marco teórico y legal relacionado con el derecho a las identidades trans y de género diverso. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce, asimismo, el derecho a la identidad de género a partir de la autopercepción de las personas. En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la producción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido fundamental para consolidar el reconocimiento legal de las identidades trans en la región andina. No obstante, en el Perú, la ausencia de una Ley de Identidad de Género genera problemas vigentes en la modificación de marcadores de nombre y sexo de las personas trans en sus documentos oficiales de identificación. Existe data oficial sobre personas identificadas como no binarias en Perú y, sin embargo, las pocas y dispersas iniciativas estatales en torno a la identidad de género solamente incorporan un sistema binario de sexo o género. A partir de ello, aunque se pueda considerar como un escenario ideal la adopción de un modelo de neutralidad de sexo o género en las políticas públicas, es de la consideración de este estudio que el Estado peruano, como mínimo, debe optar por un modelo de reconocimiento de una tercera categoría en los documentos oficiales de identificación.

94 C. Gonzáles, *Perú da marcha atrás a referencias antitrans en el sistema de salud*, en *Human Rights Watch*, 2024, <https://www.hrw.org/es/news/2024/06/27/peru-da-marcha-atras-referencias-antitrans-en-el-sistema-de-salud>.

95 Ministerio de Salud, *Comunicado oficial de prensa N. 014-2024*, 2024, <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/952417-comunicado-oficial-de-prensa-n-014-2024>.

96 Ministerio de Salud, *MINSA dispone cese del uso del término transexualismo en el capítulo de Trastornos Mentales y del Comportamiento de la CIE-10*, 2024, <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/977793-minsa-dispone-cese-del-uso-del-termino-transexualismo-en-el-capitulo-de-trastornos-mentales-y-del-comportamiento-de-la-cie-10>.

Oscar Davies\*

# Language as a Cage and a Tool: Drafting Non-Binary into UK Legislation

## Summary

1. Introduction and definitions. – 2. Language as a cage and a tool. – 3. Gender binary as fallacy. – 4. Law at present in the UK. – 5. Drafting non-binary into UK legislation. – 6. Conclusions.

## Abstract

Questo articolo considera come la legge e la legislazione del Regno Unito possano essere riconcettualizzate in una maniera più inclusiva che aiuti tutte le identità di genere, non solo alcune. L'articolo esplora percorsi per incorporare protezioni per identità non binarie come l'aggiunta di un terzo genere, la "de-certificazione", o una graduale riforma legale tramite "legge lenta" per garantire un trattamento equo e la non discriminazione per tutte le identità di genere all'interno del sistema legale britannico. L'articolo fornisce alcune idee di stesura su come la legislazione attuale possa essere modificata per essere più inclusiva di tutte le identità di genere. Nell'articolo si discute la necessità per l'immediato inserimento delle protezioni per persone di identità non binaria nella legislazione del Regno Unito. Non è sufficiente infatti che le persone di identità non binaria siano protette dalla giurisprudenza, poiché anche in una giurisdizione di common law, tale protezione è fragile. La mancanza di riconoscimento dell'esistenza di molteplici identità di genere rende il sistema legale del Regno Unito intrinsecamente prevenuto nei confronti di qualsiasi persona che esista al di fuori del tradizionale binario di genere.

*This article considers how UK law and legislation could be reconceptualised in a more inclusive way that helps all genders, not just some. The article explores pathways to incorporating non-binary protections such as adding a third gender, 'decertification', or gradual legal reform via 'slow law', to ensure equitable treatment and non-discrimination for all genders within the British legal system. Drafting ideas are provided for policy makers in terms of how the current legislation can be amended to better include people of all genders. It is argued here that non-binary protections must be written into UK legislation, now. It is not enough for them to be protected in case law, as even in a common law jurisdiction, such protection is fragile. This lack of recognition makes the UK's legal system inherently prejudiced against any person who exists outside of the traditional gender binary.*

## 1. Introduction and definitions

Putting an identity into words presents challenges. But how can the law, being defined by language, exact meaning and strict application, understand and explain something as multifaceted as non-binary identity?

Non-binary is a gender identity that refers to people whose gender cannot be defined within the margins of the gender binary. Whilst Cambridge Dictionary calls it 'having a gender identity that is not

\* Barrister of England and Wales, BA (Hons), GDL, BPTC LLM, first publicly recognised non-binary barrister in the UK. This paper passed a double blind peer review.



simply male or female'<sup>1</sup> and Oxford English Dictionary states 'choosing not to be identified as either male or female'<sup>2</sup>, I would argue that is not quite right, as it conflates sex (male/female) with gender (man/woman) which is not necessarily helpful.

The term 'non-binary' is used both as an umbrella term and a gender identity label to refer to people whose gender does not fall within the binary categories of man and woman<sup>3</sup>. It is important to acknowledge that being non-binary is not a new phenomenon as non-binary people have been recognised throughout history in many cultures, albeit in different names<sup>4</sup>. There are several different identity labels and experiences that fall under the non-binary umbrella, such as genderfluid, agender, neutrois, genderless, and non-gendered. Non-binary is also generally understood as a subset of the broad 'trans'<sup>5</sup> umbrella.

'Trans' or 'transgender' is a broad term which covers different situations, including people who reject traditional gender categories and identify as neither women nor men (non-binary, "NB" or "enby") and people whose gender identity differs from their sex assigned at birth, but who are not outside the male/female gender binary (i.e. binary trans men and trans women). In a recent US study<sup>6</sup>, non-binary people made up approximately one third of the broader trans community. Yet most research on trans populations focuses on the experiences of binary trans people (i.e. trans men and trans women)<sup>7</sup>.

Some non-binary people do not consider themselves trans, as they may consider that trans is more likely to refer to e.g. a binary trans man or a trans woman. Individuals who are non-binary will have different experiences of their gender identity depending on their gender expression<sup>8</sup>. Some may draw less attention when walking down the street, adopting more normative modes of dress. Others may be harder to miss. Each is as non-binary as the other, though those presenting in a more gender non-conforming way are likely to face higher levels of harassment<sup>9</sup>. Typically, due to socio-linguistic factors such as expanded vocabularies for gender identity/expression, a higher proportion of young people now identify as non-binary<sup>10</sup>.

'Gender critical' is defined by the Cambridge dictionary as "*believing that sex is a fact of biology that cannot be changed, and doubting the idea of gender identity (= a person's feeling of being male, female, or another identity, especially when this is different from the sex they were said to have at birth)*". However, the term denotes, less a critical approach to gender, and more an emphasis on claiming 'biologically defined' notions of femaleness and womanhood over gender identity and social concepts of gender<sup>11</sup>.

In addition to attacking trans people's right to access public toilets in line with their sex/gender presentation, 'gender critical' feminists have criticised social developments such as LGBTIQ-inclusive school education and positive media representations of trans people<sup>12</sup>. Increasingly, they argue that

- 
- 1 Cambridge Dictionary, 'non-binary', <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/non-binary>.
  - 2 Oxford English Dictionary, 'non-binary', [https://www.oed.com/dictionary/non-binary\\_adj?tl=true](https://www.oed.com/dictionary/non-binary_adj?tl=true).
  - 3 E. Matsuno, A. Webb, H. Hashtpari, S. Budge, M. Krishnan, & K. Balsam. *Nonbinary fact sheet*, American Psychological Association, 2021, <https://www.apadivisions.org/division-44/resources/nonbinary-fact-sheet.pdf>.
  - 4 N. Thorne, AK-T. Yip, W.P. Bouman, E. Marshall, J. Arcelus, *The terminology of identities between, outside and beyond the gender binary – a systematic review*, International Journal of Transgenderism, 2019, n. 20, pp. 138-154.
  - 5 Oxford English Dictionary, "Originally: designating a transsexual or transvestite person. Now usually: designating a transgender person. See also trans man n., trans person n., trans woman n. Although still sometimes intended to be understood as an abbreviation of transsexual, transgender, etc., later use of trans now often implies a desire to include any or all non-conventional gender identities while avoiding more specific categorizations (cf. trans\* adj. and note at transgender adj. A.1).", [https://www.oed.com/dictionary/trans\\_adj](https://www.oed.com/dictionary/trans_adj).
  - 6 E. Matsuno, N. L. Bricker, E. N., Collazo, R. Mohr Jr., & K. F. Balsam, *The default is just going to be getting misgendered: Minority stress experiences among nonbinary adults*, Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity, 2024, 11(2), 202–214. <https://doi.org/10.1037/sgd0000607>.
  - 7 *Ibid.*, p.202
  - 8 Cambridge Dictionary, 'the way in which people show their gender identity, especially in the way they dress and behave: Gender expression is the way we show our gender to the world around us. Residents of all gender identities and gender expressions deserve to feel safe in our community.', <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/gender-expression>.
  - 9 Human Rights Campaign Foundation, *The Epidemic of Violence Against the Transgender and Gender Non-Conforming Community in the United States*, November 2023, <https://reports.hrc.org/an-epidemic-of-violence-2023>; A.R. Gordon, I.H. Meyer, *Gender nonconformity as a target of prejudice, discrimination, and violence against LGB individuals*, J LGBT Health Res. 2007;3(3):55-71.
  - 10 S. Monro, *Non-binary and genderqueer: An overview of the field*, Int J Transgend, 2019 Jan 21; 20(2-3), p.126.
  - 11 R. Pearce, S. Erikainen, & B. Vincent, *TERF Wars: An Introduction*, The Sociological Review Monographs, 2020, 68(4), pp. 677–698.
  - 12 *Ibid.*, p.681.

such developments result from what they call ‘gender ideology’, a term originating in anti-feminist and anti-trans discourses among right-wing Christians, with the Catholic Church acting as a major nucleating agent<sup>13</sup>. The Council of Europe has recently condemned the use of the term ‘gender ideology’ as a mischaracterisation, falsely relegating transgender identity to a belief system, and falsely portraying trans rights as conflicting with women’s and children’s rights<sup>14</sup>.

‘Gender critical’ beliefs have been the subject of much litigation in the UK<sup>15</sup>, which I argue elsewhere is slowly but surely eroding the rights of trans and non-binary people.<sup>16</sup> ‘Gender critical’ beliefs tend to invalidate non-binary identities either directly or as a corollary of their strict understanding of sex or gender as binary<sup>17</sup>.

Whilst non-binary identity may seem ungraspable to some, it has a material reality to many. Indeed, the 2021 census recorded more than 30,000 non-binary people in the UK<sup>18</sup>. The figure is likely to be greater given that a 2018 survey showed that 76% of non-binary people in the UK avoided expressing their gender identity due to fear of negative reactions (Government Equalities Office, 2018)<sup>19</sup>.

At present in the UK, non-binary people are not recognised by legislation. In this article, I suggest ways that the current law could be redrafted to make it more inclusive for non-binary people and that this must be written into UK legislation now. I consider too how we might reconceptualise the law in a more inclusive way that helps *all* genders, not just some. Not only does the gender binary bind us all in different ways, but it also frames the law as we know it. The UK should look to other countries that already have non-binary recognition in some format: there has been no constitutional crisis or a collapse of systems in those countries, which amounts to 18 at the time of writing<sup>20</sup> (these now include the US, New Zealand, Canada, Mexico, Argentina).

Non-binary discrimination is not illusory. In 2021, Galop’s Hate Crime Report revealed that 64% of trans and non-binary people have experienced verbal abuse in public, with many also reporting incidents of physical violence<sup>21</sup>. The absence of legal recognition for non-binary identities further entrenches discrimination. Current UK laws do not allow non-binary people to have their gender accurately represented on official documents, forcing them to conform to binary categories that do not reflect their identities. This lack of recognition extends to organisational policies, which frequently exclude non-binary options, leaving individuals to navigate systems that erase their existence<sup>22</sup>.

13 *Ibid.*, p.681.

14 Council of Europe, Resolution 2417 (2022), “5. The Assembly condemns the highly prejudicial anti-gender, gender-critical and anti-trans narratives which reduce the struggle for the equality of LGBTI people to what these movements deliberately mis-characterise as “gender ideology” or “LGBTI ideology”. Such narratives deny the very existence of LGBTI people, de-humanise them and often falsely portray their rights as being in conflict with women’s and children’s rights, or societal and family values in general. All of these are deeply damaging to LGBTI people, while also harming women’s and children’s rights and social cohesion.”, see further <https://pace.coe.int/en/files/29712/html>.

15 See for example *Forstater v CGD Europe and Others* [2021] UKEAT/0105/20/JOJ: Maya Forstater, a researcher, was not offered a renewal of her consultancy contract due to her gender-critical beliefs. The Employment Appeal Tribunal ruled that her beliefs were protected under the Equality Act, though it clarified that this did not permit harassment or misgendering. *Bailey v Stonewall Equality Ltd, Garden Court Chambers and Others* [2022] ET Case No 2202172/2020: Allison Bailey, a barrister, claimed that her chambers had discriminated against her due to her gender-critical beliefs, influenced by Stonewall’s actions. The tribunal upheld some of her claims against her chambers but rejected those against Stonewall.

16 See O. Davies, *Gender critical cases: making bad law?*, New Law Journal, 26 April 2024.

17 See for example *Mackereth v Department of Work and Pensions (DWP)* [2022] EAT 99: Dr. David Mackereth, a doctor, had beliefs that “God made humans “male and female”. That leaves no scope for any other sex or gender. This is completely inconsistent with the theory of ‘gender fluidity’. c. God’s creation was perfect or “very good” (Genesis 1:31). When God made mankind perfect, he made them male and female.” (para. 13). He refused to use preferred pronouns of transgender individuals based on his Christian beliefs. While his beliefs were found to be protected, the tribunal ruled that his refusal to comply with workplace policies was not.

18 Office for National Statistics, *First census estimates on gender identity and sexual orientation*, 1 October 2024, <https://www.ons.gov.uk/news/news/firstcensusestimateongenderidentityandsexualorientation>; see also on self-identity and stigma related to misclassification: K.A. McLemore, *Experiences with Misgendering: Identity Misclassification of Transgender Spectrum Individuals*, in *Self and Identity*, 2015, n. 14, vol. 1, pp. 51-74.

19 Government Equalities Office, *National LGBT survey: Research report*, 2018, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/721704/LGBT-survey-research-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/721704/LGBT-survey-research-report.pdf).

20 Equaldex, *Legal recognition of non-binary gender’ map*, 3 October 2024, <https://www.equaldex.com/issue/non-binary-gender-recognition>.

21 Galop, *Hate Crime Report*, 2021, <https://galop.org.uk/resource/hate-crime-report-2021/>, p.7.

22 See further B. Vincent, *Non-Binary Lives: An Anthology of Intersecting Identities*, Jessica Kingsley Publishers, 2020.

In a recent important qualitative US study “*The Default Is Just Going to Be Getting Misgendered*”: *Minority Stress Experiences Among Nonbinary Adults*<sup>23</sup>, stressors specific to non-binary people were identified. Participants discussed both severe stressors that were typically infrequent as well as daily stressors that were more subtle. The more severe stressors identified were discrimination, rejection, and harassment/violence and the daily stressors identified were binary normativity, interpersonal invalidation, misgendering, and burdening (‘burdening’ being when others put the emotional/ mental labour onto a non-binary person to explain their identity).<sup>24</sup> Meanwhile, internal stressors included internalised stigma, anticipated rejection, and concealment, which in turn contribute to negative mental health outcomes among cisgender sexual minorities.<sup>25</sup> Whereas there is societal pressure for binary trans individuals to prove to others that they are the gender they identify as (man or woman), non-binary individuals face additional pressure to also prove that their gender identity is real<sup>26</sup>.

Non-binary participants described experiencing discrimination in several settings including medical settings, public accommodations (e.g., bathrooms), employment settings, and with security and police. Within the context of receiving gender-affirming medical care, participants reported their non-binary identity was sometimes a barrier to receiving letters of support from mental health providers and receiving insurance coverage for gender-affirming procedures<sup>27</sup>.

Some participants reported extreme forms of harassment, such as experiencing sexual harassment and physical violence. Many of the participants who reported such experiences were trans feminine and/or BIPOC<sup>28</sup>. Experiences of sexual and physical assault were extremely distressing and appeared to have long-term impacts on participants<sup>29</sup>. Participants also discussed harassment experiences, such as when others intentionally misgendered them as a method of invalidating their gender or trying to cause harm. An earlier study found that identity invalidation was a prominent theme in a qualitative study about stressful experiences among non-binary youth<sup>30</sup>. Non-binary students face significant challenges in educational settings, where bullying and erasure are commonplace. Non-binary people are frequently disbelieved by their trans and cis peers, and unsurprisingly frequently question whether they are or look ‘non-binary enough’<sup>31</sup>.

Policy makers in the UK must interrogate the language of drafting and legislation such that it includes all genders, and allowing us to move forward in a more equitable fashion. New protections must be put in place for people existing outside of the gender binary. Why? Non-binary people cannot attain justice when we face violence because of our gender identity<sup>32</sup>; we cannot travel using our correct gender<sup>33</sup>; and cannot marry without effectively being forced to lie on paper<sup>34</sup>.

I look at the ways we can implement recognition, whether it is adding a third gender, ‘decertification’, or change through ‘slow law’, or even removal of sex and gender altogether. There must be a way through that permits anyone outside of the gender binary to have access to the same basic human rights as others.

I provide drafting ideas that will hopefully be taken on board by legislators and policy makers who so far seem apathetic to the idea of non-binary people being legally recognised in the UK.

23 E. Matsuno, N. L. Bricker, E. N., Collazo, R. Mohr Jr., K. F. Balsam, *ivi*.

24 *Ibid.* p.201, p. 206.

25 *Ibid.* p.203.

26 *Ibid.* p.203.

27 *Ibid.* p.206.

28 ‘Black, Indigenous, and People of Colour’.

29 E. Matsuno, N. L. Bricker, E. N., Collazo, R. Mohr Jr., & K. F. Balsam, *ivi*, p.207.

30 K.C. Johnson, A.J. LeBlanc, J. Deardorff, & W.O. Bockting, *Invalidation experiences among nonbinary adolescents*, *Journal of Sex Research*, 2020, 57(2), 222–233. <https://doi.org/10.1080/00224499.2019.1608422>.

31 E. Matsuno, N. L. Bricker, E. N., Collazo, R. Mohr Jr., & K. F. Balsam, 2024, *ivi*, p.211.

32 Human Rights Campaign, *Honouring Nex Benedict*, 2 October 2024, <https://www.hrc.org/news/honoring-nex-benedict-16-year-old-non-binary-high-school-student-who-tragically-died-after-school-beating>.

33 *R (on the application of Elan-Cane) v Secretary of State for the Home Department* [2021] UKSC 56, [2021] All ER (D) 53 (Dec).

34 The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 legalised same-sex marriage in England and Wales but maintains a binary understanding of gender.

## 1.1. Gendered terminology in law

In many English-speaking countries, legal language has historically used gendered terminology, often referring to individuals using gender-specific pronouns (he/him for males, she/her for females) and other gendered terms (e.g., ‘chairman’ instead of ‘chairperson’ or simply ‘chair’). This gendered language reflects societal norms and conventions at the time the legislation was drafted. For a long time, English statute has used ‘he’ as default. Whilst legislation often refers to ‘he’ as replaceable with ‘she’, this still uses the male pronoun as the default, which favours male as the norm, and excludes all other genders.

In recent years, however, there has been a growing recognition of the importance of using inclusive and non-discriminatory language in legislation and other official documents. Efforts have been made to update legal language to be gender-neutral and inclusive. From 2008 to 2018 a quantitative study showed a dramatic decrease in the use of ‘he’ in new legislation<sup>35</sup>.

The Drafting Guidance 2018 issued by the UK Office of the Parliamentary Counsel states that “It is government policy that primary legislation should be drafted in a way that avoids reinforcing gender stereotypes”<sup>36</sup>. It states that in practice, that means avoiding ‘he’ as default, and avoiding nouns such as ‘chairman’. The Drafting Guidance suggests three techniques to avoid sex-specific pronouns. First, the noun can be repeated, using ‘P’ or ‘person’<sup>37</sup>. This is a simple workaround that is gender-neutral but allows the legislation to work effectively, excluding no-one. Second, change the pronoun to ‘they’: “In common parlance, “they” is often used in relation to a singular antecedent which could refer to a person of either sex.”<sup>38</sup> It also notes that whilst ‘he or she’ has sometimes been used in legislation to refer to individuals, “it is best avoided”<sup>39</sup>. The third technique is to rephrase to avoid the need for a pronoun or noun, for example using the passive, or ‘who’ instead of ‘if he’<sup>40</sup>.

Gender-neutral legislative drafting has contributed to a reduction in the direct legal consequences associated with being categorised as either a man or a woman, suggesting an ostensibly progressive step towards equality. The removal of certain legal barriers and disadvantages historically faced by women is an advancement that promotes fairness for all. However, there is a risk that gender-neutral laws may inadvertently obscure persistent social inequalities and the specific harms faced by marginalised groups, particularly concerning issues such as poverty, workplace discrimination, violence, exclusion, and entrenched gender stereotypes.

Despite gender-neutral reforms, certain laws continue to hinge on distinctions between sex and gender. For example, provisions governing same-sex versus different-sex marriage still reflect binary gender assumptions. The Gender Recognition Act allows a trans person to change their legal sex with a Gender Recognition Certificate. More frequently, the law’s support for gender-based distinctions is subtle yet pervasive. Employers, for instance, may maintain gendered dress codes, and the structure of the school day implicitly relies on the availability of a caregiver – often presumed to be a woman – to collect and care for children. In certain cases, the law overtly endorses gender-based measures aimed at addressing historical inequalities, such as political parties’ ability to implement all-women shortlists for parliamentary candidates, as permitted under section 104 of the Equality Act 2010.

35 G.A. Pennisi, *Stability and change in legislative drafting techniques in the UK legislation: a recent debate on gender-neutral language*, in K. Ackerley et al., eds., *Thinking out of the Box in English Linguistics, Language Teaching, Translation and Terminology*, 2023, Padova University Press, p.196.

36 UK Office of the Parliamentary Counsel, *Drafting Guidance 2018*, <https://www.gov.uk/government/publications/drafting-bills-for-parliament>.

37 See for example section 4(2) Public Order Act 2023, “Without prejudice to the generality of subsection (2), a person (“P”) is to be treated as having a reasonable excuse for the purposes of that subsection if P’s presence in the tunnel was authorised by a person with an interest in land which entitled them to authorise P’s presence there.”

38 *Ibid.*, p.9, para. 2.1.12. See also commentary on singular use of they: “Whether this popular usage is correct or not is perhaps a matter of dispute. OED (2nd ed, 1989) records the usage without comment; SOED (5th ed, 2002) notes “considered erron. by some”. It is certainly well-precedented in respectable literature over several centuries. In a House of Lords debate in 20134 a number of peers expressed concern about the use of “they” as a singular pronoun.” *Ibid.*, p.2.1.3.

39 *Ibid.*, p.9 para. 2.1.18.

40 *Ibid.*, p.9 para. 2.1.19.



## 2. Language as a cage and a tool<sup>41</sup>

Language is slippery and imperfect. To communicate clearly, however, we must be as precise in our speech as possible. In law, everything is categorised. But putting an identity into words presents challenges. I argue that language can be a cage that reinforces the gender binary if it is used without reflection, but it can also be a tool to deconstruct the binary, if used conscientiously.

What is ‘non-binary’ and why does it matter? For many, being non-binary represents a wholesale rejection of gender as we are taught to see it and of binaristic thinking. I set out some matters of linguistic importance here, though note they are constantly evolving as society changes over time<sup>42</sup>. I use non-binary as an adjective but also as a noun as a shorthand for non-binary identity or non-binary people.

Whilst in some circumstances it is common parlance to say someone ‘identifies as’ non-binary or trans, I challenge such usage and indeed throughout this article and in the proposed drafting, I use the better phrasing of someone ‘is non-binary / trans or they ‘are non-binary / trans’. This is because ‘identify as’ does not need to be explicit – it is implicit as so far as it is an identifier. Further, ‘identify as’ is often used by those who want to ridicule or undercut non-binary / trans people, saying ‘well if you identify as non-binary, then I identify as a dishwasher’. In this common straw-man fallacy, the use of ‘identify as’ is distorted and exaggerated, turning the point into something absurd and easier to dismiss. The response does not engage with the real substance of the original statement but creates a weaker, distorted version (the ‘straw man’, a gendered term itself) to mock or refute, rather than addressing the actual point. This type of argument is common in debates where one side tries to undermine a position by making it appear extreme or ridiculous, rather than engaging with the real issues.

There are similar reasons for not using the phrase ‘preferred pronouns’, given that ‘preferred’ implies that pronouns are simply a matter of personal preference or optional choice, rather than a reflection of someone’s gender identity. By framing pronouns as ‘preferred’, it can imply that someone’s gender identity is negotiable or subjective, which can be invalidating. For some non-binary people, they do not care which pronouns are used (they might be genderfluid for example), and therefore this invalidation may not apply. Yet for other non-binary individuals, pronouns are an important aspect of affirming their gender identity, not just a matter of personal preference. Using ‘preferred pronouns’ can subtly place the burden on the individual to explain or justify their pronouns, as if it’s a personal quirk rather than a legitimate aspect of their identity. This might make it harder for some people to assert their pronouns confidently. The qualifier ‘preferred’ therefore should be dropped when referring to pronouns<sup>43</sup>.

British law now uses both terms ‘sex’ and ‘gender’. Confusingly, however, sometimes sex and gender are used interchangeably<sup>44</sup>, sometimes to mean different things. For example, the conflation of sex and gender is shown by the Gender Recognition Act allowing someone who is changing their gender to change the sex marker on their birth certificate. The social assumptions made about people’s bodies, capabilities, and life choices, and their treatment as a result, make it sometimes unhelpful to separate sex from gender in equality law and to treat them as two separate grounds.

Many now think the gender binary to be a colonial export to many parts of the world<sup>45</sup>. Some go further and consider the gender binary a tool of white supremacy<sup>46</sup>. For example, when England colonised India, the perhaps revered third gender ‘hijra’ quickly became vilified and shunned, institutionally and personally, as a result of English treatment<sup>47</sup>.

41 Theory from: K. Gümüşay, *Speaking and Being: How Language Binds and Frees Us*, Profile Books, 5 May 2022.

42 For a useful commentary on the history of ‘non-binary’ terminology, see N. Thorne, AK-T. Yip, W.P. Bouman, E. Marshall, J. Arcelus, *ivi*, pp. 138-154.

43 See A.C. Fowlkes, *Why You Should Not Say ‘Preferred Gender Pronouns’*, Forbes, 10 December 2021, <https://www.forbes.com/sites/ashleefowlkes/2020/02/27/why-you-should-not-say-preferred-gender-pronouns/>.

44 See L. Tolland and J Evans, *What is the difference between sex and gender?*, Office for National Statistics, 21 February 2019, “It is important to note that the law in the UK treats the terms sex and gender as interchangeable. This is shown by the Gender Recognition Act allowing someone who is changing their gender to change the sex marker on their birth certificate”.

45 O’Sullivan, *The Colonial Project of Gender (and Everything Else)*, *Genealogy*, 2021; 5(3):67. <https://doi.org/10.3390/genealogy5030067>.

46 See for example K. Marshall, *The Gender Binary Is a Tool of White Supremacy*, 14 July 2020, <https://aninjusticemag.com/the-gender-binary-is-a-tool-of-white-supremacy-db89d0bc9044>.

47 See for useful discussion on this A. Hossain, *The paradox of recognition: hijra, third gender and sexual rights in Bangladesh*, *Culture, Health & Sexuality*, 2017, 19(12), 1418–1431. <https://doi.org/10.1080/13691058.2017.1317831>.



Whilst gender as a social construct is well-trodden path, originating from feminist thinkers such as Simone de Beauvoir (“*One is not born, but rather becomes, a woman*”<sup>48</sup>) and Judith Butler<sup>49</sup>, and gender as a social structure has been well explored<sup>50</sup>, going one step further, I think of the gender binary as a sort of social *contract*. Does looking beyond the binary only work when all of us, or at least the majority, agree that this is possible? And as with many social contracts, once society is conscious of the inequalities produced as a cost of maintaining it, we must work to reimagine or redefine an amended or new social contract that better protects those who have lost out or been marginalised as a result of the prior social contract.

Whilst the law is supposed to be objective, it is necessarily skewed to favour those who have made it over centuries: predominantly cisgender white heterosexual men<sup>51</sup>. As law is based on precedent, histories and narratives are seen through this prism<sup>52</sup>. The purported neutrality of law as standardised approaches “*reduce everyone, irrespective of race, sex, gender or class to one supposedly neutral entity*”<sup>53</sup>. Centuries of marginalised voices have been lost because of this myopic bias. My analysis tries to remove that gaze and reimagines a legal system through a feminist lens that is equitable, transcends binaristic thinking, and does not merely pay lip service to minorities’ rights as is so often the case today.

Language can be both a cage and a tool, depending on how it is used. Over time, different categories of people have gradually been considered ‘human enough’ to warrant basic human rights. Over the last fifty years alone, our language on racial justice, disability rights and gender equality has changed dramatically as we rethink who the people are that deserve rights and recognition in a democracy. In the next fifty years with the rise of AI, language is likely to evolve further and the lines between what is/is not human (and what deserves basic respect/dignity/rights) will become increasingly blurred<sup>54</sup>.

But language can be a weapon and is often a means of discrimination, directly or indirectly. Misgendering can be a frequent source of trouble for non-binary people<sup>55</sup> (though not for all non-binary people) and could be termed discrimination or harassment under the Equality Act 2010. It is particularly difficult for non-binary people to be gendered correctly in a binary normative society, as exemplified by a non-binary participant in a recent US study:

*“I think the biggest thing is that our society is so binary focused on male and female that it’s nigh impossible to be in a situation where you’re going to be gendered correctly without really putting yourself out there and being like, yo, I’m nonbinary, please use they/them pronouns for me. The default is just going to be getting misgendered, you know? So that feels really invalidating”*<sup>56</sup>.

Participants in that study discussed feeling more upset about being misgendered when their pronouns were publicly displayed or when in LGBTQ-oriented spaces, and when being misgendered at a trans health clinic: “*They were deadnaming me every time I was calling to renew my testosterone which is every month, like this is your job*”<sup>57</sup>.

Language also has implications on how space is used. An obvious example would be bathrooms. For many non-binary people, using public bathrooms is a stressful experience due to feeling invalidated in addition to feeling anxious about being targeted based on their gender. Often there are only ‘men’s’ and ‘women’s’, and an accessible toilet<sup>58</sup> in most public buildings (such as in most UK court buildings). This means private companies are less likely to do anything if the government does not recognise that there are more than binary options.

48 S. De Beauvoir, *The Second Sex* (C. Borde & S. Malovany-Chevallier, Trans.), 2011, Vintage Books. (Original work published 1949).

49 J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, New York, 1990.

50 See B.J. Risan, C. Travers Fleming, *Category X: What does the Visibility of People who reject the Gender Binary Mean for the Gender Structure?*, AG. About Gender, 2022, n. 11, vol. 21, pp. 1-34, <https://riviste.unige.it/index.php/aboutgender/article/download/2005/2689>.

51 For interesting discussion on ‘queering’ the law, see G. Baars, *Queer Cases Unmake Gendered Law. Or, Fucking Law’s Gendering Function*, Australian Feminist Law Journal, 2019, 45:1, 15-62, DOI: 10.1080/13200968.2019.1667777.

52 J. Conaghan, *Law and Gender*, OUP, 2014, 199.

53 M. Aristodemou, *Law and Literature: Journeys from Her to Eternity*, Oxford University Press, 2000, 206.

54 See S. Alegre, *Human Rights, Robot Wrongs: Being Human in the Age of AI*, Atlantic Books, 2024.

55 E. Matsuno, N. L. Bricker, E. N., Collazo, R. Mohr Jr, & K. F. Balsam, *ivi*, p.208.

56 *Ibid.*, quote from Spidermx (they, 26, White/Latinx, non-binary, genderqueer, transmas).c).

57 *Ibid.*, quote from participant Arno (they, 38, White, non-binary).

58 Forcing or asking a non-binary person to use an accessible/disabled toilet could sound in a discrimination claim if non-binary identity is properly protected by law.

Dog whistles (an expression or statement that has a secondary meaning intended to be understood only by a particular group of people) can be particularly nefarious, as their meaning is not self-evident. “Adult human female” is part of the anti-trans slogan “woman = adult human female”. Whilst on the surface it describes a person who, in biological terms, has female reproductive anatomy and characteristics typical of adult humans, the implication here is that everyone’s gender is immutably determined by the sex they are assigned at birth and therefore trans identities are not valid, and should be excluded from single-sex spaces. “Trans-identified” is a term that denies the existence of trans people by implying that people cannot determine their own gender and that gender is determined by the sex that someone is assigned at birth. It is used in discourse to misgender people — for example, calling a trans woman a “trans-identified male” (TIM) or a trans man a “trans-identified female” (TIF). A “gender critical” view is, I argue, a broad-spectrum dog whistle that allegedly tries to protect women from predatory trans/non-binary people, meanwhile often espousing and legitimising anti-trans views. Yet, what seems to be often misunderstood is that rights are not limited as percentages on a pie chart; marginalised groups can gain rights without taking away the hard-fought rights of others. Presenting rights as mutually exclusive misunderstands their very nature: rights can (and should) be reasonably extended for each group that faces adversity in society. This is crucial for society to become fairer for all.

In this context then, language can be a cage that reinforces the gender binary if it is used without reflection. But language can also be a tool to deconstruct the binary, if used conscientiously.

### 3. Gender binary as fallacy

It is my contention that we are socialised from birth and educated into believing that there is nothing *but* binary gender as an option. This false dichotomy manifests in reductive fallacies of ‘gender essentialism’ such as boys should wear blue and girls should wear pink; boys should play football, girls should play netball; teachers and nurses should be women, pilots and engineers should be men. Gender roles dictate that men should be assertive and dominant, women passive and submissive<sup>59</sup>. The gender binary can even play out in affecting peoples’ academic and life paths to reproduce the same gender inequality that we have been speaking about for years. These gender biases are further compounded by racial bias, especially when notions of gender are defined through a white lens<sup>60</sup>. It is not enough to merely challenge gender stereotypes, which only consider external perception. For many, gender is an internal identification that may (or may not) manifest externally or intentionally.

Much of the bias against non-binary people is rooted in paternalism: the beliefs of medical professionals, educators, family members and caregivers that non-binary people must be protected from themselves, lest they make choices they will come to regret, such as medical intervention, or that will expose them to tragic and irreversible social consequences such as bullying and harassment.<sup>61</sup> This perpetuates people’s misconceptions of ‘trans’ being a mental health issue. Meanwhile, there has been movement in the medical world away from stigmatising transness. In 2019, ‘gender incongruence’<sup>62</sup> was moved in the World Health Organisation’s classification from the ‘mental health’ section to the ‘sexual health’ section, no longer being recognised as a ‘disorder’<sup>63</sup>.

The British government’s vilification of trans and non-binary people comes at the expense of those people’s physical and mental health. Stonewall’s School Report survey in 2017 showed that 92% of trans young people have thought about taking their own life; even more disturbingly, 45% of trans young

59 D. Best, and Angelica R. Puzio, ‘Gender and Culture’, in D Matsumoto, and H.C. Hwang (eds), *The Handbook of Culture and Psychology*, New York, 2019; online edn, Oxford Academic, 18 July 2019.

60 See K. Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, *Stanford Law Review*, 1991, 43(6), pp. 1241–1299; P.H. Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, Routledge, 2000.

61 See F. Ashley, *Gatekeeping Hormone Replacement Therapy for Transgender Patients Is Dehumanising*, *Journal of Medical Ethics*, 2019, 45(7), pp. 480–482; S. Hines, *The Feminist Frontier: On Trans and Feminism*, *Journal of Gender Studies*, 2020, 29(5), pp. 572–584.

62 Defined as ‘a person’s marked and persistent experience of an incompatibility between their gender identity and the gender expected of them’, *MSD Manuals Professional Version*, June 2023, <https://www.msdmanuals.com/professional/psychiatric-disorders/gender-incongruence-and-gender-dysphoria/gender-incongruence-and-gender-dysphoria?ruleredirectid=742>.

63 BBC News, *Transgender no longer recognised as ‘disorder’ by WHO*, 29 May 2019, <https://www.bbc.co.uk/news/health-48448804>.

people have *tried* to take their own life<sup>64</sup>. Out of non-binary respondents in a 2015 US survey, 39% had attempted suicide, compared with 4.6% of the general population<sup>65</sup>. Rather than the problem being the internal self-destructiveness, the problem in fact lies in how trans and non-binary people are treated by society – how they are othered by institutions where they are told they cannot fit in. It often takes a lot for a trans and non-binary people to accept themselves, but it feels increasingly undeniable that it takes a lot more for society to accept them for who they are.

The very existence of gender allows for discrimination based on gender. But we should not think of gender as a linear concept with masculinity and femininity at opposing poles. Instead, it could be considered a galaxy<sup>66</sup> with no beginning and no end point. Non-binary-ness has, and must have, existed for as long as humans have, even if it had a different name<sup>67</sup>.

Importantly, if non-binary people face violence and discrimination in relation to their gender – which is no doubt the case, Nex Benedict’s case being a prime example<sup>68</sup> – how can we get recourse to justice when the government does not even acknowledge or recognise our existence?

#### 4. Law at present in the UK

At present, in the UK, non-binary people are not recognised by legislation. It is not currently possible to have a gender-neutral marker on passports or driving licences in the UK, and non-binary identity is not protected from discrimination in legislation at all. If we face discrimination at work, education or from public services because we are non-binary, we are unlikely to have recourse to justice via the courts. No gender-neutral recognition certificate exists. This means any non-binary identity is fundamentally invalidated by the British government.

In December 2021, the Women’s Select Committee Report on ‘Reform of the Gender Recognition Act’ highlighted some of the issues that non-binary people face because we are not recognised under the law. These range from issues accessing primary healthcare to the lack of specialist support services available if they are sexually or domestically abused. The report expressed disappointment that the Government had not accepted the case for legal recognition of non-binary people through the Gender Recognition Act 2004. The Government’s response, published on 24 March 2022, was that it still considered that no such changes to the Act were needed. By the time this report emerged, there had already been several petitions calling for us to be legally recognised, with one petition attaining over 140,000 signatures, and eventually being discussed before Parliament in May 2022. Yet still nothing has been done.

Nor are judges generally usually willing to break new ground in the world of trans and non-binary rights. When a judge makes a ruling, that judge creates a new legal reality, and that authority rests with them rather than with politicians. Such is the nature of a common-law system based on precedent and binding case law. In Christie Elan-Cane’s case, the Supreme Court was unwilling to recognise Elan-Cane’s non-gendered identity, rejecting an ‘X’ marker on passports. And in the case of Freddy McConnell, a trans man who became pregnant and gave birth, the Court of Appeal was unwilling to change his child’s birth certificate to have him registered as the father rather than the mother.

In these types of cases, where the law is forced to confront a person who does not neatly fit into the gender binary, judges prefer to defer such decisions to parliament, saying that it is not their role to make policy. Yet I contend that the government so far has been apathetic, at best, in its approach towards non-binary people – and with neither judges nor politicians engaged in improving non-binary people’s lives, those who live outside the gender binary find themselves in legal and existential limbo.

There are two exceptions to the above rule that stand out where judges have been willing to include recognition of non-binary identities in their judgments. In *Taylor v Jaguar Land Rover*, Rose Taylor worked at Jaguar Land Rover for over 20 years as an engineer. Taylor was non-binary/gender fluid

64 Written evidence submitted by Mermaids (CYP0097), February 2021, <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/23299/pdf/>.

65 S.E. James, J.L. Herman, S. Rankin, M. Keisling, L. Mottet, & M. Anafi, *The Report of the 2015 U.S. Transgender Survey*, Washington DC, 2016.

66 The idea of a ‘gender galaxy’ as discussed in M.-J. Barker, & A. Iantaffi, *Life Isn’t Binary: On Being Both, Beyond, and In-Between*, Jessica Kingsley Publishers, 2019.

67 G.H. Herdt, *Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*, Zone Books, 1994.

68 Human Rights Campaign, *Honouring Nex Benedict*, 2 October 2024, <https://www.hrc.org/news/honoring-nex-benedict-16-year-old-non-binary-high-school-student-who-tragically-died-after-school-beating>.

(first announced in 2017) but soon faced discrimination at the hands of her colleagues. One colleague said, “I was checking out your dress, looked up, saw it was you and my jaw dropped”. Another said, “Is this for Halloween?” Another said “So what’s going on? Are you going to have your bits chopped off?” Another asked her why the “top half didn’t match the bottom half”. Taylor faced limited to no support from managerial teams regarding her transition in the workplace and the insults and abusive jokes she was experiencing.

Taylor brought a case in the employment tribunal and succeeded when it was decided for the first time that ‘non-binary’ or ‘gender fluid’ could be covered under the ‘gender reassignment’ part of the Equality Act 2010. This means that if non-binary people face discrimination at work, we may have recourse to justice. The Tribunal held that, having reviewed *Hansard* at paragraph 178:

“We thought it was very clear that Parliament intended gender reassignment to be a spectrum moving away from birth sex, and that a person could be at any point on that spectrum. That would be so, whether they described themselves as “non-binary” i.e. not at point A or point Z, “gender fluid” i.e. at different places between point A and point Z at different times, or “transitioning” i.e. moving from point A, but not necessarily ending at point Z, where A and Z are biological sex” .

In *R (AA) v NHS Commissioning Board* [2023] EWHC 43 (Admin), a case about NHS waiting times for trans people’s access to hormones and an initial consultation, Chamberlain J endorsed the approach in Taylor in supporting the breadth of how section 7 Equality Act 2010, ‘gender reassignment’, had been drafted (paragraphs 127 to 131 of that judgment).

This protection, however, is fragile and provisional as both judgments are only first-instance decisions. This means that if a higher tribunal/ court makes a finding against it, then this decision would be overturned and the protection for non-binary people would vanish. In a common law system, where junior courts must follow the decisions of more senior courts, the law is constantly drawn and redrawn, such that protections set out in just one judgment can easily be removed by a more senior judge deciding on the issue.

Importantly, as in these two cases, recognising non-binary people under the law would not just benefit non-binary people. I contend that when (not if) non-binary people are recognised, legally and socially, it will help free everyone from the entrapment of binary thinking.

Deconstructing the gender binary would not only validate the experiences of trans and non-binary people but also transform the lives of cisgender individuals by dismantling restrictive norms, reducing inequalities, and enhancing societal wellbeing. For example, women would face fewer glass ceilings in professional settings, as the dismantling of gender norms would remove stereotypes that associate leadership and assertiveness with masculinity. This would lead to greater representation of women in senior roles, closing the gender pay gap and fostering more diverse workplaces.

In domestic spaces, breaking down the binary could reduce the prevalence of domestic violence. Rigid notions of masculinity often perpetuate toxic power dynamics that enable control and aggression; challenging these constructs could create healthier relationships built on mutual respect and shared responsibility. Men, too, would benefit by feeling less societal pressure to embody harmful traits associated with toxic masculinity, such as emotional suppression or dominance, which often harm their mental health and relationships.

Ultimately, challenging the gender binary would lead to a more inclusive, equitable, and flexible understanding of gender and identity. It would validate diverse experiences while liberating all individuals—regardless of their gender—from the constraints of stereotypes, fostering healthier relationships, increased economic opportunities, and a more compassionate society.

#### 4.1. Moving forwards

There are three potential solutions moving forwards to make the law more equitable for those of *all* genders.

##### 4.1.1. ‘Third’ Gender

The first is to add a ‘third’ gender for anyone considering themselves outside the gender binary. This would both give options for other genders on official documents and would validate non-binary and genderfluid people. A recent empirical study showed that 95% of non-binary people within the study would endorse this approach<sup>69</sup>.

69 M. Gascoigne, *Legal sex status: the attitudes of non-binary people towards reform in England and Wales*. *Legal Studies*. 2024;44(2):277-294. doi:10.1017/1st.2023.30, p.7.



Yet the UK Courts are not willing to do so. In Ryan Castellucci's 2024 case were not willing to acknowledge a third gender on Gender Recognition Certificates<sup>70</sup>. Castellucci is an American non-binary cyber security expert who had their gender recognised under law of the State of California as "*non-binary*". They were issued with an American passport which lists their sex as "X". When they moved to the UK, however, they applied for a Gender Recognition Certificate to have their non-binary gender identity recognised here, only to have it refused. There was no such equivalence under the Gender Recognition Act.

Castellucci challenged this by way of judicial review, but the High Court found that the government was entitled to keep the options as binary as this reflects how the British law sees sex and gender<sup>71</sup>. There is no third option. Even though it was acknowledged that Castellucci was being treated differently from someone whose gender is binary (whether -cis or -trans), the court considered that this treatment was justified and proportionate due to, *inter alia*, an absence of an international consensus on the issue. The Courts said that it was not for the judiciary to make such a drastic change, but for the legislature to imagine a new statute that accommodates all genders (paragraph 130).

But adding a third gender would bring UK law into step with other jurisdictions where a third gender is already recognised (as in the state of California in Castellucci's case). Would this be so bad? This could, practically speaking, be the most efficient option, though Gender Recognition Certificates and equality law will have to be amended to permit a third gender option. While third gender markers could be an option for interested adults, some consider having mandatory third gender markers as potentially harmful, for example by further stigmatising intersex children and this would of course require careful consideration.

#### 4.1.2. Replace 'Sex' and 'Gender Reassignment' with 'Gender'

The second option would be to replace 'sex' and 'gender reassignment', as defined in legislation, with a broader category of 'gender'. The intent of this shift would be to create a more inclusive legal framework that transcends binary constructs and accommodates a wider spectrum of gender identities, as well as perceived gender. This approach advocates for a gender-neutral drafting process, wherein 'gender' is understood as encompassing sex and gender or perceived gender. Such an adjustment could resolve the often arbitrary and complex distinctions between sex and gender in legal contexts, distinctions that scholars have noted can be fraught with inconsistencies and philosophical debates<sup>72</sup>.

Under this model, gender would no longer be constrained to binary man and woman categories but would extend to recognise all gender identities, thereby fostering inclusivity and equity. However, this proposal presents significant logistical and socio-political challenges. Key among these are the implications for existing legal constructs such as single-sex shortlists, sex-based rights, and protections that have been foundational to advancing women's rights. Reconceptualising these frameworks could potentially undermine hard-fought legal victories for women, particularly in contexts where the intersection of gender and other axes of identity is not adequately addressed<sup>73</sup>.

Furthermore, such a reform would necessitate a comprehensive re-evaluation of the entire legislative corpus, requiring a shift in both institutional thinking and societal norms. This would likely be a protracted and contentious process, particularly under political leadership that has historically displayed ambivalence or opposition to expansive interpretations of human rights. The success of legal reforms aimed at promoting inclusivity often depends on the political will to champion equality and human dignity<sup>74</sup>.

70 R (*Castellucci*) v *Gender Recognition Panel* [2024] EWHC 54 (Admin).

71 See R (*on the application of Christie Elan-Cane*) v *Secretary of State for the Home Department* [2018] EWHC 1530 (Admin), paragraph 52. Also, *Corbett v Corbett (otherwise Ashley)* [1971] P 83 (UK), an old case still relied on today by judges. This case in the UK dealt with the legal recognition of gender reassignment and the definition of binary sex for legal purposes. In the case, the court ruled that a person's sex is determined by biological factors (chromosomal, gonadal, and genital) at birth, which had significant implications for marriage law and gender identity.

72 See for example S. Monro, *Bisexuality: Identities, Politics, and Theories*, Springer, 2020.

73 R.W. Connell, *Gender in World Perspective*, Polity Press, 2012, pp.143-145.

74 S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2018, p.211.



### 4.1.3. Decertification

The third option would be to completely remove sex and gender from official documents such as birth certificates. As proposed in 2022's *Future of Legal Gender Project*<sup>75</sup> led by Davina Cooper, this can be defined as 'decertifying' sex and gender, i.e., removing legal sex and gender. This forward-looking project draws on extensive evidence, involving a survey eliciting over 3,000 responses and 200 interviews with government officials, trade unions, regulatory bodies, and lawyers. Many participants in favour of decertification reflected the inclusion of sex on the birth certificate as an 'unconscious habit' rather than serving a useful purpose. Some argued that gender is like religion in many ways—that it should not be mandatory as part of identification in the first place. The project concludes that, if done carefully and correctly, decertifying sex is, on balance, likely to do more good than harm. It is argued elsewhere that if we are ever to move forward to a more just world, we need a movement to overturn gender as a social structure itself<sup>76</sup>.

But what would decertification look like in reality? In practical terms, official documents like passports and driving licenses would undergo modifications, eliminating references to 'sex' or 'gender'. The state would stop registering sex at birth, and so stop pulling people into a formal, legally gendered edifice stretching across lifespans.

The recent Court of the European Union case of *Mousse v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) and SNCF Connect*, Case C-394/23, EU:C:2025:2 involved a dispute over the processing of personal data, particularly titles (e.g., "Mr." or "Ms.") and gender information, in the context of purchasing French train tickets online. The Court ruled that SNCF Connect's mandatory collection of titles and gender information was a breach of the GDPR's principle of data minimisation (Article 5(1)(c)). This principle requires that personal data collected must be adequate, relevant, and limited to what is necessary for the purpose. Importantly, the Court addressed the issue of processing customers' civil titles and its potential implications for discrimination based on gender identity at paragraph 42:

*"The processing of personal data relating to civil titles, such as 'Mr.' or 'Ms.', can, in certain circumstances, pose a risk of discrimination on the grounds of gender identity, particularly for individuals who do not identify with the binary gender classifications"*<sup>77</sup>.

This is potentially the first time that the Court of the European Union has evoked the fundamental EU law principle of non-discrimination to protect the ground of gender identity for trans and non-binary people. The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA) argues that the judgement means that in fact all public and private organisations that are required to comply with GDPR in the EU will need to comply with this judgment and stop collecting gender markers when it is not strictly necessary in the light of the purposes for which this data is processed<sup>78</sup>. This is a way in which the law could shape a movement towards decertification in some aspects of life (where the use of gender markers has become ultimately redundant).

Decertification aims to eliminate gender-based discrimination during border crossings, particularly benefiting non-binary individuals and those not conforming to traditional gender norms. However, it would not help someone like Castellucci who wants equivalent recognition that has already been attained abroad. Further, it would not necessarily permit someone like Christie Elan-Cane to have a non-gendered gender acknowledged on a passport<sup>79</sup>.

As recognised in the *Future of Legal Gender Project*, decertification offers several advantages, including the deconstruction of a legal system that categorises individuals into unequal social classifications of male and female<sup>80</sup>. This process facilitates greater freedom of gender expression by removing the constraints imposed by legal gender markers and alleviates the bureaucratic challenges faced by individuals seeking state recognition of their gender transitions. In contrast, the current practice of certifying individuals as either male or female reinforces restrictive social norms regarding sex and gender and how these should be expressed. By legally differentiating between women and men, this system perpetuates

75 D. Cooper, R. Emerton, E. Grabham, H.J.H. Newman, E. Peel., F. Renz, & J. Smith, *Abolishing legal sex status: The challenge and consequences of gender related law reform. Future of Legal Gender Project, Final Report*, King's College London, 2022.

76 B.J. Risman, C. Travers Fleming, *ivi*, p.24.

77 *Mousse v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) and SNCF Connect*, Case C-394/23, EU:C:2025:2, para. 42.

78 ILGA, *Joint statement welcoming CJEU judgment to halt unlawful gender title collection*, 9 January 2025, <https://www.ilga-europe.org/news/joint-statement-welcoming-cjeu-judgment-to-halt-unlawful-gender-title-collection/>.

79 J. Castle, O. Davies, *Gender Identities: a Two-Tier System?*, New Law Journal, 4 February 2022.

80 D. Cooper, R. Emerton, E. Grabham, H.J.H. Newman, E. Peel., F. Renz, J. Smith, *ivi*, p.6.

heteronormative laws, policies, and cultural assumptions. Decertification could also benefit those who do not conform to the binary gender framework, relieving the pressure to conform to a single category.

Concerns regarding the decertification of sex and gender have also been raised, particularly in relation to gender- and sex-specific services, data collection, issues of violence, and positive/affirmative action. Critics argue that abolishing sex as a legal status could jeopardise the availability of services and spaces designed for women and men, potentially disadvantaging women in particular. It is imperative that any implementation of decertification does not worsen existing inequalities. According to the proposed decertification measures, existing legislation such as the Gender Recognition Act, which currently provides a framework for individuals to change their legal sex and gender status, would become obsolete. Although sex assigned at birth could still be documented in aggregate for the purposes of planning and statistical analysis, it would no longer constitute a component of an individual's legal identity.

But is the present political climate a safe one in which to question the architecture of equality law or to fundamentally alter gender and sex categories? Probably not. If making changes, we need to minimise damage as much as possible.

Rather than abolishing sex and gender entirely, decertification may therefore be better approached through the prism of 'slow law'<sup>81</sup>. This involves transitional legal reforms (for example, legally recognising a third gender, as per the first option) while also attending to far-reaching structural concerns of poverty, violence, exclusion, and exploitation<sup>82</sup>. An incremental approach based on updated language is safer in an environment where governments seem intent on rolling back certain domestic human rights and removing recourse to international safeguards such as the European Convention on Human Rights<sup>83</sup>.

The next government Census, due to be held in 2031, could, instead of having 'M' and 'F' boxes, have an empty box for people to fill in themselves. This would allow greater particularity and usefulness in terms of recording these statistics. The right answer may be asking for someone's gender on some occasions – but not always – and whenever it is asked, to give the largest range of possibilities to people so that we can declare whatever we like. If the passport authorities say it is too complex to allow people to write in whatever we like, then in that case no gender box may well be the answer.

There is clearly scope to have better *law* if language is used more conscientiously. And there is also scope to have a more inclusive *society* if more efforts are made by everyone in public places, education and workplaces. And rather than lagging behind socio-economic and linguistic developments, it is, I suggest, time for the law to start leading by example

## 5. Drafting non-binary into UK legislation

Whilst the British government seems largely apathetic to non-binary identity being recognised, one of the reasons given for not implementing it is that legislation drafting will be too complicated. But would it be so complicated? Perhaps this writer is naïve and/or an optimist, but some amendments to existing legislation could be relatively simple. Others would take more thought. Though by no means exhaustive, below are some suggested amendments or redrafting of current legislation that could include non-binary or a third gender, thus providing better protections that the legislation is built for.

### 5.1. Equality Act 2010

The Equality Act 2010 in the UK currently protects individuals from discrimination based on various characteristics, including "sex" and "gender reassignment". However, it does not explicitly mention non-binary identity, which has led to a debate about whether the Act should be updated to provide explicit protection for non-binary people who are undergoing, have undergone, or are proposing to undergo gender reassignment.

81 D. Cooper, R. Emerton, E. Grabham, H.J.H. Newman, E. Peel., F. Renz, & J. Smith, *ivi*, p.35.

82 See A. Sharpe, *The Sexual Constitution of Political Authority: The 'Slow' Law of Judicial Change*, 2020 Routledge; and D. Rosenblum *Unsex CEDAW, or What's Wrong with Women's Rights*, 2011, Columbia Journal of Gender and Law, 20(2), 98-199.

83 J. Elgot, *Tory MPs to push for UK exit from European convention on human rights*, BBC News, 5 February 2023.

Section 7(1), gender reassignment reads “A person has the protected characteristic of gender reassignment if the person is proposing to undergo, is undergoing or has undergone a process (or part of a process) for the purpose of reassigning the person’s sex by changing physiological or other attributes of sex”.

This is often interpreted in a binary context (male to female or female to male). The law could be amended to explicitly include those who are transitioning to or identifying as non-binary. This would mean broadening the definition of gender reassignment to include individuals who do not consider themselves strictly male or female.

Proposed amendments:

- “Gender reassignment means a person proposing to undergo, undergoing, or having undergone a process (or part of a process) of changing their sex *or gender identity*. This includes individuals who are non-binary, genderqueer, or any other identity outside the traditional binary framework of male and female” or
- Redefine “gender reassignment” as “the process of moving away from one gender identity to another or identifying outside of the male/female binary” or
- Add a new protected characteristic of “gender identity” to the list of characteristics under the Act. This would clarify that all people, regardless of whether they are male, female, or non-binary, are protected under the law.
- Even without changing the primary legislation, statutory guidance accompanying the Equality Act could be updated to clarify that non-binary identities are covered under existing protections.

The final of these suggestions in particular runs contrary to the government’s position that this would be complicated and time-consuming.

## 5.2. Gender Recognition Act 2004

Updating the Gender Recognition Act 2004 to include non-binary people would involve specific amendments to sections of the Act that currently only recognise binary gender identities (male and female). Such changes would also necessitate interaction with the Equality Act 2010, particularly in how non-binary identities would be protected from discrimination. Below I analyse how these two Acts could be amended to better accommodate non-binary people.

### 5.2.1. Section 1: The Meaning of Gender Dysphoria<sup>84</sup>

Currently, Section 1(1)(a) of the Gender Recognition Act 2004 requires individuals to experience gender dysphoria to apply for a Gender Recognition Certificate. The language presumes a binary understanding of gender transition (from male to female, or vice versa). This section could be amended to broaden the definition of gender identities beyond the binary framework.

- Proposed Amendment: Amend Section 1 to include non-binary identities explicitly by expanding the definition of gender dysphoria and acknowledging that it may involve incongruence with a non-binary gender identity.
- Amended Text: “For the purposes of this Act, gender dysphoria includes discomfort or distress caused by a mismatch between an individual’s gender identity and their sex assigned at birth, which may include male, female, or non-binary identities”.

### 5.2.2. Section 2: Application for Gender Recognition Certificate

Section 2 sets out the requirements for obtaining a Gender Recognition Certificate, which currently include a diagnosis of gender dysphoria and living in the “acquired gender” for at least two years. This binary framework excludes non-binary individuals who do not transition from one gender to another in a traditional sense.

- Proposed Amendment: Update Section 2 to allow individuals who are non-binary to apply for a Gender Recognition Certificate, without requiring a transition to a binary “acquired gender”.
- Amended Text: “A person may apply for a Gender Recognition Certificate if they are living in accordance with their gender identity, which may include non-binary, for at least two years prior to the application”.

<sup>84</sup> ‘Gender dysphoria’ is defined by the NHS as “a term that describes a sense of unease that a person may have because of a mismatch between their biological sex and their gender identity”, see ‘Gender Dysphoria’, 28 May 2020, NHS <https://www.nhs.uk/conditions/gender-dysphoria/#:~:text=Gender%20dysphoria%20is%20a%20term,harmful%20impact%20on%20daily%20life>.

### 5.2.3. Section 3: Evidence Requirements for a Gender Recognition Certificate

Under Section 3, applicants are required to provide evidence from medical professionals to confirm their gender dysphoria and “acquired gender”. This medicalisation of gender recognition creates barriers for non-binary people who may not seek medical transition.

- Proposed Amendment: Remove or relax the medical requirements, particularly for non-binary applicants, allowing for self-declaration of gender identity as sufficient evidence for a Gender Recognition Certificate.
- Amended Text: *“The application must include a statutory declaration that the applicant identifies as non-binary or another gender identity and intends to live permanently in accordance with that identity”*.

## 5.3. Pensions

### 5.3.1. Pension Schemes Act 1993 & Pensions Act 2008

UK pension schemes, including state and occupational pensions, often base calculations on sex-related factors such as retirement age, life expectancy, and survivor benefits. These factors are traditionally framed within a binary model of male and female.

- Proposed Amendment: Amend the Pension Schemes Act 1993 and the Pensions Act 2008 to account for non-binary individuals. This could involve introducing a neutral or equitable system that does not rely on sex-based differentiation or introducing non-binary as a recognised category with equal treatment.
- Amended Text: *“Where reference is made to sex for the purposes of calculating pension contributions, entitlements, or benefits, those who are not male or female, including non-binary individuals, shall not be subject to differential treatment and shall be entitled to choose the sex-based calculation most favourable to them, or to a neutral calculation”*.

### 5.3.2. State Pension Age Act (Pension Act 1995 and Pensions Act 2014)

The state pension age in the UK has historically been different for men and women. These distinctions could be problematic for non-binary individuals who do not fit into the male/female binary.

- Proposed Amendment: Amend the legislation to provide non-binary individuals the right to choose which state pension age applies to them or create a neutral state pension age that applies equally to all genders, including non-binary individuals.
- Amended Text: *“Individuals who are not male or female, including non-binary individuals, shall be entitled to elect which state pension age applies to them or to opt for a neutral state pension age that is equitable across genders”*.

### 5.3.3. Occupational and Private Pension Schemes

Many occupational pension schemes have gendered rules around contributions, pay-outs, and survivor benefits. These rules often differ based on sex, particularly when it comes to life expectancy or annuity calculations.

- Proposed Amendment: Update pension regulations to ensure that non-binary individuals are treated equitably. This could involve requiring pension providers to apply the more favourable of male or female benefit calculations or implementing a non-discriminatory model that does not rely on gender differentiation.
- Amended Text: *“Pension schemes must ensure that individuals who are non-binary or outside the traditional binary gender categories are not disadvantaged in the calculation of their benefits, and providers must offer the option to elect the most favourable terms available or provide gender-neutral calculations”*.

### 5.3.4. Civil Service and Public Sector Pension Schemes

Public sector pension schemes often have specific rules regarding retirement age, contributions, and benefits based on sex. These may not account for non-binary identities, potentially leading to unequal treatment.

- Proposed Amendment: Require civil service and public sector pension schemes to treat non-binary individuals equitably by allowing them to choose between male or female criteria, or by introducing a non-gendered criterion.



- Amended Text: *“Civil service and public sector pension schemes shall ensure that non-binary individuals are provided with equitable treatment in relation to retirement age, contributions, and benefits, either by allowing a choice between male and female standards or by introducing neutral standards”.*

#### 5.4. Births and Deaths Registration Act 1953

The Births and Deaths Registration Act 1953 governs how births are registered in the UK. It currently only allows for the registration of male or female sex. This clearly stigmatises intersex and non-binary people who do not fall under either of those categories.

Section 1, ‘Birth Registration’, only allows for *“male”* or *“female”* to be recorded on birth certificates.

- Proposed Amendment: Allow for an option of *“non-binary”* or another gender marker in birth registration.
- Amended Text: *“In the case of a person whose gender is non-binary, the birth registration may reflect this gender as ‘non-binary’ or another suitable term”.*

#### 5.5. Marriage (Same Sex Couples) Act 2013

The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 provides for marriage between same-sex couples but does not account for non-binary individuals in its language.

Section 3, ‘Marriage of Same-Sex Couples’ only refers to marriage between *“male and female”* or *“same-sex”* couples, excluding non-binary individuals.

- Proposed Amendment: Include non-binary identities in the definition of marriage.
- Amended Text: *“Marriage may be contracted between two persons, regardless of whether they are male, female, or non-binary”.*

#### 5.6. The Civil Partnership Act 2004

The Civil Partnership Act 2004 governs civil partnerships but does not currently account for non-binary individuals.

Section 1, ‘Civil Partnership’ is currently limited to couples identified as *“same-sex”* or *“opposite-sex”*.

- Proposed Amendment: Include non-binary individuals within the definition of civil partnership.
- Amended Text: *“A civil partnership may be formed between two individuals, regardless of whether they are male, female, or non-binary”.*

Section 11 ‘Effect on Marriage and Civil Partnership’, addresses how gender recognition affects existing marriages and civil partnerships, typically by placing conditions on continuing the relationship based on the binary gender framework.

- Proposed Amendment: Modify Section 11 to ensure that recognition of a non-binary gender identity does not affect the validity of marriages or civil partnerships. Additionally, introduce language that explicitly acknowledges non-binary individuals.
- Amended Text: *“Gender recognition as male, female, or non-binary shall have no impact on the validity of any existing marriage or civil partnership, provided both parties consent to the continued relationship”.*

#### 5.7. Parenthood

Freddy McConnell’s case (referenced above) highlights the complexities non-binary or transgender individuals face in terms of legal recognition as parents, particularly in the context of birth certificates and gender recognition. McConnell, a transgender man who gave birth, fought to be listed as the *“father”* or simply *“parent”* on the birth certificate rather than being automatically listed as the *“mother”*. The courts ruled against him, stating that the law requires the person who gives birth to be registered as the *“mother”*, regardless of their gender identity.

To address such issues in UK law, the following pieces of legislation would need to be amended to allow non-binary and transgender individuals to be recognised as *“parents”* rather than being forced into binary categories of *“mother”* or *“father”*. Below are specific laws that could be amended based on McConnell’s case:



### 5.7.1. Human Fertilisation and Embryology Act 2008

#### 5.7.1.1. Section 33: Status of the Mother

This section states that the person who carries and gives birth to a child is considered the “mother” for legal purposes, regardless of gender identity.

- Proposed Amendment: Modify this section to allow non-binary and transgender individuals who give birth to be recorded as “parent” or a gender-neutral term, rather than “mother”.
- Amended Text: *“The person who gives birth to a child, regardless of their gender identity, shall be referred to as the ‘parent’ on the child’s birth certificate, unless they request to be referred to as ‘mother’ or ‘father’”.*

#### 5.7.1.2. Section 35: Status of the Father

This section presumes that the husband of a woman who gives birth is the child’s father, without accounting for non-binary or transgender parents.

- Proposed Amendment: Allow for non-binary individuals to be recognized as “parent” rather than “father”.
- Amended Text: *“In circumstances where a person gives birth, their partner, regardless of their gender identity, may be recorded as ‘parent,’ ‘mother,’ or ‘father,’ as requested”.*

### 5.7.2. Section 12 Gender Recognition Act 2004: Effect on Parenthood

Section 12 of the Gender Recognition Act states that obtaining a Gender Recognition Certificate does not affect the status of the person as the mother or father of a child born before the certificate was issued. This section effectively means that even after legal gender recognition, an individual is still treated as the “mother” or “father” based on their biological role in reproduction.

- Proposed Amendment: This section could be amended to allow transgender and non-binary parents who give birth after obtaining a Gender Recognition Certificate to be recognised as “parent” instead of “mother” or “father”.
- Amended Text: *“Where a person who has been issued a Gender Recognition Certificate gives birth to a child, they may be listed as ‘parent’ on the birth certificate rather than ‘mother’ or ‘father,’ as per their request”.*

### 5.7.3. Section 10: Registration of Birth, Births and Deaths Registration Act 1953.

This section requires the registration of a child’s mother and father on the birth certificate, using binary gendered terms that exclude non-binary or transgender individuals.

- Proposed Amendment: Modify the law to allow non-binary or transgender parents to be recorded as “parent” or under a gender-neutral title.
- Amended Text: *“Upon the registration of a birth, the parent or parents of the child may be listed as ‘mother,’ ‘father,’ or ‘parent,’ as per their gender identity and request”.*

### 5.7.4. Section 66 Adoption and Children Act 2002: Meaning of “Adoption” and “Adoptive Parent”

The Act uses gendered terms like “adoptive mother” and “adoptive father”, which do not accommodate non-binary identities.

- Proposed Amendment: Update the language to use “adoptive parent” instead of “adoptive mother” or “adoptive father” allowing for the recognition of non-binary individuals.
- Amended Text: *“An adoptive parent may be any individual, regardless of their gender identity, and shall be listed as ‘parent,’ ‘mother,’ or ‘father’ as they prefer”.*

Amending each of these laws would provide non-binary people with explicit legal recognition and protection across a range of areas, including discrimination, marriage, pensions, and gender recognition. These amendments would ensure that UK law reflects the full diversity of gender identities and guarantees non-binary individuals the same rights and protections as those who are male or female.

It is hoped that the above drafting examples will give policy makers ideas in terms of how non-binary identity may be written into legislation in a way that is possible and necessary. The law can be reconceptualised in a more inclusive way that helps *all* genders, not just some, whether it be by ‘slow law’, adding a third gender, or even the removal of gender/sex categories in some circumstances.

## 6. Conclusions

The integration of non-binary identities into UK legislation is not only feasible but also necessary to foster a more inclusive legal system. Non-binary discrimination is not illusory. The current legal framework, which predominantly recognises binary gender categories, inherently marginalises those who identify outside of these traditional boundaries. The UK falls far behind other progressive countries by constantly rejecting the drafting of non-binary rights into law. By implementing legislative changes such as the addition of a third gender option, the expansion of the “*gender reassignment*” category, and the potential decertification of gender altogether, the law could better reflect the diversity of gender identities. This would ensure equitable protection and recognition for all individuals, regardless of gender identity.

The proposed legal reforms are not without challenges, particularly when considering the broader societal and political climate in the UK. While more far-reaching approaches such as decertification of gender might encounter resistance, incremental reforms, such as updating the Equality Act 2010 and the Gender Recognition Act 2004, provide practical pathways forward. These reforms would provide explicit legal recognition for non-binary individuals while preserving the existing rights framework. The introduction of gender-neutral terminology in key areas like pensions, marriage (not just civil partnership), and parenthood would further ensure that non-binary people are not disadvantaged in these key areas of life.

Ultimately, the law must evolve to accommodate the lived realities of individuals whose genders lie beyond the binary. Recognition under the law would not only improve access to justice, and equality but would also signal a broader cultural shift towards dismantling the constraints of a binary view of gender and the patriarchy. By adopting these proposed reforms, the UK could join other jurisdictions that have already made strides in recognising non-binary identities, promoting a legal system that is truly inclusive for all genders.

Giacomo Giorgini Pignatiello, Giulio Farronato\*

# Transformative Constitutionalism and Gender Identity in Comparative Perspective

## Summary

1. Introduction. – 2. Transformative constitutionalism and gender identity: an indissoluble relationship. – 3. The role of international law in advancing the protection of gender identity. – 4. Non-binarism and the law: a comparative overview. – 5. Constitutional courts and the principle of non-discrimination: overcoming gender binarism in the law. – 6. Remarks on the Italian Constitutional Court’s decision no. 143/2024. – 7. Tentative conclusions.

## Abstract

L’emersione nella società di istanze volte al superamento del binarismo di genere pone in discussione uno degli assiomi (spesso implicito) su cui sono stati costruiti i sistemi giuridici contemporanei. Dopo aver offerto un breve inquadramento dogmatico sul rapporto che lega costituzionalismo trasformatore e diritto all’identità di genere, il presente contributo intende esplorare, attraverso l’uso della comparazione, gli orientamenti assunti da alcune democrazie costituzionali in ordine al tema del non binarismo. Alla luce del quadro internazionale e comparato vigente, si propone una prima analisi della decisione n. 143 del 2024 della Corte costituzionale italiana.

*The emergence of demands from society aimed at overcoming gender binarism challenges one of the foundational (often implicit) axioms upon which contemporary legal systems have been constructed. After providing a brief doctrinal overview of the relationship between transformative constitutionalism and the right to gender identity, this paper aims to explore, through comparative analysis, the approaches adopted by certain constitutional democracies regarding the issue of non-binarism. In light of the current international and comparative legal framework, a preliminary analysis of the Italian Constitutional Court’s Decision No. 143 of 2024 is proposed.*

## 1. Introduction

Gender nonconformity remains a significant source of suffering, marginalization, discrimination, and even violence against non-binary individuals<sup>1</sup>. Since the 1970s, scholars have highlighted the political use of the law as a mechanism for the governance of bodies and sexualities, aimed at ensuring confor-

\* Giacomo Giorgini Pignatiello is Research Fellow in Comparative Public Law at the University of Naples “L’Orientale” and Giulio Farronato is Research Fellow in International Law at the University of Padua. This paper is the outcome of the research project “New Identities and Non-Binarism,” funded by the Waldensian Church through the 5x1000 program. Giorgini Pignatiello is responsible for sections 1, 2, 4, and 5, while Farronato authored sections 3 and 6. The conclusions present a synthesis of insights jointly developed by both authors. This paper passed a double blind peer review.

1 UN Independent Expert on sexual orientation and gender identity, *The struggle of trans and gender-diverse persons*, available at <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/ie-sexual-orientation-and-gender-identity/struggle-trans-and-gender-identity>

mity to specific standards<sup>2</sup>. The law has historically been, and in some respects continues to be, instrumental in maintaining established gender norms and the associated social hierarchies<sup>3</sup>. The history of constitutional democracies has been marked by ongoing efforts to dismantle explicit and implicit discrimination embedded in legal frameworks, a process primarily driven by the application of the principle of equality<sup>4</sup>. Since the major civil movements of the 1970s, the effort to neutralize discrimination originating from the legal system has been largely carried out by constitutional courts, whose role is to uphold the supremacy of constitutional values within the legal order<sup>5</sup>.

As society evolves, there is a growing recognition that gender identity is not a personal choice but rather an inherent characteristic of the human being. It is now understood that gender exists on a spectrum, encompassing more than just the binary categories of masculine and feminine<sup>6</sup>. The organization of society based on gender binarism is increasingly understood as an oversimplification that may be suitable for the majority, but it systematically excludes individuals whose identities do not fit within these narrowly defined categories.

## 2. Transformative constitutionalism and gender identity: an indissoluble relationship

After World War II, the collapse of Nazi-fascism catalyzed a global wave of constitutionalism. The transition from totalitarian regimes to constitutional democracies in liberated nations was swift, radically reshaping the foundational principles of their legal systems (this is why they were termed “Revolutionary Constitutions”<sup>7</sup>). These new constitutions were not only committed to safeguarding fundamental freedoms previously denied under dictatorships, but they also embedded values such as equality, solidarity, and justice into their legal frameworks<sup>8</sup>. The social, economic, and political contexts in which these constitutions were drafted were marked by deeply entrenched inequalities. To dismantle these unjust systems, the role of public institutions was reconceived.

Whereas 19th-century constitutionalism (referred to here as constitutionalism 1.0) emphasized the strict separation of powers and the state’s non-interference in citizens’ lives (liberal constitutionalism), 20th-century constitutionalism (constitutionalism 2.0)<sup>9</sup> required a more proactive and collaborative approach by public authorities (post-liberal constitutionalism)<sup>10</sup>. This shift aimed to realize the ambitious

---

diverse-persons. In the literature, please refer to: A.R. Gordon, I.H. Meyer, *Gender nonconformity as a target of prejudice, discrimination, and violence against LGB individuals*, in *J. LGBT Health. Res.*, 3(3), 2007, pp. 55-71.

- 2 E. Bermúdez Figueroa *et al.*, *Gender and Structural Inequalities from a Socio-Legal Perspective*, in *Gender-Competent Legal Education*, D. Vujadinović, M. Fröhlich, T. Giegerich (eds), Cham, Springer, 2023, pp. 95-142.
- 3 R. Rubio-Marin, *Global Gender Constitutionalism and Women’s Citizenship*, Cambridge, CUP, 2022, in part. pp. 26-80.
- 4 R. Uitz, *The Shifting Canon of Constitutional Equality*, in *Global Canons in an Age of Contestation: Debating Foundational Texts of Constitutional Democracy and Human Rights*, S. Choudhry, M. Hailbronner, M. Kumm (eds.), Oxford, OUP, 2024, pp. 362–381.
- 5 On lgbti+ rights, please refer particularly to: A. Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
- 6 M.V. Carrera, R. DePalma, M. Lameiras, *Sex/gender identity: Moving beyond fixed and ‘natural’ categories*, in *Sexualities*, 15(8), 2012, pp. 995-1016; E. Matsuno, S.L. Budge, *Non-binary/Genderqueer Identities: a Critical Review of the Literature*, in *Curr. Sex. Health Rep.*, 9, 2017, pp. 116–120; L.E. Kuper, L. Wright, B. Mustanski, *Gender identity development among transgender and gender nonconforming emerging adults: An intersectional approach*, in *International Journal of Transgenderism*, 19(4), 2018, pp. 436–455; S. Monro, *Non-binary and genderqueer: An overview of the field*, in *International Journal of Transgenderism*, 20(2–3), 2019, pp. 126–131; P. Eckert, R.J. Podesva, *Non-binary approaches to gender and sexuality*, in *The Routledge Handbook of Language, Gender, and Sexuality*, J. Angouri, J. Baxter (eds.), London, Routledge, 2021, pp. 23-35.
- 7 B. Ackerman, *Revolutionary constitutions*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2019.
- 8 M. Dani, *The democratic and social constitutional state as the paradigm of the post-World War II European constitutional experience*, in *The Legitimacy of European Constitutional Orders. A Comparative Inquiry*, M. Dani, M. Goldoni, A.J. Menéndez (eds.), Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2023, pp. 19-42.
- 9 A. Somek, *The cosmopolitan constitution*, Oxford, OUP, 2014, pp. 36-133.
- 10 On the principle of collaboration among State powers, see recently: D. Bilchitz, D. Landau (eds.), *The evolution of the separation of powers: between the global north and the global south*, Elgar, Cheltenham, 2018; R. Dixon, *Responsive Judicial Review*, Oxford, OUP, 2023; A. Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, CUP, 2023.



ideal of human dignity, as promised by constitutional democracies. The implementation of social rights entailed not only significant financial costs but also an active duty on the part of the state to intervene and promote these rights.

The concept of *transformative constitutionalism*, coined in the 1990s by South African legal scholar Karl Klare, provides a valuable theoretical framework for understanding this new configuration of the state in constitutional democracies. Transformative constitutionalism is defined as “a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country’s political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction.”<sup>11</sup> In essence, transformative constitutionalism seeks to bring about large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law.

This constitutional vision of using law to drive social change is not limited to countries in the Global South; it is equally applicable to certain European nations, particularly those whose constitutions were drafted in response to the atrocities of dictatorship and the deep-rooted inequalities of that time<sup>12</sup>. In these post-war constitutions, principles such as solidarity and substantive equality imposed a duty of action on the state. Moreover, the development of human personality became a central concern, both in its individual and social dimensions<sup>13</sup>. Constitutional drafters recognized that the state must actively foster opportunities for individuals to realize their full potential.

Even when not explicitly stated, the right to personal identity emerged as a foundational principle of constitutional democracies<sup>14</sup>. The person and their dignity became the pillars of the constitutional state, and general principles like public order and legal certainty were subordinated to the protection and promotion of human dignity. These principles could no longer be implemented as they were under previous dictatorial regimes, where they were often manipulated for political gain.

Personal identity encompasses a range of characteristics that define an individual’s uniqueness within society, and gender identity is one such essential feature. Gender identity refers to an individual’s self-perception in relation to socially constructed categories such as male and female. Across the world, non-conforming gender identities continue to be the target of both explicit and implicit forms of discrimination and violence. Such discrimination represents a serious violation of individuals’ rights to equality and human dignity, while also threatening the social fabric of constitutional democracies.

The connection between transformative constitutionalism and gender identity is unequivocal. Transformative constitutionalism promotes the expansion of rights and freedoms, rejecting the notion that these privileges are reserved for a select few. Post-liberal constitutions actively cultivate a society where diverse identities can flourish. The right to self-determination, of which gender identity is a key expression<sup>15</sup>, is intrinsically linked to the right to health. Therefore, the recognition of one’s gender identity is directly related to their fundamental right to health and well-being<sup>16</sup>.

State institutions and societal structures cannot, in principle, be used to oppose an individual’s right to self-determination, provided that exercising this right does not infringe upon the fundamental rights of others. Public authorities are obliged to organize society in such a way that fosters the development and realization of human personality.

The frequent invocation of the principle of legal certainty to limit gender self-determination beyond binary categories is thus subject to critique. Denying legal recognition of non-binary identities on the basis of legal certainty appears inconsistent. In fact, ensuring the legal system’s alignment with individuals’ lived expressions of gender identity is more consistent with the principle of legal certainty than maintaining outdated, restrictive definitions.

11 K.E. Klare, *Legal culture and transformative constitutionalism*, in *S. Afr. J. on Hum. Rts.*, 14(1), 1998, p. 150.

12 M. Hailbronner, *Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*, in *The American Journal of Comparative Law*, 65(3), 2017, pp. 527-565. For the Italian context, please refer to: G. Giorgini Pignatiello, *Transformative Constitutionalism and Constitutional Courts in the European Legal Space. Germany and Italy in a Comparative Perspective*, in *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation: A Comparative Perspective*, T. Groppi, V. Carlino, G. Milani (eds.), ebook, Consulta Online, 2022, pp. 11-20.

13 G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, in *European and US Constitutionalism*, G. Nolte (ed.), Cambridge, CUP, 2005, pp. 85-107.

14 On the topic, see for example: J. Marshall, *Human Rights Law and Personal Identity*, London, Routledge, 2014.

15 E. Brems, P. Cannoot, T. Moonen (eds.), *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, Cambridge, Intersentia, 2020.

16 M. Szydłowski, *Gender recognition and the rights to health and health care: Applying the principle of self-determination to transgender people*, in *International Journal of Transgenderism*, 17(3-4), 2016, pp. 199-211.

### 3. The role of international law in advancing the protection of gender identity

International law does not have any treaties or binding instruments that refer directly and specifically to LGBTI+ rights<sup>17</sup>; despite this, it is not difficult to find recommendations, decisions, and opinions from international bodies where these rights have been analyzed and recognized. One of the earliest examples is the UN Human Rights Committee, established to monitor the implementation and application of the International Covenant on Civil and Political Rights during its periodic State reviews. In addition to that, the Committee can issue decisions on specific cases. In 1994, in *Toonen v. Australia*, the Committee ruled that an anti-homosexual criminal law in Australia was in conflict with the right to privacy and that discrimination on the basis of sexual orientation was a form of discrimination on the basis of “sex”<sup>18</sup>. The European Court of Human Rights adopted a similar ruling some years earlier in the *Dudgeon* case<sup>19</sup>.

More recently, international bodies have begun to address not only the recognition and protection of rights related to sexual orientation but also those related to gender identity. Among many examples are the considerations of the Committee on Economic, Social, and Cultural Rights and the observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women<sup>20</sup>. Similarly, gender identity has been addressed by the Inter-American Court of Human Rights and by extensive jurisprudence of the European Court of Human Rights under Article 8<sup>21</sup>. Although the European Convention on Human Rights does not explicitly mention gender identity, the Court has considered it a fundamental aspect of the right to respect for private life and one of the essential elements of self-determination. Nevertheless, in the landmark case *Christine Goodwin v. United Kingdom*<sup>22</sup>, the Court, while recognizing that individuals have the right to define their gender identity under Article 8, declared that its legal recognition of this remains subject to the prerogatives of the State. In this regard, all subsequent ECtHR jurisprudence has been heavily criticized for the pathologizing approach to the issue of gender identity, reinforcing, on the one hand, States’ demands for evidence of gender incongruence through medical diagnoses and assessments to verify such conditions, and on the other hand, a solely binary approach to this issue<sup>23</sup>. Although the binary approach characterizes most of the sources and instruments of international law that we can reference for the protection and recognition of gender identity, the Yogyakarta Principles might offer some responses and possible guidelines for conceptualizing gender identity in a depathologized and non-binary way, thereby addressing the needs that have more recently emerged among individuals<sup>24</sup>.

The Yogyakarta Principles are the result of a meeting of academic experts, NGOs, and, indirectly, officials from international organizations in the eponymous location in Indonesia, initiated by the then UN High Commissioner for Human Rights, Louise Arbour. The objective was to make a statement on what international human rights law could say regarding LGBTI+ issues “if we take the basic principle of universality and non-discrimination seriously.”<sup>25</sup> To an initial set of principles from 2006, another ten were added in a subsequent meeting held in 2017. The principles address the issues of gender identity and sexual orientation in a revolutionary and progressive manner compared to what has been achieved by any other single instrument of international law, thus overcoming both the medicalized approach to

17 L. Holzer, *Smashing the Binary? A new era of legal gender registration in the Yogyakarta Principles Plus 10* in *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 1(1), 2020, p. 101.

18 D. Sanders, *The role of the Yogyakarta Principles*, 2008, p. 2 - accessible at: <https://sxpolitics.org/wp-content/uploads/2009/03/yogyakarta-principles-2-douglas-sanders.pdf>.

19 ECtHR, 22 October 1981, *Dudgeon v. The United Kingdom*.

20 CESCR, *Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Forty-sixth session Geneva, 2-20 May 2011; CEDAW, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Slovakia*, 25 November 2015, CEDAW, *Concluding observations of the second periodic report of Montenegro*, 24 July 2017.

21 Inter-American Court of Human Rights, Advisory opinion OC-24/17 of November 24, 2017 requested by the Republic of Costa Rica.

22 ECtHR, 11 July 2002, *Christine Goodwin v. United Kingdom*.

23 P. Cannoot, *The pathologisation of trans\* persons in the ECtHR’s case law on legal gender recognition*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37(1), 2019, p. 23.

24 Yogyakarta Principles 2006 and Yogyakarta Principles 2006 +10; <https://yogyakartaprinciples.org/>.

25 D. Sanders, *The role of the Yogyakarta Principles*, cit., p. 5.

the topic and the binary framework. The document does not merely establish individual legal principles but also defines actions that States should implement to ensure full protection of the rights of LGBTI+ individuals. For example, Principles 3 and 31 recognize that no person can be forced to undergo medical procedures—including sex reassignment surgery, sterilization, or hormone therapy—as a requirement for the legal recognition of their gender identity. Furthermore, States are called upon to ensure that no eligibility criteria—such as medical or psychological interventions, a minimum or maximum age, economic status, or any other third-party opinion—are prerequisites for changing one’s name, legal sex, or gender. Regarding non-binary individuals, Principle 31 advocates for the elimination of gender markers on identification documents, unconditional gender recognition laws, the introduction of non-binary legal gender categories, and the elimination of public gender registration.

Although the legal status of these Principles in international law remains unclear<sup>26</sup>, they have begun to serve as a reference point in recent jurisprudence and may thus provide a starting point for addressing the challenges inherent in the general approach to gender identity. For example, in the case of *F v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, the European Court of Justice cited Principle 18, stating that no one can be compelled to undergo any form of psychological testing based on their sexual orientation or gender identity<sup>27</sup>. Principle No. 3 was similarly cited in the dissenting opinion of Judges Sajó, Keller, and Lemmens in the case of *Hämäläinen v. Finland* before the ECtHR, concerning the dissolution of marriage in cases of gender reassignment surgery<sup>28</sup>, as well as in the opinions of the Inter-American Court of Human Rights to emphasize the non-necessity of medical documents as a prerequisite for legal gender recognition. More recently, in the Advisory Opinion OC-29/2022, the Court referenced and applied the Yogyakarta Principles as a fully-fledged instrument of international human rights law in matters related to the investigation of hate crimes based on sexual orientation and gender identity and access to gender-affirming therapies for incarcerated individuals<sup>29</sup>. These early examples of the application of the Yogyakarta Principles in judicial decisions demonstrate the potential contribution of this uncertainly positioned document to advancing gender identity rights, particularly in areas where the absence of a specific international legal instrument dedicated to the recognition of LGBTI+ community rights has left a void, and where more recent demands fail to find any form of acknowledgment. In particular, regarding issues related to gender identity, the Yogyakarta Principles can serve as an effective reference point for analyzing and recognizing individual claims. For instance, Principle No. 31 provides a robust response to the demands of non-binary individuals by advocating for the removal of gender markers from identification documents, thereby reducing their use for identification purposes. Moreover, the unconditional recognition of gender identity by the State would fully satisfy the right to self-determination for transgender individuals.

#### 4. Non-binarism and the law: a comparative overview

As noted, comparative law serves a “subversive” function<sup>30</sup>. By comparing different legal systems, it enables the deconstruction of certain myths and dogmas upon which a specific legal tradition may rely, demonstrating the potential for alternative solutions. In the present context, comparative law is particularly valuable as it encourages critical reflection on the persistence and justification of gender binarism in our legal system, challenging the status quo and exposing the power dynamics that sustain it.

A recent global comparative analysis classified the regulations on the recognition of gender identity in constitutional democracies into four main models<sup>31</sup>. This classification can be conceptualized on a Cartesian plane (Fig. 1). On the X-axis, binary systems are positioned on one side, while systems recognizing non-binarism are on the opposite side. The Y-axis contrasts elective legal systems, on one side,

26 M. Ferrara, *La Corte di giustizia dell’Unione europea e lo ‘strano caso’ dei Principi di Yogyakarta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, no. 1, pp. 175-196.

27 CJEU, 25 January 2018, Case C-473 / 16, *F c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.

28 ECtHR, 16 July 2014, *Hämäläinen v. Finland*.

29 Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-29/22, May 30, 2022 requested by the Inter-american commission of Human Rights.

30 H. Muir-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 52(3), 2000, pp. 503-527.

31 S. Osella, R. Rubio-Marín, *Gender recognition at the crossroads: Four models and the compass of comparative law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 21(2), 2023, pp. 574–602.

with ascriptive legal systems, on the other. Legal orders that fall within the first quadrant tend to afford greater space for individual self-determination. Conversely, those located in the third quadrant reflect a greater degree of hetero-determination of gender identity.

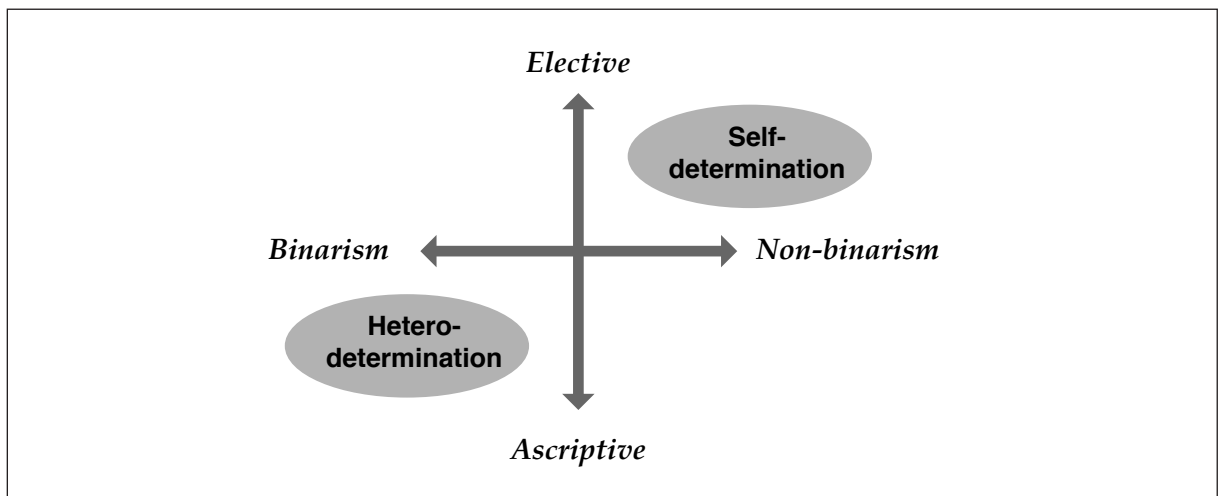


Figure 1

Limiting our analysis to the EU context reveals several noteworthy cases. It is important to emphasize the significant role played by constitutional courts in EU countries in advancing the right to self-determination, particularly concerning gender identity. From the relevant case law, it is apparent that most liberal and secularized countries, when balancing the competing values, do not hesitate to prioritize individual rights over the status quo and the vague principles of public order and legal certainty. These countries recognize the constitutional illegitimacy of regulations based on oversimplified views of human beings and their characteristics, and they have initiated efforts to reform fundamental aspects of the socio-legal structures within their jurisdictions. In some of these jurisdictions, policymakers have been afforded no discretion regarding the dismantling of the gender binary, with rigid dualism in gender identity deemed discriminatory.

Starting from the hetero-determined model, Italy and France are considered examples of binary and ascriptive legal systems. Both Italian<sup>32</sup> and French<sup>33</sup> legal orders rely on binarism. Therefore, a person can be only male or female. Based on predetermined medical evidence or socio-behavioral elements a judge or a civil servant decides whether the individual belongs to a gender or to the other. This entails a recognition based on objective elements.

Among binary and elective legal orders, both Spain, thanks to the very debated Ley Trans<sup>34</sup>, and Malta<sup>35</sup> allows the transition from a gender to the other simply through a self-declaration. This represents a case of an attribution of gender identity based on subjective factors, that the state cannot question.

Examples of non binary ascriptive legal systems are now not present anymore in the EU, after the amendment of the civil code recently adopted by Germany<sup>36</sup>. A paradigmatic case can be India<sup>37</sup>. In this case, a third gender is officially recognized. However, the standards and characteristics to be identified

32 S. Osella, *Reinforcing the binary and disciplining the subject: The constitutional right to gender recognition in the Italian case law*, in *Int'l J. Const. Law*, 20(1), 2022, pp. 454–475.

33 M.-X. Catto, *Changer de sexe à l'état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du xxième siècle*, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 9, 2019, pp. 107-129.

34 Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (La ley 2336/2023). M. Heras Hernández, *El principio de autodeterminación de género. Apuntes prácticos sobre el procedimiento de rectificación de la mención registral relativa al sexo*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20 bis, 2024, pp. 524-553.

35 Malta, *Gender identity, gender expression and sex characteristics act*, 14th April 2015. N. Sciberras Debono, *Malta's gender identity, gender expression and sex characteristics act – a shift from a binary gender to a whole new spectrum?*, in *ELSA Malta Law Review*, 5, 2015, online.

36 P. Dunne, J. Mulder, *Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany?*, in *German Law Journal*, 19(3), 2018, pp. 627-648.

37 S. Bhattacharya, D. Ghosh, B. Purkayastha, *Transgender Persons (Protection of Rights) Act' of India: An Analysis of Substantive Access to Rights of a Transgender Community*, in *J. Hum. Rights Pract.*, 14(2), 2022, pp. 676-697.



as third gender are predetermined (objective model) and a third person decides whether the individual complies with them.

Non-binary and elective systems are countries that recognize a third gender and let individuals determine with a self-declaration what is their gender identity. This is the case both in Germany<sup>38</sup> and Belgium<sup>39</sup>.

## 5. Constitutional courts and the principle of non-discrimination: overcoming gender binarism in the law

Focusing on countries that prioritize the highest standards of self-determination, it is notable that constitutional courts have been pivotal in advancing the rights of non-binary individuals in various legal systems. In Germany and Belgium, landmark decisions have compelled legislators to recognize a third gender.

In 2019, the Belgian Constitutional Court held that “As the European Court of Human Rights has ruled, society can reasonably be expected to accept certain inconveniences to allow individuals to live with dignity and respect, in line with their chosen sexual identity, even when this choice comes at the cost of significant personal suffering ... Moreover, the fact that the Belgian Constitution, in Articles 10(3) and 11bis, places particular emphasis on the equality of men and women does not imply that the categories of ‘man’ and ‘woman’ constitute a foundational principle of the Belgian constitutional order. Nor does it preclude the adoption of measures aimed at addressing discrimination based on non-binary gender identities.”<sup>40</sup> The Court further concluded: “It is not reasonably justifiable for individuals with a non-binary gender identity, unlike those with a binary gender identity, to be compelled to accept a registration on their birth certificate that does not align with their gender identity. Consequently, by restricting the modification of sex registration on birth certificates to a binary choice, the contested law created a gap that infringes upon the principle of equality, particularly when considered alongside the right to self-determination.”<sup>41</sup>

Similarly, the German Federal Constitutional Court in 2019 recognized that: “The general right of personality also protects one’s gender identity ... which is usually a constitutive aspect of an individual’s personality”<sup>42</sup>, and that “The official recognition of sex under civil status law has an identity-building and expressive effect. Civil status is not a marginal issue; rather, it is the ‘position of a person within the legal system’ ... Thus, denying the recognition of felt gender identity under civil status law in itself ... specifically jeopardises the self-determined development of and respect for one’s personality.”<sup>43</sup> It argued that: “The way a person is depicted and perceived in public and by others is significant for the free development of their personality and may result in specific risks [to fundamental rights] ... Civil status law requires a sex entry, but does not allow affected persons an entry in the birth register that is in line with their self-image. This contributes to the fact that their individual identity is not perceived and recognised in the same way and as naturally as that of female or male persons. The interference is not justified.”<sup>44</sup> In addition, it observed that: “Organisational interests of the state cannot justify the denial of a third standardised and positive entry option either”<sup>45</sup>.

Finally, although Colombia is not a member of the European Union, it is pertinent to consider the case law of its Constitutional Court. From a comparative perspective, Colombia is widely regarded as one of the most successful examples of transformative constitutionalism in the Global South. The com-

38 Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) und zur Änderung weiterer Vorschriften (Act on self-determination with regard to gender entry and amending other provisions), BGBl. 2024 I Nr. 206 vom 21.06.2024.

39 G. Willems, *Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle: faut-il flexibiliser ou abolir l’enregistrement civil du sexe?*, in *Revue trimestrielle des droits de l’Homme*, 124(4), 2020, pp. 895-920.

40 Belgian Constitutional Court, decision no. 99/2019, B.6.6.

41 Ibid.

42 German Federal Constitutional Court, 1 BvR 2019/16, 10th October 2017, para. 39.

43 Ibid., para. 45.

44 Ibid., para. 48-49.

45 Ibid., para. 53.

mitment of its public institutions to uphold and realize constitutional values is well recognized globally<sup>46</sup>. A closer examination is therefore warranted.

Two landmark decisions by the Colombian Constitutional Court have transitioned the country from a binary ascriptive model to a non-binary elective system<sup>47</sup>. In 2015, the Colombian Constitutional Court affirmed that: “The right of each person to autonomously define their sexual and gender identity, and to ensure that the data recorded in the civil registry align with their self-definition, is constitutionally protected by provisions guaranteeing the free development of personality (Article 16 Const.), the recognition of legal personality (Article 14 Const.), and respect for human dignity. This respect is manifested in three key dimensions: (i) the right to live as one wishes; (ii) the right to live well; and (iii) the right to live without humiliation. In the present case, all three dimensions are relevant, particularly the first and third. The discrepancy between an individual’s declared sexual and gender identity and what is recorded in their identification documents affects their fundamental personal autonomy (the right to live as one wishes), can lead to rejection and discrimination by others (the right to live without humiliation), and may impede access to employment opportunities necessary for a dignified life (the right to live well).”<sup>48</sup> While maintaining a binary gender framework within the Colombian legal system, the Constitutional Court established a significant legal principle: a person’s gender is determined by their self-perception (subjective element). Consequently, to change one’s gender in the civil registry, it is sufficient to appear before a notary and swear one’s self-perceived gender.

In 2022, the Constitutional Court asserted that identity, defined as self-awareness, situates the individual within the social sphere and facilitates their participation in it. The failure to recognize this identity constitutes a form of institutionalized subordination and, therefore, a severe injustice. Such failure, regardless of its form, denies the subordinated party the ability to achieve full participation in social life and to interact with others on an equal footing. Recognition of identity by society and the state is thus essential for individuals to attain full participation in social interactions. The absence of recognition does not merely reflect contempt or distortion of group identity, but rather results in social subordination due to the inability to participate equally in social life<sup>49</sup>. Of significant interest is the point made by the Colombian Constitutional Court, which states that: “Gender identity cannot be conceived as static, either at the individual or societal level. Through social relations, gender categories, notions, and evaluations are subject to ongoing confrontation and redefinition. Consequently, constructions of gender are mediated by social regimes and the systems of rules that govern them”. The Court posits that: “The sex/gender system of a society does not adhere to a predetermined ‘natural’ order but is a ‘product of culture’ and, therefore, is temporary and evolving. There are various ‘sexual cultures’ that shape the ways of being a man or a woman, and sex/gender systems are cultural representations that reflect historical and social relations. As a result, new paradigms emerge in the analysis of gender identities circulating in society, often including non-normative identities that are not typically recognized within the established gender relations framework. One such identity is the non-binary gender identity.”<sup>50</sup> Finally, the Constitutional Court ruled that: “The norm that restricts sex markers to binary categories fails to acknowledge the plaintiff’s gender experience, which exists outside these binary constraints. Consequently, it impedes their right to legal personality, human dignity, and the free development of their personality. Additionally, this limitation exposes them to various forms of discrimination due to the discrepancy between their self-perception and the imposed gender options.”<sup>51</sup> The Constitutional Court thus introduced the recognition of non-binary gender into the Colombian legal system, allowing individuals to declare their gender identity through a sworn statement before a notary.

46 D. González, *Explaining the Institutional Role of the Colombian Constitutional Court*, in *From Parchment to Practice: Implementing New Constitutions*, T. Ginsburg, A.Z. Huq (eds.), Cambridge, CUP, 2020, pp. 189-207.

47 G. Lozano Villegas, A. Julio Estrada, *Los derechos políticos de las personas trans y las personas no binarias en la jurisprudencia: de la Corte Constitucional colombiana y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130, 2024, pp. 315-330.

48 Colombian Constitutional Court, decision no. T-063/15, para. 4.5.

49 Colombian Constitutional Court, decision no. T-033/22, para. 30.

50 *Ibid.*, para. 43-44. The Constitutional Courts adds that at the supranational level in its Advisory Opinion no. 24 of 2017, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) established a conceptual framework regarding gender identity. It recognized that among transgender or trans experiences are non-binary identities. The IACtHR emphasized that non-binary identities should be regarded as distinct gender identities, and as such, they are protected under the rights to sexual diversity and against discrimination based on gender as stipulated in the Inter-American Convention.

51 *Ibid.*, para. 61.

## 6. Remarks on the Italian Constitutional Court's decision no. 143/2024

The recognition of non-binary identities has recently come under the scrutiny of the Italian Constitutional Court following a legitimacy request initiated by the Bolzano court<sup>52</sup>. The request of constitutionality concerned two specific provisions related to gender rectification. In the first instance, the Court was asked to determine whether Article 1 of Law No. 164/1982, which governs the rectification of civil status records following a court ruling, violated Articles 2, 3, 31, and 117 of the Constitution by not allowing the modification of such records to reflect a gender other than male or female, thereby excluding non-binary identities. In the second instance, the Court was asked to consider whether Article 31 of Law No. 150 of 2011, which mandates judicial authorization for access to medical-surgical procedures, violated Articles 2, 3, and 32 of the Italian Constitution.

As previously discussed, Constitutional Courts have played a pivotal role in advancing the rights of non-binary individuals in various legal systems. However, this cannot be said of the Italian legal system. Although the Court acknowledged the existence of a “clinical reality<sup>53</sup>” for non-binary individuals, and consequently recognized that the perception of not belonging to either the male or female gender is relevant for the purposes of the personalist principle enshrined in Article 2 of the Constitution, as well as for the social dignity and health protection guaranteed by Articles 3 and 32, it ultimately deferred the issue to the legislative body. The Court further noted that the identification of a third non-binary gender within the Italian legal system would constitute such a significant shift that legislative intervention would be necessary.

From a comparative perspective, the Court acknowledged the experiences of legal systems in Belgium and Germany, as well as the existence of “indeterminate” options in the gender field in systems derived from European law. However, it also recalled that the European Court of Human Rights (ECHR) in the case of *Y. v. France*<sup>54</sup> stated that there is no European consensus on the issue of non-binary individuals.

Despite recognizing the existence and the need for protection of non-binary individuals, informed by scientific evidence and comparative law, the Court ultimately declared inadmissible the question on constitutional legitimacy raised on Article 1 of Law No. 164/1982<sup>55</sup>. The potential for broader reformist implications within the Italian legal system – the Court recognized – entails its self-restraint.

The second issue addressed the necessity of judicial authorization for access to gender reassignment surgeries, as required by Article 31 of Law No. 150/2011. The Court recognized that this requirement is entirely irrational when compared with its own jurisprudence and the practices of lower courts, where, since 2015, the necessity of surgical intervention has been deemed non-essential for the purpose of gender rectification<sup>56</sup>. Acknowledging this inconsistency, the Court declared Article 31, paragraph 4, unconstitutional.

52 Italian Constitutional Court, Judgement n. 143/2024, 18 June 2024.

53 Italian Constitutional Court, Judgement n. 143/2024, 18 June 2024, para. 5.1.

54 ECtHR, 31 January 2023, *Y. v. France*.

55 With particular regard to the right to gender identity, as a manifestation of the right to personal identity, the Italian Constitutional Court, since its landmark ruling No. 161 of 1985, established that the Italian Legislature had adopted: “A new and different concept of sexual identity compared to the past, in the sense that, for the purposes of such identification, attention is no longer placed exclusively on external genital organs, as determined at birth or ‘naturally’ evolved, even with the aid of appropriate medical-surgical therapies, but also on psychological and social elements.” The constitutional order is therefore called upon to safeguard the right of each individual to: “Realize their own sexual identity in social life, which must be considered an aspect and factor in the development of their personality. In turn, the other members of the community are obliged to recognize it, out of a duty of social solidarity.” In the same ruling, while commenting on Law No. 164 of 1982, the Court further emphasized the importance of a: “Legislation aimed at allowing the affirmation of [transsexual persons’] personality, thereby helping them overcome the isolation, hostility, and humiliation that too often accompany their existence [...] within the framework of an evolving legal civilization, increasingly attentive to the values of freedom and dignity of the human person, which it seeks to protect even in minority and anomalous situations.”

56 As clearly stated since the decision no. 221 of 2015 issued by the Italian Constitutional Court. By validating the previous case law established on the matter, the Court recognized that Article 1, paragraph 1, of Law No. 164/1982 constitutes: “The result of a cultural and legislative evolution aimed at recognizing the right to gender identity as a constituent element of the right to personal identity, fully included within the scope of fundamental human rights (Article 2 of the Constitution and Article 8 of the European Convention on Human Rights).” This conclusion is based on the premise that: “The absence of a textual reference to the methods (surgical, hormonal, or resulting from a congenital condition) through which the modification is achieved leads to the exclusion of the necessity of surgical treatment for accessing the judicial procedure for the rectification of civil status.” Thus, surgical treatment assumes a merely optional character, and authorization for it is granted “as a guar-

The Court's decision gives rise to some preliminary critiques. Firstly, although the Italian Constitutional Court references the example of the German Constitutional Court in its ruling, it chooses not to replicate it. After emphasizing that the issue of non-binary identities should be brought to the attention of the legislature, it does not provide clear instructions or deadlines for Parliament<sup>57</sup>. Although the two cases are similar, in the German "Dritte Option" decision, the Court, after identifying a violation of the right to personality under Article 2(1) in conjunction with Article 1(1) of the Basic Law, required the German Parliament to decide within 14 months on one of two distinct options: either abolish all gender markers or introduce a non-binary gender marker<sup>58</sup>. The introduction of this new gender marker was the option chosen, with the *Selbstbestimmungsgesetz* law coming into effect. It is easy to imagine that the Italian Constitutional Court's decision to defer the recognition of non-binary individuals to the sensitivity of the legislature will not result in a prompt resolution, given the current political climate. For instance, in May 2024, the Italian government refused to sign the Declaration on the Continued Advancement of the Human Rights of LGBTIQ Persons in Europe by the Council of the EU<sup>59</sup>. Thus, while the Court affirms the need to recognize and protect non-binary identities, it refrains from taking any concrete steps to ensure this and instead delegates the entire task to the legislative body. Consequently, in the face of legislative inaction, non-binary individuals remain unprotected in terms of their fundamental rights enshrined in the Constitution.

Linguistically, these considerations are articulated in a ruling where the Court consistently conflates the terms and concepts of "gender" and "sex", neglecting the crucial distinction between them, which is particularly important for non-binary individuals.

Concerning the requirement for judicial authorization for surgeries, the Court leaves unresolved what should happen in cases where an individual seeks authorization solely for medical procedures. In this regard, the institution of judicial authorization for surgical procedures has been considered outdated and no longer relevant<sup>60</sup>. It has been argued that the three conditions underlying such authorization (the public interest preventing the exercise of the right, the potential for unlawful conduct, and the codification of the conditions and requirements for issuing authorization) are increasingly absent in situations governed by Law no. 164 of 1982 and Legislative Decree no. 150 of 2011. In this context, there are examples of acts involving the disposition of one's body that could potentially violate Article 5 of the Civil Code but, in pursuit of constitutionally significant interests, do not constitute unlawful acts. These include consensual sterilization for therapeutic or contraceptive purposes. In practice, the true significance of judicial authorization is not about granting access to surgical medical treatment but rather about granting access to surgical medical treatment covered by the national healthcare system. By addressing the necessity of judicial authorization, the Court misses an opportunity to examine the value of informed consent and the doctor-patient relationship, which could have provided a pathway to abandoning the need for authorization.

The system of judicial authorization is further complicated and rendered uncertain by the reasoning presented in the final paragraph of the judgment before the ruling section<sup>61</sup>. The Court, in fact, reopens the possibility for judicial discretion regarding which modifications to sexual characteristics may be deemed sufficient by judges to accept requests for gender rectification. Such discretion poses a risk, particularly in light of the differing practices among Italian courts. For example, some courts grant authorization for surgeries based on the presentation of psychological and endocrinological documentation, regardless of whether it comes from private institutions or the public healthcare system. Others insist on the necessity of a pathway conducted through the national healthcare system or require the appointment of a court-appointed expert for a second evaluation by a mental health professional.

---

antee of the right to health, that is, when it is aimed at allowing the individual to achieve a stable psychophysical balance, particularly in those cases where the divergence between anatomical sex and psychosexual identity leads to a conflictual attitude and rejection of one's anatomical morphology."

57 A. Kompatscher, S. Roßbach, *Non-Binary GenderMarkers in Italy?: On the Decision No. 143/2024 of the Italian Constitutional Court*, in *VerfBlog*, 9.8.2024.

58 German Constitutional Court, Judgement 1 BvR 2019/16, accessible at: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010\\_1bvr201916.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.html).

59 Council of Europe, *Joint ministerial declaration on the occasion of the International Day Against Homophobia, Lesbophobia, Biphobia, Transphobia and Intersexphobia*, 15.05.2024.

60 F. Dalla Balla, *Cosa resta della legge n. 164/1982? Diritti e fonti della transizione di genere*, in *BioLaw Journal*, 3, 2024, pp. 57-86.

61 Italian Constitutional Court, Judgement n. 143/2024, 18 June 2024, para. 6.2.4.



## 7. Tentative conclusions

The principle of equality has historically proven to be a powerful legal driver of social transformation. The advancement of rights, underpinned by the actions of constitutional justice bodies operating within a framework of loyal cooperation with other branches of government, has led to significant progress for lgbti+ rights.

In response to the growing demand from nonbinary individuals for the recognition of their right to gender identity and self-determination, comparative legal analyses reveal that various constitutional democracies, particularly their constitutional courts, have regarded the entrenched binary structure of legal systems as no impediment to the acknowledgment of nonbinary identities. Through their decisions, they have thus introduced the concept of a third gender in the legal system, affirming the primacy of the individual's right to self-determination and personal identity.

The right to full self-determination of individuals, particularly for the comprehensive recognition of the needs of gender non-conforming persons, including non-binary individuals, is a guiding principle in the Yogyakarta Principles. Although the legal status of these principles remains somewhat ambiguous, as discussed, they have gradually begun to serve as a reference point for some regional and constitutional courts and could potentially become a standard towards which states can aspire through their legal frameworks to ensure the full recognition of non-binary persons.

The recent ruling by the Italian Constitutional Court, as examined, also acknowledges the existence of non-binary individuals (supported primarily by clinical and scientific evidence) and emphasized that this situation warrants recognition in accordance with the principles of personalism, respect for social dignity, and the protection of health. Nevertheless, the Italian Court, unlike its German and Belgian counterparts, highlighted the lack of a European consensus on the issue and deferred the matter to the national legislature, thereby missing the opportunity to affirm the primacy of the individual's right to self-determination and personal identity.

In the second part of its decision, the Court, despite acknowledging the non-necessity of authorization for procedures in cases of gender rectification, has created interpretative uncertainty in all instances where individuals wish to undergo only gender-affirming procedures. Furthermore, the Court has raised doubts about the criteria for the assessment conducted by judges to determine whether the "modifications to sexual characteristics that have occurred" are sufficient for the acceptance of rectification requests.

The hope, therefore, is that the Italian Constitutional Court will demonstrate greater courage in the future, as legislative discretion cannot result in a lack of protection for the fundamental rights of individuals in situations of vulnerability. Ultimately, it is a matter of ensuring the supremacy of the Constitution.

Alexandre Gliott\*

## Lessons from a Fair Adjudication of Third Gender Markers: A Comparison of Canadian, English, French, and European Judicial Perceptions of Non-Binary Gender Markers

### Summary

1. Introduction. – 2. A Deferential Conception of the Case Narrative. – 2.1. The *Fait Accompli*. – 2.2. The Appearance Test. – 2.3. Medical History. – 2.4. Family Life. – 3. A Template for Fairer Adjudication of Third Gender Categories. – 3.1. Miss B Goes to Canada: Understanding the Daily Struggles of Non-Binary People. – 3.2. A Deep Understanding of the Suffering Non-Binary People Face. – 3.3. Self-Determination as an Organising Principle. – 4. Conclusion.

### Abstract

Le richieste di riconoscimento delle designazioni non binarie sui documenti anagrafici hanno raggiunto le corti supreme in Inghilterra e Francia, nonché la Corte europea dei diritti dell'uomo. Queste corti, considerando il riconoscimento non binario come politicamente sensibile hanno cautamente rimandato alle posizioni governative. L'articolo sostiene che poiché le designazioni non binarie sono state adottate in circostanze di minor conflitto, le relative sentenze forniscono un modello di aggiudicazione più equo. Basandosi sulla teoria di Hirschl, secondo cui le corti sostengono strategicamente gli interessi egemonici quando aggiudicano questioni politicamente salienti, il saggio compara le giurisdizioni europee con quella canadese per mostrare come le pressioni esterne modellino le decisioni giudiziarie. Attraverso la teoria della narrazione giuridica, l'articolo esamina i principali filoni narrativi costruiti dai giudici, dimostrando come i giudici europei abbiano strategicamente travisato le persone non binarie per legittimare interessi egemonici a differenza dei giudici canadesi.

*Recent challenges seeking the recognition of non-binary designations on vital records have reached apex courts in England and France, as well as the European Court of Human Rights. These courts, viewing non-binary recognition as politically sensitive, cautiously deferred to government positions. This paper argues that since non-binary designations were adopted with less controversy in Canada, Canadian judgments provide a fairer model of adjudication. Drawing on Hirschl's theory that courts strategically uphold hegemonic interests when adjudicating politically salient questions, the paper compares European jurisdictions with Canada to show how external pressures*

\* LLB Law with French Law Graduate, University College London and Paris-Panthéon-Assas University. This paper was written during my stay at the University of British Columbia as a Visting International Research Student (VIRS). I am grateful to the P. Allard School of Law for hosting me and to the University College London Global Experience Bursary for funding my stay. I am deeply grateful to the expert guidance of Professor Régine Tremblay who welcomed me during my stay. I am equally grateful to Professor Myriam Hunter-Henin for providing me with invaluable insights throughout. I am grateful to the VIRS programme facilitators, as well as the administrative teams of both Law faculties which made my stay in Vancouver possible. I acknowledge that I wrote this paper at the UBC Vancouver campus in the traditional, ancestral, and unceded land of the x̱m̱əθḵw̱əy̱əm (Musqueam) people. This compelled me to reflect on the influential role of legal decisions in shaping dominant cultural narratives and silencing historically marginalised voices. The paper passed a double blind peer review.

shape judicial decisions. Through legal narrative theory, it examines the master narratives constructed by judges, demonstrating how European judges strategically mischaracterised non-binary people to legitimise hegemonic interests unlike Canadian judges.

## 1. Introduction

The issue of gender categories' legal boundaries is fiercely debated in the United Kingdom and France, leading to high-profile constitutional cases<sup>1</sup>. Recent challenges seeking the recognition of third gender categories have risen to the highest courts of these nations and the European Court of Human Rights<sup>2</sup>. This paper argues that socio-political factors have influenced these courts to adopt cautious, deferential approaches, contrasting with the more assertive stance of Canadian courts that better protects non-binary claimants' rights<sup>3</sup>.

Hirschl's theory may explain the cautious European approach, suggesting that courts are more likely to produce meaningful social reform only when external factors favour it or when market incentives encourage compliance<sup>4</sup>. Absent these conditions, courts maintain hegemonic interests rather than diffuse power or foster redistributive politics when adjudicating politically salient topics, using "prudent and/or strategic judicial behavior" rather than simply applying rights provisions or procedural justice norms<sup>5</sup>.

In Canada, where non-binary claimants mostly reached settlements with provincial governments without lengthy legal battles, socio-political factors were conducive to reform. This contrast with Europe highlights strategic judicial behaviour in Europe and promotes causal claims "concerning legal institutions and the ways in which they interact with the social and political environment in which they operate<sup>6</sup>...".

One element of this judicial strategy is what Papke calls "master narratives", simplified restatements of facts in appellate decisions that reflect dominant societal values<sup>7</sup>. While this political influence is clearer in the U.S. Supreme Court, where individual judges' biases are more evident, in England and France, rulings on third gender categories take on a "superjudge" voice, presenting the case not just as a legal matter but as a broader statement about non-binary people<sup>8</sup>. The 'god trick,' where judges appear to view cases "from above, from nowhere" obscures the underlying power relations that shape their decisions<sup>9</sup>.

Using legal archaeology and comparative methods, this paper conducts a detailed case study comparison of Canadian and European third-gender rulings. It employs Montgomery's close-reading method to unearth the assumptions and biases of judges, revealing how political factors shape their deci-

- 1 *Scottish Government v AG* 2023 SC 89 (OH); G. Schön, "Le Conseil d'État saisi d'un recours pour l'autodétermination des personnes transgenres" (12 March 2024, Deshoulières Avocats) < <https://www.deshoulieres-avocats.com/autodetermination-des-personnes-transgenres/> > accessed 3 August 2024.
- 2 English case saga: *R (on the application of Elan-Cane) v SoS for the Home Department* [2021] UKSC 56 ("UKSC"); [2020] EWCA Civ 363 ("EWCA"); [2018] EWHC 1530 (Admin) ("EWHC"); French case saga: *Case 76888/17 Y v France* [2023] ("Y v France"), *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1*, 4 mai 2017, 16-17.189 ("Cour de cassation"); *Cour d'appel d'Orléans*, 22 mars 2016, 15/03281 ("Cour d'appel"); *Tribunal de Grande Instance de Tours, Deuxième Chambre Civile* 20 août 2015 ("TGI").
- 3 Quebec case saga: *Centre for Gender Advocacy v. Attorney General of Quebec* [2021] QCCS 191 ("Quebec First Instance"); [2021] QCCA 1300 ("Quebec CA"); [2016] QCCS 5161 ("Quebec Raw Data"); *T.A. v Manitoba (Justice)*, 2019 MBHR 12 ("MBHR"); *T.A. v. Ontario (Transportation)* [2016] HRT0 17 ("HRT0").
- 4 R. Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, in *Annual Review of Political Sciences*, 2008, no. 11 p. 93; R. Hirschl, *Towards Juristocracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.
- 5 R. Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, in *Fordham Law Review*, 2006, no. 75, p. 721; R. Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics*, *ivi*.
- 6 R. Hirschl, *Case selection and research design in comparative constitutional studies*, in *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2014.
- 7 D. Papke, *Discharge as Denouement: Appreciating the Storytelling of Appellate Opinions*, in *Narrative and The Legal Discourse: A Reader in Storytelling and the Law*, Deborah Charles Publications, 1991.
- 8 *Ibid.*
- 9 D. Haraway, *Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective*, in *Feminist Studies*, 1988, no. 14, p. 575.

sions<sup>10</sup>. The comparison with Canadian case law serves to promote the “common mode of comparative constitutional law [...] geared toward self-reflection or betterment through analogy, distinction, and contrast,” searching for the right solution “to a given constitutional challenge” a polity is struggling with<sup>11</sup>.

England and France are apt comparators because third gender categories are contentious in both jurisdictions, the cases revolve around analogous legal arguments, and the ECtHR’s adjudication of the French case and potential adjudication of the English case enriches the analysis of judicialization by including international institutional dynamics. While the English claimant identifies as non-gendered and was registered female at birth and the French claimant identifies as intersex and was registered male at birth but born intersex, such dissimilarity will help contrast the socio-political influences on adjudication.

This paper contends that while third gender categories are politically salient in Europe, they are less politically charged in Canada. As a result, Canadian courts have been able to enact meaningful reform without resorting to cautious judicial behaviour. This comparison reveals that Canadian adjudication has been fairer to non-binary claimants by avoiding reliance on judges’ biases and instead focusing on rights-based outcomes.

By engaging in a negative hermeneutic function, this paper exposes how European courts’ master narratives uphold dominant power structures (2) and contrasts this with the fairer Canadian model for adjudicating third gender categories (3).

## 2. A Deferential Conception of the Case Narrative

Jones and Montgomery assert that “judicial preference” for one narrative of a case over another confers “an immediate advantage” on one side<sup>12</sup>. This section employs a case study comparison of English and French case sagas to argue that most courts favoured respondent states, resulting in an unduly modest outcome for the claimants.

Jones and Montgomery analyse competing narratives in a case, likening them to sieges, with cases “being a small skirmish in the assault on a citadel<sup>13</sup>.” Here, two narratives emerge: the siege either sought to break down barriers to legally and socially recognised self-determination or to subject democratically endorsed policies to rights-based scrutiny. Most judges gave limited credence to the claimants’ narrative by distorting their *fait accompli* (accomplished fact) or realisation of their desired self.

The claimants’ *fait accompli* (2.1) was distorted by judges who erroneously judged that the claimants did not embody their desired gender based on their appearance (2.2), medical history (2.3), or family history (2.4).

### 2.1. The *Fait Accompli*

Both the English and French claimants initially presented a similar narrative, emphasising their physical embodiment of their gender and unwavering pursuit of self-determination despite obstacles.

Both claimants attached their gender identity to their bodies: the French claimant identified their gender with their intersexuality and the English claimant underwent two gender-affirming surgeries<sup>14</sup>. Such circumstances are relatively rare. Gender-affirming surgeries require screening for gender dysphoria and only 0.05% to 1.7% of the world’s population is born intersex, most of whom identify as female or male<sup>15</sup>. As such, these circumstances may refute psychosocial anxieties that view gender non-conformity as a potent threat to children’s wellbeing, the normative family, or heterosexual expectations<sup>16</sup>.

10 C. Jones and J. Montgomery, *Competing Narratives in a Case Biography: A Tale of Two Citadels*, in *Journal of Law and Society*, 2020, no. 47, p. 412.

11 R. Hirschl, *Case selection and research design in comparative constitutional studies*, *ivi*.

12 C. Jones and J. Montgomery, *ivi*.

13 *Ibid*.

14 EWHC (n 2) [2]; *Y v France*, (n.2) [5].

15 UKSC (n 2) [43]; *Y v France*, (n.2) [28], [33].

16 J. Butler, *Who’s Afraid of Gender?*, UK, Allen Lane, 2024; A. Sharpe, *Transgender Jurisprudence*, Routledge, 2002.



Their narrative reflects a resilient construction of identity. Both claimants were in their sixties at the start of proceedings and spent decades of adhering to norms which they perceived to define non-gendered or intersex identities such as androgyny<sup>17</sup>. Their persistent pursuit contrasts starkly with alternative conceptualisations of third genders such as Dembroff's anti-essentialist definition of nonbinary whereby "even conformity to nonconformity - cannot be a requirement of nonbinary identity"<sup>18</sup>.

This persistence aligns with legal requirements for gender transition in each country such as living as the desired gender and, in England, swearing that the change is permanent<sup>19</sup>. This suggests authenticity and may counter criticisms of gender non-conformity as fleeting or deceptive<sup>20</sup>.

Despite its strengths, this narrative was distorted by some judges who questioned the claimant's *fait accompli* based on appearance, undermining their quest for self-determination as gender non-conforming individuals.

## 2.2. The Appearance Test

Apart from the ECtHR and the first instance French court, all other courts disregarded expert or witness testimony regarding the claimants' physical appearance, opting instead for their own assessments. This approach undermined the claimants' embodiment of identity thereby significantly influencing case outcomes (2.2.1). Reliance on this test lacks principled basis, as it reflects paternalistic assumptions about the claimants' best interests (2.2.2) and contradicts the essence of the *fait accompli* principle (2.2.3).

### 2.2.1. Decisive Effect on Case Outcomes

The French *Cour d'appel* initially introduced the 'appearance test', asserting that Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) mandated either no gender designation or modification in cases of discordance between legal gender and social behaviour and physical appearance<sup>21</sup>. Despite ample evidence, including psychological evaluations, indicating the claimant's social ambiguity, the court deemed them male, leading to the dismissal of their Article 8 appeal<sup>22</sup>.

Subsequently, the *Cour de Cassation*, the French government in *Y v France*, and the UK Supreme Court all employed the appearance test to refute the claimants' Article 8 assertions. This test surfaced in discussions about the proportionality of states' failure to adopt measures of a nature to guarantee effective respect of the claimants' private life<sup>23</sup>.

Arguing that public and private interests were balanced or that the interference was proportional, the courts and the French government stated that the discrepancy between the claimant's legal gender and their self-perceived gender would not be perceived by others thereby not affecting them to such a great extent<sup>24</sup>. The UK Supreme Court elucidated this argument by overtly comparing the claimant's situation with that of Miss B in *B v France*, stating that the discrepancy between B's feminine appearance and her male identity papers made using her identity papers more demeaning and distressing than for the non-gendered claimant<sup>25</sup>. The *Cour de cassation* and the French government may have covertly implied this comparison.

While these cases seemingly hinged on the margin of appreciation afforded to respondent states on this issue, the appearance test greatly influenced case outcomes. The UK Court of Appeal explained that the approach to positive obligation and fair balance taken from Strasbourg jurisprudence looks at "three key factors": those relating to "the identity in question (the individual)", "the state and its systems (coherence)" and the "position in other states in the Council of Europe (consensus)"<sup>26</sup>. Since the appearance test undermined the first factor, it gave respondent states an immediate advantage.

17 *Y v France* (n 2) [5]-[6]; EWHC (n 2) [2]-[4].

18 R. Dembroff, *Beyond Binary: Genderqueer as Critical Gender Kind*, in *Philosophers' Imprint*, 2020, n. 20, p. 1.

19 Gender Recognition Act (GRA) 2004, ss 2(1)(b), 2(1)(c); C. Civ art. 61-5.

20 J. Butler, *Who's Afraid of Gender?*, *ivi*.

21 *Cour d'appel* (n 2).

22 *Ibid.*

23 *Cour de cassation* (n 2); *Y v France* (n 2) [57],[79]; UKSC (n 2) [40]-[41].

24 *Ibid.*

25 UKSC (n 2) [40] citing ECtHR, 25 March 1992, *B v France*.

26 EWCA (n 2) [54].

The test's influence on the UK Supreme Court outcome was more modest since the court overruled dicta in *Re G* which held that even if the ECtHR would consider that the Member State had a wide margin of appreciation, a domestic court could find a violation of the ECHR.<sup>27</sup> However, this was not true for the French appellate courts. The *Cour d'appel* asserted the potential for a violation even within the wide margin of appreciation granted to Member States<sup>28</sup>. The *Cour de cassation* upheld this stance, focusing primarily on domestic institutional propriety and only tangentially referring to the margin of appreciation "in addition" to this<sup>29</sup>. As such, French courts were willing to make determinations within the national margin of appreciation, but the appearance test extinguished this possibility.

The decisive effect of this test is undesirable because it is underpinned by paternalistic assumptions regarding the claimant's best interests.

### 2.2.2. Paternalistic Assumptions

The comparison to Miss B reflects paternalistic assumptions regarding the claimants' best interests. Firstly, courts presume that blending into cisgender society, as seen in Miss B's case, benefits the claimants. Yet, the claimants desire recognition within a third gender or sex category. The French claimant's psychologist notes that such recognition would repair a profound identity injury<sup>30</sup>. Similarly, the English claimant values acknowledgment as non-gendered<sup>31</sup>.

Secondly, courts assume that being perceived as male or female poses acceptable harm to the claimant. However, both suffer from gender dysphoria, with the French claimant likening physical changes which fostered dysphoria to "sufferance, internal rape"<sup>32</sup>. Thus, they likely experience similar distress to transgender individuals when their legal gender is recognised, exacerbating dissatisfaction with their perceived genders. As such, this test's application is flawed.

### 2.2.3. The Spirit of the '*Fait Accompli*'

In ECtHR jurisprudence, the concept of *fait accompli* denotes a claimant's "adaptation" to their desired gender<sup>33</sup>. Whilst seldom mentioned explicitly, this guiding principle initially restricted legal recognition to "a carefully constructed class" of transgender people who have undergone sex reassignment surgery<sup>34</sup>. Courts' reliance on the appearance test in cases involving third gender categories mirrors this concept and is similarly exclusive. However, it contradicts the essence of the *fait accompli*, which, paradoxically, safeguards self-determination.

The notion of *fait accompli* emerged to uphold self-determination. Initially implicit, it gained prominence through dissenting opinions, and gradually permeated the court's majority opinions.

The first instance of the court addressing whether the ECHR guarantees recognition of one's desired gender saw the notion implicitly surface<sup>35</sup>. Although the case was dismissed for failing to exhaust domestic legal remedies, the European Commission argued for the recognition of the claimant's gender identity, citing "his changed physical form, his physical make-up, and his social role"<sup>36</sup>. At the beginning of the ECtHR's case law on transgender rights, the notion of appearance was thus used to argue claimants' cases rather than dismiss them.

Judge Marten's dissent in *Cossey* framed the claimant's *fait accompli* as an expression of self-determination<sup>37</sup>. He stated that the principle of human dignity and human freedom underlies the Convention

27 UKSC (n 2) [71].

28 *Cour d'appel* (n 2).

29 *Cour de cassation* (n 2).

30 *Y v France* (n 2) [11].

31 EWHC (n 2) [4].

32 *Y v France* (n 2) [5]; UKSC (n 2) [43].

33 ECtHR, 27 September 1990, *Cossey v UK*, Opinion of Judge Martens, [2.6.3], [2.7].

34 P. Cannoot, *The Pathologisation of Trans\* Persons in the ECtHR's Case Law on Legal Gender Recognition*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, no. 37, p. 14.

35 Case 7654/76 *Van Oosterwijck v Belgium* (1980).

36 *Ibid*; *Van Oosterwijk* Report of 1 March 1979, B.36 (1983), p. 26 cited in J. Marshall, *Sexual Identity in Personal Freedom through Human Rights Law?*, Martinus Nijhoff (ed), *International Studies in Human Rights*, 2009.

37 *Cossey* (n 33).

and implies “that a man should be free to shape himself and his fate in the way that he deems best fits his personality<sup>38</sup>.” Applying these notions to the case before him, he stated that “a transsexual [...] is prepared to shape himself and his fate,” and goes through “ordeals” doing so<sup>39</sup>. While this stance excluded transgender people who did not undergo surgery, it laid the groundwork for the expansion of broader principles.

The notion of self-determination figured in the majority opinion in *Pretty v UK*<sup>40</sup>. The court acknowledged its novelty but deemed the notion of personal autonomy to be “an important principle underlying the interpretation” of Article 8’s guarantees<sup>41</sup>. The same year, this notion was applied to protect the right “of transsexuals to personal development<sup>42</sup>...” In *Van Kück*, the concept was applied to safeguard the rights of transgender people with “the applicant’s freedom to define herself” as female deemed “one of the most basic essentials of self-determination<sup>43</sup>.” Even dissenting opinions acknowledged the “clearly established” and “undoubted” right to gender self-determination in the court’s jurisprudence<sup>44</sup>.

In *X and Y v Romania*, the court finally strengthened the principle of self-determination by no longer considering its manifestation to be confined to sex reassignment surgeries<sup>45</sup>. The notion of self-determination which was once shrouded in a strict interpretation of the *fait accompli* broke free.

This evolution underscores that while the appearance test may appear progressive by eschewing surgical criteria, it regresses by disregarding the essence of the *fait accompli*. From Judge Marten’s opinion onwards, consideration of the *fait accompli* aimed to recognise claimants’ strides towards self-determination.

The appearance test callously overlooked this journey, concomitantly undermining claimants’ commitment to self-determination. For example, the UK Supreme Court stated that passports had no purpose in recognising the claimant’s “innermost thoughts<sup>46</sup>.” In contrast, the ECtHR acknowledged this journey from the claimant’s assignment as male at birth, the societal pressure they faced to “pretend to be a man”, and their involuntarily adopted male characteristics through medical treatment<sup>47</sup>.

The ECtHR’s rejection of the appearance test aligned with the spirit of *fait accompli* and self-determination. While it criticised the test for overlooking the claimant’s intersex reality, the bulk of its criticism emphasised that commitment to self-determination should be the determining factor.<sup>48</sup> The court argued that identity goes beyond mere appearance and is a private aspect of life, not reducible to “the appearance that this person dons in the eyes of others<sup>49</sup>.” While still considering evidence of the claimant’s identity, the court also considered how the claimant forged their identity *despite* external refusal to recognise it<sup>50</sup>.

This approach championed the spirit of the *fait accompli* and the expansion of Article 8 from protecting individuals from “fascist and communist inquisitorial practices,” to “the freedom to live the life of one’s own choosing,” among other things<sup>51</sup>. It has already been cited before the *Conseil d’Etat* to argue for the right to binary gender self-determination eschewing the existing requirement to ‘live’ as the desired sex which, in practice, is argued to reduce to an appearance test<sup>52</sup>.

Ultimately, the appearance test’s disregard for the claimants’ *fait accompli* weakened claimants’ narratives, favouring respondent states and revealing the inherently political nature of adjudicating third

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

40 ECtHR, 29 April 2002, *Pretty v UK* [61].

41 *Ibid* [61].

42 ECtHR, 11 July 2002, *Goodwin v UK* [90].

43 ECtHR, 12 June 2003, *Van Kück v Germany* [73].

44 *Ibid*, Opinion of Judges Carbral, Barreto, Hedigan, and Greve [1], [16].

45 ECtHR, 19 January 2021, *X and Y v Romania* [160], [167].

46 UKSC (n 2) [39].

47 *Y v France* (n 2) [88].

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

50 *Ibid* [10]-[11].

51 J. Marshall, *ivi*, citing ECtHR, 13 June 1979, *Marckx v Belgium*, Opinion of Judge Fitzmaurice [7].

52 G. Schön, *ivi*.

gender categories. An additional illustration of this phenomenon is evident in the judicial scrutiny of the English claimant's medical backgrounds.

### 2.3. Medical History

The UK Supreme Court analysed the English claimant's medical history to challenge their embodiment of their non-gendered identity, particularly focusing on a hysterectomy performed by the NHS as a treatment for gender dysphoria<sup>53</sup>. Despite ECtHR precedent suggesting that denying legal recognition after providing gender reassignment surgery is illogical, and despite the UK Supreme Court's own emphasis on the coherence of administrative and legal practices across public bodies, the court made a distinction between the claimant's hysterectomy and the "long and difficult process of transformation which was undergone by transsexuals as a result of gender reassignment surgery"<sup>54</sup>.

The court was wrong to urge caution because the claimant received a surgery undergone by many women "without alteration to their gender," by contrast with gender reassignment surgery<sup>55</sup>. The fact that many receive the same procedure with different motivations should not meaningfully distinguish the procedure from a gender reassignment surgery for two reasons.

First, it misunderstands the nature of gender-affirming surgeries, which do not determine gender and are not solely for transgender individuals. The legal recognition of one's gender no longer relies on the completion of gender reassignment surgery so no surgery alone can determine someone's gender<sup>56</sup>. As such, medical experts are not "empowered to discern, direct, and enact the determination of sex"<sup>57</sup>. This is reflected in NHS documents which use "gender surgery" rather than "reassignment surgery"<sup>58</sup>.

Gender-affirming treatments are not only available to gender non-conforming people, but commonly available to cisgender people. Treatments such as reconstructive mammoplasty are frequently used to treat cisgender patients whose arguments evoke gender dysphoria to the extent that this treatment is now an "accepted" and "expected" component of breast-cancer surgical care<sup>59</sup>. As such, there is no strict dividing line between treatments undergone by "transsexuals" and cisgender people.

Second, the court's differentiation between the claimant's medical history and transgender experiences is unfounded. A hysterectomy is a "major operation," with a long recovery time like that of a vaginoplasty, which causes infertility, and, when used to treat health problems, is only considered after less invasive treatments have been tried<sup>60</sup>.

The court's determination of the hysterectomy echoes Judge Valticos's antiquated dissenting views in *B v France* which criticised the claimant for undergoing surgery "lightly" and "voluntarily" in a way that trivialised "irreversible surgical operations," and distinguished her from a "genuine transsexual"<sup>61</sup>. Judge Pettiti's dissenting opinion levied criticism that her operation was not verified as genuine and irreversible by a qualified medical team and that there was no psychological treatment, protracted observation, or at least no evidence of such because the operation was done abroad<sup>62</sup>. Yet, the UK Supreme Court's reasoning is even less convincing because none of these arguments apply to the English claimant.

While arguments tying NHS treatment to government responsibility for a gender-neutral passport have merit, they risk discouraging healthcare provision to gender non-conforming individuals<sup>63</sup>. From a reformist standpoint favouring a de-medicalised transition process, NHS recognition of gender identity

53 UKSC (n 2) [43].

54 UKSC (n 2) [62], [43], [44] citing *B v France* (n 25) [63] and *Goodwin* (n 42) [77]-[78].

55 *Ibid.*

56 *X and Y v Romania* (n 45).

57 T. Schall and J. Moses, *Gender-Affirming Care for Cisgender People*, in *Hastings Center Report*, 2023, no. 53, p. 15.

58 NHS, 'Treatment: Gender Dysphoria' (NHS, 18 May 2020), in <https://www.nhs.uk/conditions/gender-dysphoria/treatment/>, accessed on 16 November 2023.

59 T. Schall and J. Moses, *ivi*.

60 NHS, 'Hysterectomy' (NHS, 11 October 2022) <<https://www.nhs.uk/conditions/hysterectomy/>> accessed 12 February 2024; NHS, 'Vaginoplasty Feminising Surgery' (NHS, 27 July 2021), [https://www.leedsandyorkpft.nhs.uk/our-services/wp-content/uploads/sites/2/2021/10/v3\\_vaginoplasty-leaflet\\_gender\\_dysphoria.pdf](https://www.leedsandyorkpft.nhs.uk/our-services/wp-content/uploads/sites/2/2021/10/v3_vaginoplasty-leaflet_gender_dysphoria.pdf), accessed on 16 November 2023.

61 Sharpe, *ivi*, citing *B v France* (n 25), Opinion of Judge Valticos.

62 *B v France* (n 25), Opinion of Judge Pettiti.

63 UKSC (n 2) [45].



should not influence transition outcomes. However, the UK Supreme Court's emphasis on the claimant's medical history to undermine their identity was unfounded.

The judicial scrutiny of the claimant's medical background unfairly favoured the respondent state, as did the judicial consideration of the French claimant's family life.

## 2.4. Family Life

The *Cour d'appel* determined the claimant's gender based on their male physical appearance and "social behaviour," citing their marriage and adoption as evidence<sup>64</sup>. The court did not elucidate how these facts illustrated male behaviour so this section examines two potential flaws in this connection, which was endorsed by the *Cour de cassation*<sup>65</sup>.

First, the court may have implied that, since only heterosexual marriage and adoption were legal at the time these events transpired, and since the claimant is married to a woman, the claimant had declared themselves to be male. Judge Valticos (dissenting) relied on a similar line of reason in *B v France*, stating that Miss B was a man because she "had performed [her] military service"<sup>66</sup>.

This reasoning implies that the claimant should have forfeited their rights to marry and adopt to gain recognition. These rights are enshrined in Article 12 of the ECHR and *Goodwin* provides authority for the proposition that there is no "justification for barring the transsexual from enjoying the right to marry under any circumstances"<sup>67</sup>. Whilst the court found no violation in the case of *Parry v UK* whereby applicants in marriages subsisting their transition were required to terminate their marriage in order to obtain a Gender Recognition Certificate, this decision relied on the applicants' ability to continue their relationship through a civil partnership which carried almost the same rights and obligations<sup>68</sup>. Yet, the French claimant was married before the French civil partnership law was adopted<sup>69</sup>. As such, making the recognition of the claimant's gender conditional on their forfeiture of their right to marriage violates the respect of their Article 12 right.

Second, the court may have implied that the claimant adopted a male role by marrying and starting a family with a woman. This conflates gender and sexuality and reflects bias favouring conformity to heterosexual norms. Such reasoning, rooted in "homophobic anxiety," denies recognition to those whose autobiography fails to conform to a script that, "presumes heterosexual desire"<sup>70</sup>.

The judicial scrutiny of the claimant's family life undermined their identity, favoured the respondent state, and prompts the need for fairer adjudication of third gender categories in England and France.

## 3. A Template for Fairer Adjudication of Third Gender Categories

Canadian case law offers a model for the fairer adjudication of third gender categories by demonstrating a thorough understanding of non-binary people's daily lives (3.1), acknowledging their suffering (3.2), and focusing on their autonomy (3.3).

### 3.1. *Miss B Goes to Canada: Understanding the Daily Struggles of Non-Binary People*

Canadian courts, unlike their UK and French counterparts, recognised the significant harm caused by gender non-conforming legal documents. While the UK Supreme Court cited *B v France* to argue that Miss B, a transgender woman, experienced greater distress than non-gendered claimants due to the mismatch between her feminine appearance and male identity papers, Canadian courts took a different

64 *Cour d'appel* (n 2).

65 *Cour de cassation* (n 2) [8].

66 D. Gonzalez-Salzberg, *The Court's Conception of Gender, in Sexuality and Transsexuality under the ECHR*, Hart Publishing, 2019 citing *B v France* (n 25) [61].

67 *Goodwin* (n 42) [103].

68 ECtHR, 28 November 2006, *Parry v UK*.

69 *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*.

70 Sharpe, *ivi*, p. 298.

stance<sup>71</sup>. They acknowledged that both non-binary and transgender people suffer similar challenges from gender non-conforming vital documents, relying on expert and claimant testimony rather than assumptions.

First, Canadian case law acknowledged the mismatch between reality and gender non-conforming documentation by framing the claim as one for accurate documentation. For one, the Quebec Court of Appeal stated that changing the designation of sex relates to the “reality of transgender or non-binary people<sup>72</sup>.” Elsewhere, the Manitoban judgment highlighted that denying non-binary sex designations forces individuals to either be without a birth certificate or accept an inaccurate one, which the court found to be systemic discrimination<sup>73</sup>. The Quebec first instance judgment held that, for transgender and non-binary people alike, accurate gender confirms their identity and inaccurate gender creates confusion about their true identity in situations where school administrators or employers verify that the person presenting the document fits the gender description<sup>74</sup>. As such, gender non-conforming documents prevent non-binary individuals from proving their identity or entitlement to legal rights and government services<sup>75</sup>.

Canadian courts also acknowledged the harm caused by these inaccuracies which evokes the situation of Miss B, where misidentification led to distress and social harm. The Quebec first instance case which included transgender, non-binary, and intersex claimants acknowledged that when transgender or non-binary people use birth certificates to register for school, apply for jobs, or rent apartments, they reveal their transgender status because their sex designation does not match their gender expression<sup>76</sup>. As such, non-binary and transgender people face similar risks of violence and discrimination when their gender does not match their legal documents, discouraging them from applying for jobs or leaving unsatisfying employment<sup>77</sup>. Alongside these risks, the Manitoban judgment also referred to the risk of ridicule which may limit transgender and non-binary people’s outside activity<sup>78</sup>.

Crucially, the Quebec first instance court specifically cited examples of both transgender and non-binary people’s similar negative experiences using inaccurate documentation. The judgment cites a transgender claimant who, when picking up mail addressed to the male name on her identity document, explains that she is his sister rather than disclosing that she is transgender<sup>79</sup>. Similarly, the judgment cites a non-binary claimant avoiding daycare registration for his child to prevent disclosing his gender identity, fearing poor treatment for his child<sup>80</sup>. In both cases, inaccurate documentation risks ‘outing’ the claimant and creates a distressing situation akin to that of Miss B.

Finally, the Quebec first instance court made it easier for non-binary people to prove the similarity of their situation to Miss B’s by rejecting the idea that non-binary individuals should endure the consequences of inaccurate documents to prove eligibility for correction. It emphasised that the government cannot expect transgender or non-binary people to change their gender identity to benefit from the law, highlighting the circular logic in requiring them to change their identity to prove it<sup>81</sup>. The Quebec Court of Appeal also elaborated on the importance of removing outdated requirements, such as undergoing medical treatments or living for two years under the desired sex appearance, which risk placing transgender people in a state of discrimination and vulnerability since they must suffer the consequences of inaccurate documentation whilst they complete the requirements for correction<sup>82</sup>.

In conclusion, Canadian courts took a more attentive approach, thoroughly understanding the daily lives of non-binary people rather than drawing an artificial line between the experience of non-binary and transgender people based on paternalistic assumptions.

71 UKSC (n 2) [40] citing *B v France* (n 25).

72 Quebec CA (n.3) [96]-[98].

73 MBHR (n 3) [45], [51].

74 Quebec First Instance (n 3) [36]-[37], [16].

75 *Ibid* [198].

76 *Ibid* [9], [37].

77 *Ibid* [3].

78 MBHR (n 3) [25].

79 Quebec First Instance (n 3) [119].

80 *Ibid* [314].

81 *Ibid* [109].

82 Quebec CA (n 3) [43], [45].

### 3.2. A Deep Understanding of the Suffering Non-Binary People Face

The English and French courts have a limited understanding of the suffering non-binary individuals face since they decisively focused on one facet of non-binary people's suffering. Their cases turned on the idea that the claimants' discrepancies between legal and self-perceived gender are not widely noticed by others, and, as such, the policy to refuse gender conforming documentation rests on an acceptable balance of public and private interests or constitutes a proportional interference to the claimants' right to respect of private life<sup>83</sup>. In contrast, Canadian courts deeply understood the multi-faceted challenges non-binary people endure when their vital documents fail to reflect their true gender.

First, Canadian courts gave proper credence to the suffering caused by the symbolic consequences of non-binary people's lack of legal recognition. The Quebec first instance court drew attention to the fact that the act of birth is "an authentic act that carries the authority, legitimacy, and power of the State<sup>84</sup>." By misidentifying non-binary individuals, such an act offends the principle of self-determination by delegitimising their identity. The judgment cited a claimant's testimony that "without legal recognition [...], he feels that there is no place for him in this world," and stated that this sentiment was shared by most witnesses and linked to an alarming rate of suicidal ideation and attempts<sup>85</sup>. For example, this sentiment is echoed by the testimony of an intersex claimant cited by the court who, in her 60s, is said to always have kept a busy work schedule "to keep her mind off hurting herself to end the pain of living in a world that does not acknowledge her existence<sup>86</sup>."

Furthermore, the Manitoban judge pointed out that the plight of trans and non-binary individuals was well-known in 2013/2014 and reasoned that the government's refusal to "acknowledge [the applicant's] agency and personhood" was objectively highly serious<sup>87</sup>. One way to understand why the judge found it relevant to mention the widespread understanding of their plight is to look at law as the site of cultural production with the level or type of recognition afforded to the claimant's group as "the site of power by which the human is differentially produced," with some humans recognised as less than human<sup>88</sup>. This perspective reveals the seriousness of the government's refusal since it suggests that the government knew of the plight of trans and non-binary individuals but refused to acknowledge it.

The importance of this cultural production is equally highlighted in the Quebec first instance judgment whereby the judge concluded that "by seeking to confirm whether a change in designation of sex is appropriate for a young person, the Regulation second-guesses the applicant who is the only person who can attest to their gender identity" and "makes it harder for them to have their identity and their place in society validated<sup>89</sup>." By focusing on transgender and non-binary people's place in society and the need for validation, the court adequately understood a facet of non-binary people's suffering.

Second, Canadian courts highlighted the historical disadvantage and discrimination faced by non-binary people. The Manitoban judge asserted that transgender, pangender, and other non-binary people are a historically disadvantaged and discriminated against population<sup>90</sup>. This perspective was supported by decisions from the Human Rights Tribunal of Ontario and the British Columbia Human Rights Tribunal, which highlighted the extreme social stigma, prejudice, and violence faced by transgender individuals<sup>91</sup>.

The Quebec first instance court held that that the applicants successfully proved that "an identity document that does not properly identify transgender and non-binary people contributes to their leading vulnerable and precarious lives<sup>92</sup>." As a consequence, the applicants' "rights to life, security, and inviolability are also engaged," and the "designation of sex on attestations and declarations of birth

83 *Ibid.*

84 Quebec First Instance (n 3) [112].

85 *Ibid* [113].

86 *Ibid* [129].

87 MBHR (n 3) [77], [80].

88 J. Butler, *Undoing Gender*, Routledge, 2004.

89 Quebec First Instance (n 3) [280].

90 MBHR (n 3) [24].

91 *Ibid* [25]-[26].

92 Quebec First Instance (n 3) [139].

discriminates against transgender and non-binary people” because it “creates and perpetuates disadvantage because of the suffering it causes<sup>93</sup>.”

Similarly, Hamilton JA in the Quebec Court of Appeal case stated that “the starting point of the analysis is the principle that everyone is entitled to access public services<sup>94</sup>.” He asserted that transgender or non-binary people, like people with disabilities, require special measures enabling them to exercise that right, and where “such measures do not allow them to fully participate in society, there may be discrimination<sup>95</sup>.” He held that “the discordance between the designations appearing on their civil status documents and their true identity perpetuates, reinforces or exacerbates” their disadvantage<sup>96</sup>. As such, Canadian courts portrayed non-binary people as a community that has been historically disadvantaged and discriminated against.

Third, the Quebec first instance case went as far as to conclude that inaccurate documents increase the risk of suicide for transgender and non-binary people. Whilst a legal challenge questioned the link between non-conforming documents and the heightened risk of suicidal ideation among non-binary people and demanded to scrutinise the raw data used in the study, the court dismissed this preliminary challenge<sup>97</sup>. The first instance judge instead affirmed that transgender people “frequently turn to suicide to end the suffering caused by living in a world that does not acknowledge their identity and that fights their attempts to affirm it<sup>98</sup>.” The judge highlighted the persecution and violence faced by transgender and non-binary people, causing them to withdraw from situations requiring the presentation of government-issued identity documents<sup>99</sup>. The judgment made it clear that transgender and non-binary people suffer from violence, persecution, humiliation, and anxiety caused by presenting gender non-conforming ID, which exacerbates their risk factors for suicide<sup>100</sup>.

Together, these factors portray non-binary people as a vulnerable community, a depiction which becomes thematic in Canadian case law. The Manitoban judge accepted a publication ban against the disclosure of the plaintiff’s identity because such a disclosure “could lead to a significant risk of injury or harm given the potential for prejudicial behavior directed towards them as a pangender individual<sup>101</sup>.” The judge cited the “small size of the trans community” as a factor motivating this ban since “it would take only a little amount of information to glean the identity of the complainant<sup>102</sup>.” Moreover, the Quebec case concerning the key study’s admissibility, given the lack of raw data shared with the respondent, also highlights the community’s vulnerability. The judge concluded that “particularly when vulnerable communities are concerned,” weakening the trust between these communities and researchers is harmful<sup>103</sup>.

Ultimately, Canadian case law’s broad understanding of the multi-faceted challenges non-binary people face allowed judges to reach fairer outcomes than ones that primarily accounted for the suffering caused by the external perception of the discrepancies between the claimants’ legal and self-perceived genders. The Canadian courts’ approach stands in stark contrast to the English and French approach which assumed that blending into cisgender society was in the claimants’ best interest, ignoring their need for recognition beyond the binary gender system.

### 3.3. Self-Determination as an Organising Principle

Unlike the French and English courts, which focused on external conformity through appearance tests or scrutiny of the claimants’ medical history and family life, Canadian courts prioritised autonomy and respect for self-determination.

93 *Ibid* [140]-[141].

94 Quebec CA (n 3), Hamilton JA [225].

95 *Ibid* [226].

96 *Ibid* [228].

97 Quebec Raw Data (n 3) [2], [4]-[5], [17].

98 Quebec First Instance (n 3) [17].

99 *Ibid*.

100 *Ibid* [117].

101 MBHR (n 3), Publication Ban [2].

102 *Ibid* [3].

103 Quebec Raw Data (n 3) [64].



First, Canadian courts emphasised respecting non-binary individuals' autonomy. The Quebec first instance court stated that for transgender and non-binary people, their sex at birth on their act of birth "confirms that, officially, they are not who they know themselves to be<sup>104</sup>." This principle motivated the judge to reject the argument that a newborn's sex on an act of birth is discriminatory because "newborns do not have a gender identity<sup>105</sup>." The act of birth looks to "a person's genitalia" rather than "their name, clothing, hairstyle, and bearing," which are "determined by the person themselves<sup>106</sup>".

The Quebec first instance's court's focus on autonomy threaded together its various decisions. For example, the court held that excluding non-binary parents from being properly identified on their children's act of birth "undermines the respect they are owed and deprives them of full recognition<sup>107</sup>." The court noted that a claimant felt the term "filiation" did not "respect him as a parent<sup>108</sup>." The judge also seemed to accept that acts of death disclosing one's sex at birth could breach "a person's right to dignity, honour, and [...] reputation<sup>109</sup>." Similarly, the Manitoban court stated that the claimant "adopts a wide range of gender expression in order to feel whole and complete as a person<sup>110</sup>".

Second, the courts took broad view of gender expression in sharp contrast to the European courts' restrictive focus on the claimants' appearances, medical histories or family lives. The Manitoban court considered the claimant's "wide range of gender expression," including clothing and interests typically associated with both male and female genders<sup>111</sup>. The Tribunal recognised gender identity beyond the perception of others, defining it as the "psychological self-awareness of one's conscious self in relation to gender<sup>112</sup>." It took an accommodating view of gender expression, including "clothing, speech, body language, hairstyle," voice, and even "choice of name and personal pronouns<sup>113</sup>".

Finally, Canadian judges demonstrated an empathetic approach whereby inconsistent expression of gender identity could nonetheless suffice in certain cases. The Manitoban judge acknowledged that some individuals might choose a gender expression inconsistent with their gender identity for safety, security, or social conformity reasons<sup>114</sup>. Similarly, in an Ontario interim ruling determining the evidence needed for the applicant to demonstrate their lived experience as pan-gender, the judge acknowledged that medical records might not fully capture how an applicant expresses gender in everyday life, noting that a person might present differently in various contexts such as before physicians versus in private life<sup>115</sup>. This contrasts with the French *Cour d'appel*'s rigid view, which considered a claimant's marriage and adoption choices as inconsistent with their gender identity<sup>116</sup>.

Overall, Canadian courts' approach was more progressive and inclusive, focusing on self-determination and respect for individuals' identities, unlike the paternalistic and appearance-based standards of French and English courts. This fosters a more equitable and respectful legal framework for recognising gender identity.

104 Quebec First Instance (n 3) [8].

105 *Ibid* [21].

106 *Ibid* [34].

107 *Ibid* [170].

108 *Ibid* [178].

109 *Ibid* [326]-[327].

110 MBHR (n 3) [3],

111 *Ibid*.

112 *Ibid* [22].

113 *Ibid*.

114 *Ibid* [23].

115 HRTO (n 3) [15].

116 *Cour d'appel* (n 2).

## 4. Conclusion

In conclusion, judicial narratives play a critical role in shaping legal recognition for non-binary individuals. By comparing European and Canadian approaches, it becomes evident that European courts, influenced by political sensitivity and hegemonic interests, constructed master narratives that mischaracterised non-binary people, legitimising the status quo. In contrast, Canadian judgments provide a fairer model for adjudicating third-gender categories, offering narratives that better reflect the lived experiences of non-binary individuals.

This comparison underscores the importance of challenging judicial complacency and the power dynamics inherent in legal narratives, as the stories chosen by judges not only shape the immediate outcome of cases but also influence future claims and the broader cultural understanding of gender non-conformity<sup>117</sup>. The qualification of the facts risks constituting a script that gender non-conforming people must follow or derive from to gain recognition in a fashion that is not dissimilar to Krafft-Ebing's story of Case 129 or Lili Elbe's *Man Into Woman: An Authentic Record of a Change of Sex*, both of which told transgender people what to say to get medical care "without ending up in prison [for being gay] or confined in a mental hospital"<sup>118</sup>.

Recognising law as a site of cultural production, it is crucial that judicial decisions promote fair and inclusive outcomes, particularly for marginalised groups, rather than perpetuate exclusionary narratives that reinforce dominant power structures. Canadian cases not only provide fairer narratives but hopefully also inspire future challenges to the status quo in Europe and offer healing to marginalised groups by revealing "the facts of their own historic oppression" rather than the "comforting stories" downplaying claimants' suffering which are used by European judges to justify modest decisions<sup>119</sup>.

117 C. Jones and J. Montgomery, *ivi*, citing R. Ingleby, *Rhetoric and Reality: Regulation of Out-of-Court Activity in Matrimonial Proceedings*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, no. 9, p. 230; R. Ingleby, *Solicitors and Divorce*, Clarendon Press, 1992.

118 Z. Playdon, *The Hidden Case of Ewan Forbes: And the Unwritten History of the Trans Experience*, Scribner, 2021, p. 41.

119 R. Delgado, *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*, *Michigan Law Review*, 1989, no. 87, p. 2411; C. Jones and J. Montgomery, *ivi*.

Carolynn Gray\*

## Law as Symbolic Other in the Acquisition of Personhood for Non-Binary Individuals

### Summary

1. Introduction. - 2. Trans Personhood Rights in Traditional Legal Theory. - 3. Psychoanalytic Approach to Personhood: Drucilla Cornell's Theory. - 3.1. Background to Cornell's Thesis. - 3.2. Minimum Conditions of Individuation. - 3.3. The Imaginary Domain. - 3.4. Law as Symbolic Other. - 4. The Denial of Psychic Personhood: Applying Psychoanalysis to Gender Identity Recognition Laws and the Exclusion of Non-Binary Identities. - 4.1. Legal Exclusion and the Marginalization of Non-Binary Identities. - 4.2. The Law as (Mirror and) Gatekeeper of Identity. - 5. Legal Reform of Gender Recognition Laws: A (Full) Personhood Imperative. - 5.1. Toward a More Inclusive Legal Framework. - 5.2. Introducing a Self-Declaration Model. - 5.3. Legal Recognition of Non-Binary Identities. - 6. Conclusion.

### Abstract

Questo articolo esamina l'esclusione delle persone non binarie e gender-fluid dall'accesso alle disposizioni contenute nel Gender Recognition Act 2004 che hanno lo scopo di fornire il riconoscimento legale della propria identità di genere. In tal modo, questo articolo utilizza la teoria psicoanalitica di Drucilla Cornell della legge come Altro simbolico nel processo degli individui che raggiungono la personalità psichica per fornire una nuova analisi della questione della riforma legale del riconoscimento di genere. Sostiene che l'attuale quadro giuridico, che consente solo il riconoscimento delle identità di genere binarie, nega agli individui non binari il riconoscimento necessario per la piena personalità che, in questo articolo, significa sia la personalità giuridica che viene data a tutti gli esseri umani, sia la personalità psichica, che è la capacità di concepire se stessi come un tutto e di farsela riconoscere dagli altri; La personalità giuridica e le tutele date dalla legge agli esseri umani trascurano attualmente la seconda concettualizzazione della personalità e senza entrambe si sostiene che solo alcuni sono in grado di raggiungere la piena personalità davanti alla legge. Esplorando l'impatto dell'esclusione legale sulla formazione dell'identità, il documento chiede riforme significative, tra cui l'adozione di un modello di autodichiarazione e il riconoscimento legale delle identità non binarie. Queste riforme sono essenziali per garantire che la legge protegga pienamente la dignità e l'autonomia di tutti gli individui con varianti di genere.

*This paper examines the exclusion of non-binary and gender-fluid individuals from accessing the provisions contained in the Gender Recognition Act 2004 which are intended to provide legal recognition of one's gender identity. In so doing, this paper utilises Drucilla Cornell's psychoanalytic theory of the law as a Symbolic Other in the process of individuals achieving psychic personhood to provide a novel analysis of the issue of legal gender recognition reform. It argues that the current legal framework, which only permits recognition of binary gender identities denies non-binary individuals the recognition necessary for full personhood which, in this paper means both legal personhood which all human beings are given and psychic personhood which is the ability to conceive of oneself as a whole and have that recognised by others; legal personhood and protections given in law to human beings currently neglects the second conceptualisation of personhood and without both it is argued that only some*

\* Head of Division Accounting, Finance, and Law, University of the West of Scotland. The paper passed a double blind peer review.

are able to achieve full personhood before the law. By exploring the impact of legal exclusion on identity formation, the paper calls for significant reforms, including the adoption of a self-declaration model and the legal recognition of non-binary identities. These reforms are essential to ensure the law fully protects the dignity and autonomy of all gender-variant individuals.

## 1. Introduction

Personhood projects in law are not new.<sup>1</sup> The debate as to how far personhood, as a legal concept, should extend touches on the question of extending this concept to non-humans e.g. animals, artificial intelligence, and non-legal persons<sup>2</sup> e.g. the unborn child<sup>3</sup>. However, although this debate around extending legal personhood in such a way is interesting, the issue that will be argued in this paper is that law has not fully achieved *full* personhood for all actual human legal persons and therefore before personhood is extended to non-humans and non-legal persons the failure of law to fully ascribe personhood status to all human beings must be examined and challenged. The argument in this paper is that personhood is not merely a legal concept but also a psychoanalytic concept and until both are realised full personhood has not been achieved. This paper takes the personhood legal project in relation to one particular group of individuals, non-binary individuals, and examines the extent to which the law has, failed to fully enable individuals within this group to achieve personhood. This paper will examine the extent to which the Gender Recognition Act 2004 provides mechanisms for binary trans individuals to be recognised while at the same time excluding non-binary trans individuals and thus raises important questions regarding the extent of the provisions within the 2004 Act. In so doing, this paper significantly extends the concept of personhood as currently existing within legal projects and seeks to examine what it means to achieve personhood from a psychoanalytic perspective which although this paper focuses on one relatively small population, necessitates a wider exploration, beyond the scope of this paper, about the role that law plays in the process of all individuals being able to develop their sense of self and full personhood.

## 2. Trans Personhood Rights in Traditional Legal Theory

Before exploring personhood rights for non-binary individuals it is important to consider the wider project undertaken in the latter quarter of the twentieth century aimed at achieving to legal recognition of gender identity in the UK and the role that the European Court of Human Rights in particular played in this. Trans jurisprudence has been a topic of interest for a number of years however the focus has been almost entirely based on achieving substantive equality for transsexuals<sup>4</sup> in the fields of employment and family law. In recent years, as a result of a focused legal campaign by individuals in both the

- 
- 1 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* Clarendon (1832); H.L.A. Hart *The Concept of Law* Oxford University Press (1961); W Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769).
  - 2 In the UK an unborn child is not classed as a legal person until the child is born and has an existence separate from the mother or other mechanism for maintaining life. Until this point, i.e. the point of individual existence, the foetus has no legal rights or responsibilities. In addition, corporations are non-human legal personalities. The incorporated entity has legal rights and responsibilities separate from those who run the corporation – see the House of Lords judgment in *Salomon v Salomon* [1897] AC 22.
  - 3 L.B. Solum *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carolina Law Review*, 1992, 70:1231; J. Berg *Of Elephants and Embryos: A Proposed Framework for Legal Personhood* in *Hastings Law Journal*, 2007, 59:369; T.L. Bryant *Sacrificing the Sacrifice of Animals: Legal Personhood for Animals, the Status of Animals as Property, and the Presumed Primacy of Humans* in *Rutgers Law Journal*, 2007, 39:247; J.J. Bryson, M.E. Diamantis, T.D. Grant *Of, for, and by the People: the Legal Lacuna of Synthetic Persons in Artificial Intelligence and Law*, 2017, 25(3), 273-291; S.M. Solaiman *Legal Personality of Robots, Corporations, Idols, and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy in Artificial Intelligence and Law*, 2017, 25(2):125-142.
  - 4 Taken to mean those who medically and or legally transition from the sex assigned at birth to the opposite sex. Does not include gender variant, non-binary, or genderqueer people.



domestic<sup>5</sup> and European Courts<sup>6</sup> regarding rights for trans people, there has been growing recognition, and legal protection, of the rights of trans individuals to be able to live in their acquired gender<sup>7</sup> and participate fully as autonomous people in civil, economic, and social society<sup>8</sup>. The protections gained via legal recognition are to be welcomed as amounting to equality for trans people however this welcome ought not to be uncritical. A critique of the law which gives recognition, and therefore protection, is necessary to highlight the ways in which access to the protections are not guaranteed to all trans people, in particular non-binary trans people, and how the laws therefore impact on the self-determination and personhood of non-binary individuals. An uncritical focus on the mere existence of international and domestic protections has led to a complex situation which this paper attempts to address: the human rights based laws which protect binary trans personhood, interpreted as the lawful ability to live and be recognised in one's acquired gender free from discrimination, fail to take into consideration the ability, or otherwise, of all (binary and non-binary) gender variant individuals to authoritatively determine their identity free from the consideration of others, namely the medical profession, and free from the limitations of the law. The human rights-based laws such as the right to one's identity as protected by Article 8 of the European Convention on Human Rights 1950 (ECHR), which has been interpreted as including the right to one's gender identity<sup>9</sup>, are considered by those working in this field to amount to protection of trans personhood<sup>10</sup>. However, these human rights-based laws are very limited in their application; these rights only apply to binary trans people who meet the criteria for legal recognition set out in the domestic laws of their Contracting State<sup>11</sup>.

As a result of the work of activist groups fighting for the rights of trans individuals to be free from criminalisation and discrimination there have been calls for the recognition of trans rights in international human rights laws as well as in domestic laws. Human rights, particularly those conceptualised as civil and political rights as in the European Convention on Human Rights (ECHR) or the Universal Declaration of Human Rights are inalienable rights inherent to all human beings regardless of status. Tahmindjis argues that such inherent inalienable rights are "classed as a form of natural rights"<sup>12</sup> and are therefore rights which exist for all human beings regardless of personal characteristics. Bamforth writes that it cannot be doubted that "issues of gender and sexuality fall squarely within the concerns of international and national human rights law"<sup>13</sup>. Bamforth therefore reiterates that human rights protections apply both to sexual minority groups and trans people and these particular groups cannot be excluded from both international and national human rights protections because of their sexual or gender identity. The issue is that the law now tends to protect gender and sexual minority individuals but in so doing places very strict boundaries around which gender and sexual minority individuals will be recognised and protected; the very process of recognition for some provides, in itself, a mechanism for further exclusion of others. As Sandland notes, the law "can be read as a case study demonstrating the truism that any act of inclusion also excludes"<sup>14</sup>.

The main document specifically considering sexual orientation and gender identity (SOGI) rights is the *Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Ori-*

5 As evidenced by the cases of *Corbett v Corbett* [1971] P. 83; *Bellinger v Bellinger* [2002] Fam. 150.

6 As evidenced by the cases of *Rees v United Kingdom* [1987] 2 F.L.R. 111; *B v France* [1992] 2 F.L.R. 249; *Van Oosterwijk v. Belgium* 3 E.H.R.R. 581; *Goodwin v United Kingdom* [2002] I.R.L.R. 664; *Van Kück v Germany* [2003] 2 F.C.R. 421; *L v Lithuania* (2008) 46 E.H.R.R. 22; *X, Y and Z v United Kingdom* [1997] 2 F.L.R. 892; *Cossey v United Kingdom* [1991] 2 F.L.R. 492.

7 Has a specific meaning within the Gender Recognition Act 2004.

8 Such as the Equal Treatment Directive (76/207/EEC) as interpreted in the case of *P v S and Cornwall County Council* (C13/94) [1996] All E.R. (EC) 397 as prohibiting discrimination in the workplace on the basis of an employee's gender reassignment; Council Directive 2006/54/EC. Such as the Gender Recognition Act 2004; The Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999 SI 1999/1102 which amended the Sex Discrimination Act 1975; the Sex Discrimination (Amendment of Legislation) Regulations 2009; The Protection from Harassment Act 1997.

9 *Van Kück v Germany* (2007) 37 E.H.R.R. 51; *I v United Kingdom* (2003) 36 E.H.R.R. 53; *Goodwin v United Kingdom* (2002) 35 E.H.R.R. 18.

10 Declaration of Montreal; Yogyakarta Principles.

11 These rights stem from the European Convention on Human Rights and therefore only apply to contracting states.

12 P. Tahmindjis *Sexuality and International Human Rights Law* in *Journal of Homosexuality*, 2005, 48 (3/4): 9-29, 9.

13 N. Bamforth *Introduction in Sex Rights*, N Bamforth (ed), Oxford, Oxford University Press, 2005, 1.

14 R. Sandland *Feminism and the Gender Recognition Act 2004* in *Feminist Legal Studies*, 2005, 13(1):43-66.

*tation and Gender Identity*<sup>15</sup> (the Yogyakarta Principles) which were drafted and adopted by a worldwide international panel of experts meeting in Yogyakarta, Indonesia in 2006. Although the principles have no legal effect in that they are not an international human rights treaty they are intended to be guidelines to which nations should aspire when legislating for the LGBT community. O’Flaherty and Fisher note that the Yogyakarta Principles “are intended as a coherent and comprehensive identification of the obligation of States to respect, protect and fulfil the human rights of all persons regardless of their sexual orientation or gender identity.”<sup>16</sup> The Yogyakarta Principles note that:

International human rights law imposes an absolute prohibition of discrimination in regard to the full enjoyment of all human rights, civil, cultural, economic, political and social, that respect for sexual rights, sexual orientation and gender identity is integral to the realisation of equality between men and women<sup>17</sup>.

There are 29 Principles in total which deal with the universality of international human rights law<sup>18</sup> and traditional civil and political rights similar to those in the ECHR<sup>19</sup>. Other rights contained in the Yogyakarta Principles include the right to express oneself including the right to express one’s sexual or gender identity free from persecution,<sup>20</sup> the right to claim asylum based on sexual orientation and gender identity,<sup>21</sup> and the right to participate in family life<sup>22</sup> and public life<sup>23</sup> without fear of persecution. The rights contained in the Yogyakarta Principles are merely aspirational and are in no way legally enforceable, however they highlight that this group of people need protection in law and deserve the respect, dignity, and basic human rights expected by others.

In theory non-binary trans people themselves are not excluded from the general international human rights standards. However, it may seem to these individuals who have been seeking recognition in domestic and European Courts that they were not as protected as other binary trans and cisgendered individuals in international human rights law. This is a justified conclusion when it is considered that these courts have continued to hold that there is no right to non-binary legal recognition. Although, as briefly argued above, it is widely thought that trans people have achieved legal personhood it is not as clear cut as the law and traditional legal analysis presents. As noted in the introduction, personhood is not just a legal concept, it is also a psychoanalytic concept and the next section will provide an overview of the argument made by Drucilla Cornell<sup>24</sup> in her groundbreaking book *The Imaginary Domain*. It is argued that true achievement of *full* personhood requires legal recognition and protection which follows on from the development of psychic personhood and laws which fail to be based on psychic personhood ultimately limit the ability of individuals to actually achieve that psychic personhood as such laws amount to a denial of the person’s sense of self and ability to actualise it. Once the overview of Cornell’s thesis is concluded it will be applied to the Gender Recognition Act 2004 to highlight how this piece of legislation limits the development of full personhood specifically to non-binary trans individuals but also potentially to some binary trans individuals.

15 Yogyakarta Principles of the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity, *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, 2008, 9(2):86-113.

16 M. O’Flaherty and J Fisher *Sexual orientation, gender identity and international human rights law: contextualising the Yogyakarta Principles in Human Rights Law Review*, 2008, 8(2):207-248, 207.

17 Yogyakarta Principles of the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2008) *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law* 9(2):86-113, 87.

18 Principles 1-3.

19 Principles 4-11.

20 Principle 19.

21 Principle 23.

22 Principle 24.

23 Principle 25.

24 Drucilla Cornell (1950–2022) was a distinguished American philosopher, feminist legal scholar, and activist, whose work bridged critical theory, poststructuralism, and legal studies. She was particularly known for her influential contributions to feminist jurisprudence and her theory of the “imaginary domain,” she argued for the legal recognition of individual autonomy and dignity as essential for ethical and just societies.

### 3. Psychoanalytic Approach to Personhood: Drucilla Cornell's Theory

Personhood is not merely about the formal recognition of rights; it is also about the deeper, psychological process of becoming a recognised subject within society. Legal theory is such that the personhood of legal persons is not questioned; it is accepted that human beings have legal personhood by virtue of being human beings. However, this is not the only way that personhood can be conceptualised; it is also possible to take a non-legal view of personhood and to then examine the role that law plays in enabling psychic personhood to develop or not develop. In her influential work *The Imaginary Domain*<sup>25</sup>, Drucilla Cornell applies psychoanalytic theory, particularly drawing from Lacan, to argue that the law functions as a Symbolic Other in the stage of personhood formation of an individual. By adopting a Cornelian analysis of the laws as applied to trans people (binary and non-binary) in the next section, it will be seen that whereas the trans rights project to achieve personhood rights, such as the right to marry and the right to protection from discrimination in the workplace, has largely been achieved by means of human rights and anti-discrimination laws, personhood as conceptualised in Cornell's analysis is much more fragile and harder to achieve in law particularly when we consider those trans people who identify outside of binary gender. This part of the paper explores Cornell's concept of the Symbolic Other as it applies to law in the process of recognition of one's gender identity in the UK and ultimate achievement of personhood, in Cornelian terms, for such individuals and in so doing questions how law as Symbolic Other places limitations on who is to be recognised in the UK and also on whose gender identity is deemed worthy of recognition and protection by the law.

#### 3.1. Background to Cornell's Thesis

In her 1995 book entitled *The Imaginary Domain* Drucilla Cornell posits that the process of becoming a person in law is a psychic project which relies upon recognition being given by the 'Other'; it is through this recognition that an individual gets value and meaning. Cornell claims that "[i]n psychoanalytic terms such value [of a person], in the most primordial sense of even achieving a sense of oneself as a self, is always bestowed by the Other"<sup>26</sup>. For Cornell the Other does not need to be an actual person but rather she claims that "we can begin to think of a legal system as a Symbolic Other; a system that does not merely recognise, but constitutes and confirms who is to be valued, who is to matter." Central to Cornell's thesis is the concept of minimum conditions of individuation by which she means the conditions that need to be in existence before an individual can achieve personhood.

#### 3.2. Minimum Conditions of Individuation

Cornell theorises what she calls the 'minimum conditions of individuation'. She claims that within the concept there are three requirements which will, when combined, allow an individual to develop personhood. In fact she argues that without these conditions being fulfilled, an individual will never fully achieve personhood; she writes that these three conditions "insure [sic] a minimum degree of individuation which I defend as necessary for the equivalent chance to transform ourselves into individuated beings who can participate in public and political life as equal citizens."<sup>27</sup> It should be noted here that when Cornell uses the term individuation she is not meaning individual. She claims:

when psychoanalysis speaks of individuation it should not be conflated with individualism. Respect for our dignity and our imaginary domain allows us to individuate ourselves enough so that we can claim our desire and take responsibility for our lives.<sup>28</sup>

Individuation therefore is about separating the self from others and achieving personhood as a desiring subject<sup>29</sup>.

According to Cornell the project of becoming a person is dependent on protecting the psychic space which allows personhood to develop; as Cornell argues, "without minimum conditions of individua-

25 D. Cornell, *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography and Sexual Harassment* (Routledge, London, 1995).

26 *Ibid.*, p.41.

27 D. Cornell, n.25, p. 4

28 D. Cornell, *Autonomy Re-Imagined* in *JPCS: Journal for the Psychoanalysis of Culture & Society*, 2003, 8(1):144-149, p.145

29 *Ibid.*

tion, we cannot effectively get the project of becoming a person off the ground”<sup>30</sup>. She continues, “[t]he equal worth of personhood of each one of us must be legally guaranteed, at least in part, in the name of the equivalent chance to take on that project”<sup>31</sup>. The project of becoming a person is simply that, a project. According to Cornell it is not a pre-given but rather becoming a person is about being able to participate in public life in a way in which the individual’s subjective conceptualisation of the self is respected. Cornell argues that “[w]hat we think of as “individuality” and “the person” are not assumed as a given but respected as part of a project, one that must be open to each one of us on an equivalent basis”<sup>32</sup>. If individuals are unable to access space in which to develop a sense of self then their project of becoming a person is severely hindered. Cornell’s minimum conditions of individuation are firstly bodily integrity, secondly “access to symbolic forms sufficient to achieve linguistic skills permitting the differentiation of oneself from others” and thirdly “the protection of the imaginary domain itself”<sup>33</sup> all three of which need to be in place to ensure the person’s sense of self develops. This paper is specifically concerned with the third minimum condition of individuation – the imaginary domain.

### 3.3. The Imaginary Domain

For Cornell the imaginary domain is “a fundamental schema within which we struggle to know ourselves”<sup>34</sup>. It is not a real place but rather it is a psychic matrix within which exists a basic sense of self but which is fragile to the imaginings of others. She notes that in legal terms the imaginary domain has to be the “moral and psychic right to represent and articulate the meaning of our desire and our sexuality within the ethical framework of respect and dignity of all others”<sup>35</sup>. So, it is the place where individuals are able to project an image of themselves, a place where in one’s mind one can be oneself. She argues that law needs to protect this psychic space and not allow one’s mind to be poisoned by imaginings of *actual others* (for example by prohibiting discrimination and hate speech) or indeed from *symbolic others* – those systems, such as law, which have sufficient authority to deem someone worthy of protection and recognition or not<sup>36</sup>. The importance of the psychic domain in achieving Cornelian personhood cannot be underestimated; if the psychic domain, the imaginary domain, is not protected and individuals are unable to project a self-image and to positively identify with that self-image then the reality for that person’s life and interaction with others is marred and will probably give rise to a high degree of psychic suffering; if one cannot be oneself because one’s imaginary domain has not been protected then the very real impact on how one lives out one’s everyday existence is immense; the individual is devalued, indeed degraded to borrow a phrase from Cornell.

Within Cornell’s analysis the project of becoming a person is so fragile and continuously under threat from external sources that it is possible that an individual’s quest for selfhood, for individuation, for personhood, can be entirely destroyed; this destruction, according to Cornell is as a result of an actual or symbolic assault on a person’s bodily integrity<sup>37</sup>. So, the imaginary domain and bodily integrity are intertwined. The imaginary domain is necessary for one to be able to project an image of oneself as a coherent whole, to imagine oneself as who one believes oneself to be. An assault on the projection of bodily integrity occurs where the individual is no longer able to imagine his body as a whole, as he imagines it, but rather his body is placed “in the hands and imaginings of others”<sup>38</sup>. This is clearly evident in the way that the law approaches gender variance whereby such individuals have to rely on the law recognising them and therefore validating their psychic identity; rendering such individuals particularly vulnerable to a symbolic assault on their imaginary domain. The crucial part of Cornell’s analysis for the purpose of this paper is that it provides a segway between legal personhood and psychoanalytic personhood and outlines how the law is crucial in developing psychic personhood which then seeks

30 D. Cornell, n.25, p. 4

31 D. Cornell, n.25, p. 5

32 D. Cornell, n.25, p. 4

33 *Ibid.*

34 D. Cornell, n.28, p. 146.

35 *Ibid.*, p.144.

36 For a parallel, but related, discussion on the authority of law see J L Austin *How to Do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press, 1962; see also M Foucault *The History of Sexuality Volume 1*, New York, Pantheon, 1978.

37 D. Cornell n.25, p.38.

38 *Ibid.*



acknowledgement and validation from the law. So although every human being has legal personhood it could be argued that until every human being has legal and psychic personhood they have not achieved full personhood in the sense of being an individual who stands before the law being seen and accepted by the law. Therefore it could be argued that without that validation of one's psychic personhood legal personhood is somewhat of a fiction as the person who is not given recognition and protection is not being protected and seen as themselves but rather their self is being defined by others; the validation of psychic personhood is given by law through the role of law as a Symbolic Other.

### 3.4. Law as Symbolic Other

Cornell largely bases her analysis on the work of Jacques Lacan who argues that one of the most important stages in human development is what he called the 'mirror stage'. According to Lacan the mirror stage occurs before the child reaches the age of eighteen months and occurs as a result of the child recognising their reflection. This recognition is not merely of the image but is the child's first perception of wholeness. The mirror stage however has an important function; it operates as a projection of what the child might become in the future.

But, for Cornell the Other does not need to be an actual person. Rather, she claims that "we can begin to think of a legal system as a symbolic Other; a system that does not merely recognise, but constitutes and confirms who is to be valued, who is to matter"<sup>39</sup>. If the legal system is understood as a symbolic Other, then this "allows for a fuller appreciation of how the denial of legal and social symbolization can be so significant to whoever is confirmed as a self"<sup>40</sup>.

Traditional legal philosophy sees the 'self' as a pre-existing entity; a Cartesian 'I am' whereas this alternative conceptualisation proposed by Cornell's minimum conditions of individuation sees the self as being a psychoanalytic process dependent upon validation by an Other, in this case the legal system. Whereas human rights advocates treat trans people as an 'I am', as a coherent whole whose rights ought to be recognised and protected, Cornell argues that the self is never fully in existence, rather it is fluid, it is fragile in that it needs constant recognition and validation from the Other. So, the law is not about protecting a pre-existing self but rather about allowing the self space to develop and exist and be validated. The trans rights project has largely achieved validation from the law as 'Other' in respect of anti-discrimination and human rights laws for binary individuals however such a project has failed to obtain validation for non-binary individuals who continue to be excluded from the protections in the Gender Recognition Act 2004.

The law operates on two specific levels regarding non-binary individuals; on the one hand, at a surface level, it either protects and validates individuality and identity or it does not through its function as a symbolic other and on a deeper level, one which has not yet been explored, the law operates in line with what Cornell calls 'degradation' which exists to impose an imagining onto another individual. According to Cornell a person is degraded when he has another person's imagining imposed on him. Cornell writes that "[i]t is the challenge to the worthiness to be happy and to be regarded as equal in one's personhood that I describe as degradation"<sup>41</sup>. In relation to binary trans people this degradation is reinforced when the law requires that individuals obtain a diagnosis of gender dysphoria before being given access to the protection of the Gender Recognition Act 2004. In relation to non-binary trans people it operates where their actual existence is denied.<sup>42</sup> This imposes on all trans individuals the imagining of another; in the current medical model of gender variance which underpins the Gender Recognition Act 2004 the psychiatrist 'gives' the 'disordered' person their identity, such an identity cannot be obtained unless given by a medical professional. This raises issues around narrative power. A person's narrative is important to an understanding of who that person is. If a patient is forced to alter their narrative to fit the medical model of gender dysphoria then that person's narrative is not a true representation of that person's identity rather it is forced on the individual in an attempt to make the person meet the diagnostic criteria contained in the DSM-5 or ICD-10.

Cornell advocates what she calls the 'degradation prohibition' as a way of ensuring that individual subjects are given equality under the law and that such degradation as outlined above should not

39 D. Cornell, n.25, p.42.

40 *Ibid.*

41 D. Cornell, n.25, p.11.

42 For more on the importance of law recognising non-binary individuals see C Gray 'Elan Cane (United Kingdom) in *Queer Judgments* N. Ferreira, M. Moscati and S. Raj (eds), Coventry, Counterpress, 2025, forthcoming.

occur<sup>43</sup>. Cornell argues that in a modern legal system individuals ought to be protected as independent equal persons and she claims that in order for this to occur individuals must be protected from a ‘grading down’ of his or her sex. She defines degradation thus

Someone is degraded when they are reduced to stereotypes of their “sex” or have imposed upon them objectified fantasies of their “sex” so that they are viewed and treated as unworthy of equal citizenship. We are degraded, in other words, when our “sex” is defined, symbolised and treated as antithetical to equal personhood and citizenship<sup>44</sup>.

Although Cornell discusses the degradation prohibition in relation to abortion rights, pornography and sexual harassment in the workplace, Cornell’s degradation prohibition is fundamentally important to this paper. Cornell argues that the degradation prohibition operates to ensure that individuals are not placed on a scale of worthiness. She claims that “hierarchical gradations of any of us as unworthy of personhood violates the postulation of each one of us as an equal person called for by a democratic and modern legal system”<sup>45</sup>. This sentiment is reflected in human rights and anti-discrimination laws which aim to protect trans people.

#### 4. The Denial of Psychic Personhood: Applying Psychoanalysis to Gender Identity Recognition Laws and the Exclusion of Non-Binary Identities

As mentioned above, in the UK the main piece of legislation purporting to give protection to those whose gender identity somewhat differs from the norm is the Gender Recognition Act 2004. This is a UK wide piece of legislation but reforms in the area of marriage law in particular led to some divergence between the approach taken in Scotland and that taken in England and Wales in relation to how someone is recognised under the legislation. These divergences are minor though; the fundamental requirements for providing a Gender Recognition Certificate, the paperwork which deems one to be of the sex opposite to that registered at birth, are fundamentally the same across the UK jurisdictions and this led to some of the legal problems when the Scottish Government sought to reform gender recognition laws for Scotland under the Gender Recognition Reform(Scotland) Bill which was passed on December 2022. The Bill never received Royal Assent as it was challenged by the Secretary of State for Scotland as being outwith the legislative competence of the Scottish parliament<sup>46</sup>.

Additionally, there are some protections given to trans people, both binary and non-binary, under the Equality Act 2010 but these merely protect from discrimination and different treatment and do not amount to full legal recognition of one’s sense of self.

Although this paper is somewhat critical of the Gender Recognition Act 2004 it has to be noted that it *has* been seen as a positive piece of legislation in that it *does* provide some solutions for those individuals who were marginalised and discriminated against because of their gender identity. Cowan, for example, claims, that the Gender Recognition Act 2004 “embodies what could be termed groundbreaking reform”<sup>47</sup>. In addition, Jeffreys claims that the Gender Recognition Act 2004 is a piece of radical legislation<sup>48</sup>. The Gender Recognition Act 2004 is indeed ground-breaking and radical because, according to Sharpe, when it was passed it located “the UK at the forefront of global transgender law reform”<sup>49</sup>. Historically the UK was one of the most resistant of all EU States to legislate to recognise trans people but when it was passed the Gender Recognition Act 2004 placed the UK in “pole position among pro-

43 D. Cornell, n.25, p.8 – 13

44 D. Cornell n.25, p.10.

45 *Ibid.*

46 Scottish Ministers, Petitioners [2023] CSOH 89.

47 S. Cowan, *Looking back (to)wards the body: medicalization and the GRA* in *Social and Legal Studies* 2009, 18(2):247-252; 247.

48 S. Jeffreys, *They know it when they see it: the UK Gender Recognition Act 2004* in *British Journal of Politics & International Relations*, 2008, 10(2):328-345; 328.

49 A.N. Sharpe *A critique of the Gender Recognition Act 2004* in *Journal of Bioethical Inquiry*, 2007, 4(1):33-42; 37.

gressive states willing to legally recognise the sex claims of transgender people”<sup>50</sup> and as a result many trans people are now able to participate in public life in the sex opposite to the sex assigned on birth. Section 9(1) of the Gender Recognition Act 2004 provides that

[w]here a full gender recognition certificate is issued to a person, the person’s gender becomes for all purposes the acquired gender (so that, if the acquired gender is the male gender, the person’s sex becomes that of a man and, if it is the female gender, the person’s sex becomes that of a woman).

However not everyone who seeks a Gender Recognition Certificate will be successful in obtaining one. Those seeking legal recognition must satisfy a number of conditions contained in the legislation<sup>51</sup>. Section 1 provides that a person aged 18 or over may apply to the Gender Recognition Panel for a Certificate on the basis of either “living in the other gender”<sup>52</sup> or “having changed gender under the law of a country or territory outside the United Kingdom”<sup>53</sup>. It becomes clear when subsequent provisions are considered that “living in the other gender” means identifying as a member of the opposite sex either having undergone, or not having undergone, medical procedures to change one’s body but either way the individual must still have a diagnosis of gender dysphoria from a competent medical professional so one cannot choose simply to live in the other gender and expect that to be recognised by law in any of the UK jurisdictions. According to the Joint Human Rights Committee the Gender Recognition Panel is one of the essential elements in the scheme of legal gender recognition<sup>54</sup>. Membership of the Panel is outlined in Schedule 1 paragraph 1(2) and (3) which provides that members are to be appointed by the Lord Chancellor. Members have to be either legally or medically qualified and there must be at least one medically qualified member and one legally qualified member on each panel determining applications. In relation to medical qualifications Schedule 1 para 1(2)(b) provides that the medical member must be a registered medical practitioner or a registered psychologist. In relation to legal members paragraph 1(3) outlines the qualifications required: “a person who has a seven year general qualification”<sup>55</sup>, “an advocate or solicitor in Scotland of at least seven years’ standing”<sup>56</sup>, and “a member of the Bar of Northern Ireland or solicitor of the Supreme Court of Northern Ireland of at least seven years’ standing”<sup>57</sup>. As such the Panel is in reality a medico-legal tribunal<sup>58</sup> which is tasked with examining the evidence to determine whether or not the applicant is entitled to a change of *legal* sex and thus worthy of the protection of the law. This in itself establishes that the Panel as well as the 2004 Act have the authority and power of the symbolic other that Cornell conceptualised; both have the ability to accept or deny the reality of an individual’s psychic personhood meaning that those denied a gender recognition certificate are unable to actualise their psychic personhood and never develop individuation as a separate, whole, self.

However, the Panel’s power is not unfettered. Currently section 2 provides that the Panel *must* issue a Certificate *if it is satisfied* that the applicant meets the criteria outlined below<sup>59</sup>. Determination of the application depends on which type of application the individual is making. If the applicant has applied for legal recognition of his gender identity under s.1(1)(a) then s.2(1) provides that the Panel must grant the application if they are satisfied that the applicant:

(a) has or has had gender dysphoria<sup>60</sup>

50 *Ibid.*, p.33. The reason it was ground-breaking was that it required no body modification prior to obtaining a legal change of sex. At the moment other countries are beginning to adopt this approach, for example Sweden has recently reformed their law to no longer require sterilisation prior to obtaining legal recognition.

51 A.N. Sharpe, *Gender recognition in the UK: a great leap forward* in *Social & Legal Studies*, 2009, 18(2):241-245; 243.

52 Gender Recognition Act 2004 s.1(1)(a).

53 GRA 2004 s.1(1)(b).

54 Joint Committee on Human Rights *Draft Gender Recognition Bill*, 20 November 2003 HL Paper 188-I & II, HC 1276-I & II; [52].

55 GRA 2004 sch.1 para 1(3)(a).

56 GRA 2004 sch.1 para 1(3)(b).

57 GRA 2004 sch.1 para 1(3)(c).

58 R. Sandland, *Running to stand still* in *Social & Legal Studies*, 2009, 18(2):253-257; 255.

59 There are two bases upon which to apply. A s.1(1)(a) application is made on the basis of living in the other gender and a s.1(1)(b) application is made on the basis of having changed sex under the law of a country or territory out with the United Kingdom.

60 The phrasing might first seem awkward but ‘has had’ was deemed appropriate because Gender Dysphoria is a medical condition with specific diagnostic criteria. The argument being that if a person has undergone the recognised treatment for gender dysphoria (medical transition) then they will likely no longer be suffering from gender dysphoria. If the phrase ‘has

- (b) has lived in the acquired gender throughout the period of two years ending with the date on which the application is made,
- (c) intends to continue to live in the acquired gender until death, and
- (d) complies with the requirements imposed by and under section 3.

If the applicant is making his or her application under s.1(1)(b) then under s.2(2) the Panel must grant a Certificate if satisfied:

- (a) that the country or territory under the law of which the applicant has changed gender is an approved country or territory, and<sup>61</sup>
- (b) that the applicant complies with the requirements imposed under section 3<sup>62</sup>.

The evidence required to support an application for recognition of gender identity is contained in s.3 which provides that if the applicant is applying under s.1(1)(a) i.e. living in the other gender at the time of the application then subsection (1) provides that his or her application to the panel must include: (a) a report made by a registered medical practitioner practising in the field of gender dysphoria and a report made by another registered medical practitioner (who may, but need not, practise in that field), or (b) a report made by a registered psychologist practising in that field and a report made by a registered medical practitioner (who may, but need not, practise in that field).

Section 3(2) provides that the reports outlined above must include “details of the diagnosis of the applicant’s gender dysphoria.”<sup>63</sup> Therefore in order to have one’s gender identity recognised in all of the UK jurisdictions the individual must undertake a relatively long process of obtaining a diagnosis of gender dysphoria, of living in the acquired gender for a period of two years and of convincing a Panel that they intend to live for the remainder of their lives in their acquired gender. There have been proposals to reform this area of law and the Labour Party mentioned in their recent manifesto ahead of the 2024 general election that they would look at reform however, no steps have been taken to make the required changes and, even if they are made they will not likely go far enough as they are likely to exclude any form of self-declaration model and any form of non-binary legal recognition and so whereas the UK was at the forefront of global gender recognition laws when the legislation was passed in 2004 it is now rapidly falling behind.

In addition to the Gender Recognition Act 2004 the Equality Act 2010 also provides some level of protection for all trans individuals across the UK but the 2010 Act does not provide a change of legal sex or legal recognition of non-binary identity; it merely provides a protection from discrimination in certain areas of life. Section 7(1) of the Equality Act 2010 provides that

[a] person has the protected characteristic of gender reassignment if the person is proposing to undergo, is undergoing or has undergone a process (or part of a process) for the purpose of reassigning the person’s sex by changing physiological or other attributes of sex.

There has been very little case law relating to section 7. The one case that provides any sense of how this section applies is the employment discrimination case of *Taylor v Jaguar Land Rover*<sup>64</sup> in which it was held that a non-binary individual is entitled to protection from discrimination in the field of employment. This implies some degree of self-determination and flexibility within the Equality Act 2010; however, the protection in section 7 is very limited: it only applied in the context of employment and provides no change of legal status. Therefore, this leads us to question the extent to which the law has achieved psychoanalytic personhood for those who identify as non-binary; the law is clear that those who have a binary gender identity can be provided with legal recognition should they meet the criteria and those who identify as non-binary can only be (at the moment) protected in their employment but do not enjoy full legal recognition.

The denial of legal recognition of non-binary identity within the Gender Recognition Act 2004 has recently been further reinforced in various courts in the UK. In *R (Castellucci) v The Gender Recognition Panel and the Minister for Women and Equalities*<sup>65</sup> Divisional Court held that there is no right to recognition of non-binary identity under the provisions of the 2004 Act.

---

had’ was not included anyone who had medically transitioned and was living at ease with their gender would be excluded from the provisions of the legislation and be unable to obtain a Gender Recognition Certificate.

61 GRA 2004 s.2(2)(a).

62 GRA 2004 s.2(2)(b).

63 GRA 2004 s.3(2).

64 ET/134471/2018 (15 September 2020).

65 [2024] EWHC 54 (Admin).



The exclusion of non-binary and gender-fluid individuals from legal recognition represents a critical failure of the UK's gender identity laws. This exclusion is not only a practical issue but also a deeper symbolic one, as it speaks to the law's role in determining which identities are deemed legitimate and worthy of recognition. To understand the broader implications of this exclusion, it is essential to apply a psychoanalytic framework, particularly Drucilla Cornell's theory of the law as the Symbolic Other.

The law plays a central role in shaping how individuals understand themselves and how they are understood by society. As a Symbolic Other, the law provides the categories and structures through which individuals achieve recognition and personhood. For those who conform to societal norms, such as binary gender roles, the law offers validation and legal rights. However, for those who deviate from these norms—specifically non-binary and gender-fluid individuals—the law becomes a site of exclusion, denying them the recognition necessary for full personhood.

#### 4.1. Legal Exclusion and the Marginalization of Non-Binary Identities

The current legal framework applying to gender identity recognition across the UK, which includes the Gender Recognition Act 2004 and the Equality Act 2010, operates within a binary model of gender, recognising only male and female identities and the current political narrative is that even if reform is carried out such reform will exclude non-binary identities reinforcing that gender, in the UK, is binary. This binary framework fails to accommodate non-binary and other gender-fluid individuals, leaving them without a legal pathway to amend their gender or access rights and protections that are available to their binary counterparts. The inability to obtain legal recognition has significant consequences for non-binary individuals, both in practical and symbolic terms.

Practically, the lack of legal recognition makes it difficult for non-binary individuals to navigate key areas of life, such as healthcare, employment, and legal documentation. For example, non-binary individuals are often forced to choose a binary gender on official documents like passports<sup>66</sup> and driver's licenses, even though this does not reflect their lived experience. This not only leads to frequent misgendering but also creates barriers to accessing services and protections that are based on gender classification. Without legal recognition, non-binary individuals are denied the ability to participate fully in society, reinforcing their marginalisation.

Symbolically, the exclusion of non-binary individuals from the legal framework represents a denial of their personhood. Drucilla Cornell's psychoanalytic theory helps to explain this process by framing the law as a Symbolic Other that defines the boundaries of personhood. In this role, the law offers recognition to some while denying it to others, effectively determining which identities are considered valid and worthy of recognition. For non-binary individuals, the law's refusal to recognise their gender identity amounts to a denial of their right to define themselves, limiting their ability to achieve full personhood.

#### 4.2. The Law as (Mirror and) Gatekeeper of Identity

As noted above, Lacanian psychoanalysis, on which Cornell's work is based, posits that the self is formed through a process of external recognition by those in authority, usually the mother. Cornell extends this concept to the legal sphere, arguing that the law functions as a Symbolic Other that reflects acceptance or exclusion back to individuals, thereby shaping their understanding of themselves. For non-binary individuals, legal recognition is a form of symbolic validation that affirms their identity within the legal and social order; failure to provide legal recognition is a symbolic erasure of the non-binary personhood; it is the law reflecting back that such individuals are not equal.

The lack of legal recognition of non-binary people then means that the law also acts as a gatekeeper, determining who is eligible for recognition and under what conditions. The Gender Recognition Act 2004, for example, imposes stringent criteria for obtaining legal gender recognition, including the requirement for a medical diagnosis of gender dysphoria and evidence of living in the acquired gender for two years. These requirements reinforce a medicalised and binary understanding of gender, which excludes non-binary individuals who do not fit within this framework; it also excludes binary trans people who have not participated in the medical process or who have been unable to obtain a diagnosis for whatever reason. By imposing these barriers, the law restricts access to recognition for those whose gender identity does not conform to binary categories, and whose identity even as binary trans people

66 For a legal analysis of the possibility of gender neutral passports see *R (on the application of Elan-Cane) v Secretary of State for the Home Department* [2021] UKSC 56 also see C. Gray n.44.

cannot be argued convincingly enough before others, effectively closing the gate to personhood for non-binary and gender-fluid individuals.

## 5. Legal Reform of Gender Recognition Laws: A (Full) Personhood Imperative

The exclusion of non-binary and gender-fluid individuals from the UK's legal framework highlights the need for significant reforms to the Gender Recognition Act 2004. These reforms should focus on creating a more inclusive and flexible legal system that recognises the full spectrum of gender diversity and ultimately which respects the principle of self-determination. Drawing on Drucilla Cornell's psychoanalytic framework, the following proposals aim to ensure that all individuals, regardless of their gender identity, can achieve full personhood under the law. The quest to develop this area of law is not new and arguments have been made for several years that the 2004 Act needs to be reformed.<sup>67</sup> These reforms focus on making the law more accessible and inclusive for binary trans people while also calling for legal recognition of non-binary identity so there will be some overlap between binary and non-binary identity recognition in the following sections.

### 5.1. Toward a More Inclusive Legal Framework

In recent years, there has been growing pressure on the UK government to reform the Gender Recognition Act 2004 to better reflect the diversity of gender identities. In 2020, the UK government launched a public consultation on reforming the Gender Recognition Act 2004, with many advocating for the introduction of a self-declaration model for legal gender recognition, similar to those adopted in Ireland, Denmark, and Argentina. Under a self-declaration model, individuals would be able to change their legal gender based on their self-identified gender, without the need for medical approval or invasive procedures. This approach prioritises individual autonomy and reflects the principle of self-determination, recognising that individuals are the best authorities on their own gender identity.

However, despite widespread support for reform from LGBTQ+ advocacy groups, the UK government has so far resisted making significant changes to the GRA 2004. Instead, the government has introduced minor reforms aimed at simplifying the application process for obtaining a Gender Recognition Certificate, such as reducing the cost and streamlining the administrative process. These changes, while welcomed by some, fall short of addressing the fundamental issues of inclusivity and recognition for non-binary individuals. The government's refusal to adopt a self-declaration model has been widely criticised, with many arguing that the continued reliance on a medicalised, binary framework undermines the dignity and autonomy of gender-variant individuals.

The failure to recognise non-binary individuals in the UK's stands in stark contrast to the progress made in other jurisdictions. Countries such as Canada, New Zealand, and Germany have introduced legal recognition for non-binary identities, offering a model for the UK to follow.

### 5.2. Introducing a Self-Declaration Model

One of the most important reforms needed is the introduction of a self-declaration model for gender recognition but this will only impact on the rights of binary trans people to achieve legal recognition leaving non-binary trans people unable to achieve full personhood as being defined as having their sense of self validated through the law. The process of obtaining a Gender Recognition Certificate was set out above so will not be repeated here. This medicalised approach pathologises gender variance and places the power of recognition in the hands of medical professionals, rather than the individual themselves thus, in a Cornelian sense, degrading the individual by ensuring that the individual is reliant on others first seeking, then acknowledging, and then recognising the individual's sense of self as valid.

A self-declaration model, as adopted in countries like Ireland, Denmark, and Argentina, would allow individuals to change their legal gender based on their self-identified gender, without the need for medical approval or external validation. This approach aligns with the principle of self-determination and respects the bodily integrity and autonomy of individuals and is essentially a de-medicalisation of the process. The current requirement for a diagnosis of gender dysphoria frames gender variance as a

<sup>67</sup> For example, see C. Gray, *A Critique of the Legal Recognition of Transsexuals in UK Law*, PhD Thesis, 2016, Glasgow University.

medical disorder that must be treated or validated by healthcare professionals. This pathologisation of gender identity undermines the dignity and autonomy of individuals, particularly those who do not wish to engage with the medical system.

By removing the requirement for medical intervention, the law would respect the bodily integrity and self-determination of gender-variant individuals. De-medicalising gender recognition would also align with the broader human rights principle that individuals have the right to define their own identity without interference from external authorities. This reform is essential for ensuring that all individuals, including non-binary and gender-fluid individuals, can access legal recognition without having to conform to medicalised narratives. By removing the requirement for medical intervention, the law would also protect the Imaginary Domain as outlined by Cornell, allowing individuals to freely define and project their identity without interference from the state. However, despite the fact that it now seems very unlikely that a self-determination model of gender identity recognition will be introduced in any of the UK jurisdictions any time soon it is argued in this paper that such reform is actually nowhere near sufficient to meet the needs of all trans people.

### 5.3. Legal Recognition of Non-Binary Identities

Another critical reform is the legal recognition of non-binary and gender-fluid identities. As it stands, the Gender Recognition Act 2004 operates within a binary framework, recognising only male and female genders albeit that it seems as though the Equality Act 2010 could tentatively pave the way for protection from discrimination for non-binary people in the circumstances to which the Act applies e.g. the provision of goods and services but this does not amount to legal recognition of non-binary identity bringing with it the legal consequences of being recognised by the law as a particular sex. This exclusion of non-binary individuals denies them the legal recognition necessary to access rights and protections that are available to their binary counterparts.

Reforming the 2004 Act to include legal recognition for non-binary identities would provide non-binary individuals with access to the symbolic forms necessary for asserting their personhood. This could involve the introduction of a third gender marker on official documents or the option to forgo gender markers altogether but the case of *R (on the application of Elan Cane) v Secretary of State for the Home Department*<sup>68</sup> has firmly closed that door in the UK. By expanding the legal framework to recognise non-binary identities, the law would affirm the legitimacy of non-binary identities and provide the rights and protections necessary for them to fully participate in society.

While the UK has made significant strides in recognising trans individuals it is clear that the law has a long way to go in this area. The Scottish government attempted to make some progress in 2022 with the Gender Recognition Reform (Scotland) Bill but that was quickly stopped via legal process by the Westminster government and it now seems that the Scottish reform will not proceed, at least for some time. Not only does the need to undergo wholesale reform to bring it in line with advancements in other jurisdictions it needs to be radical and accept that non-binary individuals should be given the same legal recognition and protections as their binary friends and family. It would now seem that this area of law reform sits wholly with the Westminster government and very limited proposals for reform have been brought forward thus ensuring that not only do all trans people require to undergo a lengthy, costly, and invasive process to obtain basic protections of the law enjoyed by cisgendered people non-binary people are not even deemed worthy of acknowledgement and therefore in Cornelian terms will never be able to project themselves as coherent whole selves and will remain subject to the imaginings of others. It is possible to reform the law successfully to recognise non-binary identities and to allow more self-determination in the process. Argentina's Gender Identity Law, passed in 2012, is one of the most progressive examples. This law allows individuals to change their legal gender based on their self-perception, without the need for medical approval or intervention. Argentina's model prioritises self-determination, reflecting a shift away from the medicalization of gender identity.

Similarly, Canada has taken steps to recognize non-binary individuals through the introduction of a third gender marker on official documents. In 2017, the Canadian government announced that Canadians could identify as "X" on their passports, reflecting a move toward greater inclusivity. New Zealand and parts of the United States have introduced similar reforms, recognising that gender identity is not fixed within a binary structure.

These international developments serve as evidence that legal systems can move beyond binary models of gender recognition. By prioritising individual autonomy and self-identification, these countries have created legal frameworks that offer full recognition and protection to all gender-variant indi-

viduals. The UK, by contrast, has yet to adopt similar reforms, leaving non-binary individuals without the legal recognition necessary to claim their full personhood.

## 6. Conclusion

Individuals whose gender identities fall outside the male-female binary remain invisible under UK law, lacking the legal personhood necessary to fully participate in society. Evidence from advocacy groups like *Stonewall* and *Gendered Intelligence* shows that this exclusion significantly impacts non-binary individuals' ability to access healthcare, legal protections, and social recognition

The failure of the UK's legal systems to recognise non-binary identities is increasingly seen as a violation of basic human rights. The absence of legal recognition not only prevents non-binary individuals from accessing key rights and services, but it also undermines their dignity and autonomy. Legal scholars have argued that denying legal recognition to non-binary individuals is incompatible with the principles of equality and non-discrimination that underpin international human rights law.

In jurisdictions where non-binary recognition has been introduced, such as Canada and New Zealand, evidence suggests that legal recognition has had a profound impact on the lives of non-binary individuals.<sup>69</sup> It has allowed them to navigate legal and social systems with greater ease, reduced instances of misgendering, and provided access to healthcare and other services in line with their gender identity. In contrast, in countries like the UK, where non-binary individuals are forced to choose between male or female on official documents, they continue to face significant barriers to full participation in society ; it is time now for the UK to fully commit to ensuring equality for all citizens and embark on a process of updating the law to provide recognition for non-binary identities and ensure that non-binary individuals are able to fully participate in civil society not only because the UK is now falling behind other jurisdictions but because to do would send a strong message to this vulnerable group that they are seen, recognised and valid within our society.

69 See A. Holmes – P. Ferrer, *Canadian Bill C-16: Decolonizing the Protection of Two-Spirit, Gender Non-binary and Transgender People* in *Journal of Political Studies* (2018),13; K.K.H. Tan, S.J. Ellis, and J.F. Veale, 'It's how the world around you treats you for being trans': *Mental health and wellbeing of transgender people in Aotearoa New Zealand* in *Psychology & Sexuality*, 2022, 13(5), 1109-1121; L. Hamley, K. Tan, and E. Kerekere *The glue that binds us: Positive relationships and identity pride for Māori who are trans and non-binary* in *Health Promotion Journal of Australia*, 2024 June 12; K.K.H. Tan, R.J. Watson, and J.F. Veale *Barriers to possessing gender-concordant identity documents and transgender and nonbinary people's mental health in Aotearoa/New Zealand* in *LGBT Health*, 2022, 9(6):401-410. C.L. Quinan and M. Hunt, *Non-Binary Gender Markers: Mobility, Migration, and Media Reception*, in *European Journal of Women's Studies*, 2023), 30(3), 380-390; C. Nakhid, T.S. Long, M. Fu, M. Tuwe, A. Abu Ali, L. Vano, P. Subramanian, C. Yachinta, C. Farrugia *Nothing for us, except by us - Support for Queer Ethnic Young People in Aotearoa New Zealand* in *Equality, Diversity, and Inclusion*, 2024, June, 13.



Francesco Rana\*

## Appunti per un progetto abolizionista

### Sommario

1. Introduzione. – 2. Il problema della definizione di ‘sesso’ e ‘genere’ – 3. Abolire il genere? – 4. Il sesso e il genere nell’ordinamento dello stato civile: attribuzione e rettificazione anagrafica. – 5. Segni di cedimento del binarismo. – 6. La decertificazione come strategia di abolizione minima.

### Abstract

Negli studi di genere, in particolare nell’ambito delle teorie transfemministe e queer, è in corso un dibattito intorno all’idea che il genere debba essere in qualche modo “abolito”. Gli abolizionismi sono vari e varie sono le critiche sollevate da chi teme che l’abolizione possa rivelarsi controproducente e persino indebolire la tutela delle soggettività non conformi al modello binario etero-patriarcale. Dopo aver illustrato il quadro filosofico-politico di riferimento e introdotto la prospettiva abolizionista, il presente contributo si propone di offrire alcuni spunti di riflessione circa la forma che i concetti giuridici di sesso e genere assumono nella materia della rettificazione anagrafica, mettendo in luce l’irrazionalità prodotta dallo stratificarsi di interventi del legislatore e delle corti: la “*definitional rupture*”, che i concetti di sesso e genere stanno attraversando, ha invaso il linguaggio giuridico. Il lavoro si chiude con alcune considerazioni conclusive circa l’opportunità e la fattibilità di una proposta di abolizione “minima”, consistente nell’abrogazione delle norme che prescrivono l’attribuzione di sesso alla nascita.

*In gender studies, especially within the framework of transfeminist and queer theories, there is an ongoing debate around the idea that gender should somehow be “abolished”. There are various forms of gender abolitionism, as varied are the critiques raised by those who fear that abolition could prove counterproductive, potentially weakening the protection of identities that do not conform to the binary hetero-patriarchal model. Having outlined the relevant political philosophical theoretical background and introduced the abolitionist perspective, this paper aims to provide some insights on how legal concepts of sex and gender take form in the area of civil status’ rectification, highlighting the irrationalities produced by the interplay of legislative and judicial interventions. The “definitional rupture” that the concepts of sex and gender are currently undergoing has permeated legal language. The paper concludes with some final thoughts on the aptness and feasibility of a proposal of “minimal” abolition, consisting of the repeal of rules that mandate the attribution of sex at birth.*

### 1. Introduzione

A chiunque abbia familiarità con gli studi di genere, in particolare di taglio filosofico-politico, sarà capitato d’imbattersi nell’idea dell’abolizione del genere. La proposta abolizionista, va detto, può essere declinata in diversi modi, ma l’esigenza fondamentale cui tenta di dar risposta è quella di una ridefinizione delle categorie di sesso e genere che conformano le strutture sociali nelle quali siamo immersi.

Il tema è d’interesse per i cultori e le cultrici del diritto, se non altro perché i processi di istituzionalizzazione dei regimi di genere consistono in larga misura nella loro giuridificazione. Chiedersi che

\* Dottorando di ricerca in Diritto civile, Università di Torino.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

forma potrebbe avere l'abolizione implica necessariamente che ci s'interroggi sul modo in cui gli ordinamenti assegnano rilevanza normativa al sesso e al genere e su come tale assegnazione possa e debba essere rimodellata. Peraltro, non vanno trascurate le considerazioni di chi mette in guardia dal rischio che, in concreto, l'abolizione possa rivelarsi pericolosa e indebolire ulteriormente la tutela delle soggettività non conformi al binarismo etero-patriarcale.

Il presente contributo intende, perciò, offrire alcuni spunti di riflessione in questa prospettiva, circoscrivendo l'indagine alla materia in cui, ormai da quasi mezzo secolo, si manifesta più incisivamente lo scollamento fra categorie giuridiche e pre-giuridiche, quella dell'attribuzione di sesso nelle attestazioni dello stato civile e della sua rettificazione.

Per poter vagliare l'opportunità e la fattibilità del progetto abolizionista, occorre comprenderne le ragioni e implicazioni e ciò richiede, anzitutto, d'inquadrare il problema nel contesto delle teorie transfemministe e queer. Una volta compresa la crisi che le definizioni di sesso e genere stanno attraversando sarà allora possibile introdurre la tesi abolizionista, per poi trasporla dal piano filosofico-politico a quello giuridico.

Si concluderà con un invito a riflettere sull'irrazionalità della forma che i concetti di sesso e genere assumono nella materia della rettificazione anagrafica e sulla possibilità di un'abolizione "minima", consistente nell'abrogazione delle norme che prescrivono l'assegnazione di sesso alla nascita. Ciononostante, se un intervento legislativo è di certo auspicabile, non è detto che la via ermeneutica non possa rivelarsi parimenti percorribile.

## 2. Il problema della definizione di 'sesso' e 'genere'

Ai termini 'sesso' e 'genere' possono essere assegnati molteplici significati in funzione del contesto del loro impiego. Alcuni ritengono che i due vocaboli si riferiscano a concetti diversi, mentre altri rifiutano una netta distinzione fra essi. Per alcuni di sessi, così come di generi, ve ne sono solo due, sebbene per altri si tratti di categorie irriducibili a una logica binaria. E ancora, c'è chi ritiene che le categorie di sesso e di genere siano coestensive e fra loro interdipendenti, ma c'è anche chi afferma che il genere sia del tutto svincolato dal sesso. Le definizioni di sesso e genere pongono una sfida epistemologica: con espressioni del tipo 'x è un maschio/uomo' o 'y è una femmina/donna', cosa esattamente s'intende designare? Si tratta di enunciati che esprimono proposizioni empiricamente verificabili? Esistono categorie oggettive di maschile e femminile? Fino a qualche decennio fa anche solo formulare simili domande sarebbe apparso bizzarro. Eppure, sono domande che oggi è quasi impossibile evitare di porsi, dacché il mondo sociale nel quale siamo immersi sembra aver preso coscienza della serietà della sfida.

L'idea del genere come qualcosa di distinto dal sesso si è fatta strada nell'immaginario collettivo a partire dalla sua emersione nella letteratura e nell'attivismo femminista intorno alla metà del Novecento. Sono celebri le parole di Simone De Beauvoir, con le quali si apre il secondo libro de *Le deuxième sexe*: «On ne naît pas femme: on le devient»<sup>1</sup>. Quel che si è affermato è che a definire il soggetto delle rivendicazioni femministe non sono la natura o la biologia, bensì la morale, il diritto, la politica. La condizione della donna, da intendersi quale astrazione di una molteplicità di esperienze accomunate dalla soggezione a regimi patriarcali<sup>2</sup>, non è necessitata per natura, ma l'esito di processi sociali di attribuzione di status rilevanti su qualche piano normativo (giuridico o extragiuridico), che pongono la donna in una condizione di disparità nell'attribuzione (e nell'effettività del godimento) di diritti. Il patriarcato, secondo questa prospettiva, produce un soggetto, lo pone in una posizione normativamente subalterna e "naturalizza" tale condizione di subalternità.

Separare il corpo, nella sua dimensione biologica, dal ruolo sociale che a esso è imposto è divenuto così strumento di lotta politica e di rivendicazione di condizioni di giustizia. Il rifiuto del determinismo biologico<sup>3</sup> ha avuto un effetto dirompente, e ciò ben oltre i confini delle lotte per i diritti delle donne, seppur sempre in un contesto di dialogo fra i movimenti e l'accademia. L'emancipazione del genere

1 S. De Beauvoir, *Il secondo sesso*, trad. it. R. Cantini e M. Andreose, 1° ed., Milano, 1961 (ed. orig. *Le Deuxième Sexe*, Parigi, 1949).

2 Queste esperienze possono essere le più varie ed è bene tenere sempre presente che dipendono da molti altri fattori di natura sociale, culturale ed economica. Si veda, ad esempio, C. West e S. Fenstermaker, *Doing Difference*, in *Gender & Society*, 9, 1995, pp. 8-37 per un'analisi della relazione fra genere, razza e classe sociale, che vengono intesi come analoghi meccanismi di produzione di regimi di diseguaglianza.

3 A. Fausto-Sterling, *Myths of Gender: Biological Theories about Women and Men*, 1° ed., New York, 1985; J. Lorber, *Believing is Seeing: Biology as Ideology*, in *Gender & Society*, 7, 1993, pp. 568-581.

dal sesso ha presto cominciato a scardinare l'epistemologia della differenziazione sessuale binaria<sup>4</sup>. Se il genere non è determinato dal "sesso biologico", sono allora concepibili molteplici categorie di genere e la dicotomia maschile-femminile finisce per essere sostituita dall'immagine di uno spettro. Genere e sesso, tuttavia, sono legati da una troppo stretta relazione d'interdipendenza per poter davvero credere che il cedimento del binarismo possa non coinvolgerli entrambi<sup>5</sup>.

Si è compreso che il corpo, nella sua dimensione strettamente biologica, rappresenta il terreno su cui si costruiscono identità e ruoli sociali e nel concetto di genere trova espressione la complessità di quei processi di significazione dei corpi e di definizione delle soggettività che conformano l'organizzazione delle società umane. Tuttavia, quello di genere è un concetto multidimensionale e difficilmente riducibile a una definizione che dia esattamente conto della molteplicità delle sue sfaccettature.

Secondo una prospettiva sociologica, il genere è il prodotto di processi di costruzione sociale: non qualcosa che si è o che si ha, ma piuttosto qualcosa che *facciamo*. L'espressione 'fare il genere' evoca un concetto nuovo che non designa un certo insieme di caratteristiche indipendenti dall'agire umano, che ciascuna persona possiede e al variare delle quali ciascuno è collocato entro certe categorie oggettive. Diversamente, indica la creazione di differenze fra uomini e donne, differenze tutt'altro che naturali o biologiche, ma eminentemente sociali e funzionali all'attribuzione di ruoli da cui discende la sottoposizione a regimi normativi che fungono da canone di valutazione del comportamento di ciascun individuo<sup>6</sup>. Nella prospettiva costruzionista, il genere viene istituzionalizzato in strutture che definiscono il modo in cui le società umane sono organizzate e che si articolano a partire da tre principi: la divisione in uomini e donne; la costruzione di differenze percepite come oggettive fra i due gruppi; un diverso trattamento dei due gruppi giustificato in base a quelle differenze<sup>7</sup>. Nella stessa direzione si muove la nota teoria, di matrice filosofica e psicoanalitica, della *performatività*<sup>8</sup>, per la quale il genere è concepito come qualcosa di instabile e costituito nel tempo attraverso il corpo e la "ripetizione atti stilizzati"<sup>9</sup>, il cui significato non dipende né dalla volontà del soggetto<sup>10</sup> né da condizioni di natura, bensì dalla matrice di relazioni di potere esistenti in una data società e da criteri di adeguatezza o meno dell'agire individuale alla norma sociale.

Ma se il genere è costruito socialmente, serve a organizzare la società in gruppi, produce regimi normativi e si riproduce attraverso la ripetizione di azioni tipizzate e adeguate alla norma, in che senso è possibile affermare di possedere una certa identità di genere?

È nota la contrapposizione fra "identità di genere" e "ruolo di genere", concetti comparsi in psicologia intorno alla metà del secolo scorso<sup>11</sup>: la prima consisterebbe nell'appartenenza di ciascuna per-

4 L'espressione si trova in P.B. Preciado, *Sono un mostro che vi parla*, trad. it. M. Balmelli, Roma, 2021 (ed. orig. *Je suis un monstre qui vous parle: Rapport pour une académie de psychologues*, Parigi, 2020).

5 In effetti, non si può davvero tenere separati i due concetti e questi, a loro volta, non possono essere compresi senza tenere conto della loro relazione con la sessualità. In questo senso, si veda in particolare il primo capitolo di J. Butler, *Questioni di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, trad. it. S. Adamo, Bari-Roma, 2023 (ed. orig. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, 1° ed., New York-Londra, 1990).

6 C. West e D. Zimmerman, *Doing gender*, in *Gender & Society*, 1, 1987, pp. 125-151. Per E. Ruspini, *Le identità di genere*, 3° ed., Roma, 2023 quel che si pensa sia reale, immutabile e indipendente dalla nostra volontà «è invece costruito, trasmesso e conservato per mezzo delle relazioni quotidiane, ossia prodotto collettivamente, e trae la sua forza proprio dalla ripetizione e dalla condivisione».

7 J. Lorber, *L'invezione dei sessi*, trad. it. V. Lingiardi, Milano, 1995 (ed. orig. *Paradoxes of Gender*, New Haven, 1994). Si veda anche Ead., *Oltre il gender. I nuovi paradossi dell'identità*, trad. it. A. Asioli, Bologna, 2022 (ed. orig. *The New Gender Paradoxes. Fragmentation and Persistence of the Binary*, Cambridge, 2021).

8 J. Butler, *Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory*, in *Theatre Journal*, 40, 1988, pp. 519-531; Id., *Questioni di genere*, cit.

9 J. Butler, *Performative Acts*, cit.: «gender is in no way a stable identity or locus of agency from which various acts proceed; rather, it is an identity tenuously constituted in time – an identity instituted through a stylized repetition of acts. Further, gender is instituted through the stylization of the body and, hence, must be understood as the mundane way in which bodily gestures, movements, and enactments of various kinds constitute the illusion of an abiding gendered self».

10 Occorre infatti precisare che Butler non parla qui di performance in un senso "teatrale". In questa teoria, la performatività è da intendersi nel senso in cui è stata ideata nella teoria degli atti linguistici a partire da J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Cambridge, 1962. Atti linguistici performativi sono, ad esempio, le promesse, la cui peculiarità è quella di generare (anche giuridicamente) il loro stesso effetto vincolante. Si vedano in proposito J. Searle, *Speech Acts. An Essay in Philosophy of Language*, Londra-New York, 1969 e K. Bach e R.M. Harnish, *Linguistic Communication and Speech Acts*, Cambridge-Londra, 1979.

11 J. Money, *Gender: History, Theory and Usage of the Term in Sexology and Its Relationship to Nature/Nurture*, in *Journal of Sex & Marital Therapy*, 11, 1985, pp. 71-79.

sona, secondo la propria percezione, al genere maschile o femminile (o, eventualmente, a un genere non conforme alla logica binaria); il secondo indicherebbe la posizione sociale e il complesso di diritti, doveri, aspettative a essa connessi e che vengono ascritti a ciascuna persona in funzione del genere di appartenenza. Sono concetti sì distinti, ma fra loro interrelati: «il ruolo di genere è l'espressione pubblica dell'identità di genere, e l'identità di genere è l'esperienza privata del ruolo di genere»<sup>12</sup>. La distinzione ha avuto un ruolo decisivo per la comprensione dell'esperienza delle persone transgender, i cui percorsi di affermazione originano proprio da un'incongruenza fra il sesso assegnato alla nascita e l'identità di genere sviluppata successivamente<sup>13</sup>. Incongruenza che per definizione manca nelle persone cisgender, le quali non sperimentano alcuna conflittualità fra assegnazione e identificazione<sup>14</sup>.

Quello di identità di genere è, peraltro, un concetto vago e che si presta a diverse interpretazioni. In un primo senso, può essere inteso come il modo in cui ciascuno si autoidentifica in base alla percezione che ha di sé, del proprio corpo e del proprio modo di relazionarsi con gli altri. Sicché di qualcuno si dirà che è uomo, donna o altro nella misura in cui quella persona possa sinceramente affermare di essere tale<sup>15</sup>. Diversamente, l'identità di genere potrebbe essere intesa non in riferimento a quanto ciascuno (sia pur sinceramente) affermi di sé, bensì a particolari e innate disposizioni comportamentali che ciascuno possiede e che sono socialmente percepite come proprie di persone appartenenti a una certa categoria di genere<sup>16</sup>. E ancora, l'identità di genere può essere riferita altresì alla rilevanza che le norme di genere<sup>17</sup> hanno per ciascuno in base alla propria percezione individuale: affermare di avere una certa identità di genere equivarrebbe ad affermare di ritenere per sé valide e rilevanti (ossia di poter e dover sottoporre il proprio comportamento a giudizio di conformità/difformità a) le norme di genere che socialmente sono associate a quell'identità<sup>18</sup>. Così, ad esempio, di qualcuno potrà dirsi che ha un'identità di genere maschile o femminile nella misura in cui percepisca le norme di genere associate alla mascolinità o alla femminilità come il criterio rilevante di valutazione del proprio comportamento<sup>19</sup>.

Quello di genere è, dunque, un concetto che può assumere svariate forme a seconda del contesto teorico di riferimento e del fine per il quale è utilizzato, ma almeno tendenzialmente sembra ci sia un certo consenso su un punto fondamentale: il genere è qualcosa di costruito e artificiale. Eppure, anche chi convenga con quest'idea e ritenga che il genere sia il prodotto di processi sociali e culturali, e per-

- 
- 12 J. Money e P. Tucker, *Essere uomo, essere donna. Uno studio sull'identità di genere*, trad. it. M. Pizzorno, Milano, 1989, p. 10 (ed. orig. *Sexual signatures: On Being a Man Or a Woman*, Boston, 1975).
- 13 Questa condizione è ancora oggi medicalizzata, nonostante la solo apparente depatologizzazione che si è avuta, nell'ultima edizione del Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM-5), con la sua ricollocazione in una categoria diversa da quella dei disturbi e con la sua riqualificazione come "disforia" (o, come è chiamata altrove, "incongruenza") di genere. Nonostante ciò, si tratta tutt'ora di una condizione dai più percepita come patologica. Si veda, su questi temi, S. Benvenuto, *Lo psichiatra e il sesso. Una critica radicale della psichiatria del DSM-5*, Milano-Udine, 2021, in particolare il quarto capitolo dedicato alla disforia di genere.
- 14 Il che, peraltro, non esclude che una persona cis possa vivere conflittualmente, pur accettandola, l'appartenenza a una certa categoria di genere. Ad esempio, gli studi sulla mascolinità hanno messo bene in luce come anche gli uomini cis patiscano, socialmente e psicologicamente, la soggezione al regime di genere etero-patriarcale quando la loro identità non si conformi alla mascolinità egemonica. Si veda, ad esempio, R. Connell e J. Messerschmidt, *Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept*, in *Gender & Society*, 19, 2005, pp. 829-859.
- 15 T.M. Bettcher, *Through the Looking Glass: Trans Theory Meets Feminist Philosophy*, in A. Garry (a cura di), *The Routledge Companion to Feminist Philosophy*, Abingdon-New York, 2017, pp. 393-404. Cfr. altresì Ead., *Trans Identities and First-Person Authority*, in L. Shrage (a cura di), *You've Changed: Sex Reassignment and Personal Identity*, Oxford, 2009. Questa definizione, però, finisce per risolversi in una circolarità logica: «someone who asks what it means to say that a certain person 'has a female gender identity' will be told that it means that that person has a sense of herself 'as a woman' – but if the questioner then asks what a 'woman' is, they will be told that a woman is 'a person with a female gender identity'. Thus, the questioner is non the wiser as to what it means to have a female gender identity»; così K. Jenkins, *Toward an Account of Gender Identity*, in *Ergo*, 5, 2018, pp. 713-744.
- 16 J. McKittrick, *A Dispositional Account of Gender*, in *Philosophical Studies*, 172, 2015, pp. 2575–2589. Così, però, si subordinerebbe la validità dell'affermazione di ciascuna persona di appartenere a un certo genere alla compatibilità delle sue disposizioni comportamentali con un sistema di classificazione socialmente determinato. Per una critica di questa concezione dell'identità di genere, si veda K. Jenkins, *Toward an Account of Gender Identity*, cit., p. 724 ss.
- 17 S'intende qui qualsiasi norma, non necessariamente giuridica.
- 18 Ciò che K. Jenkins, *Toward an Account of Gender Identity*, cit. chiama «norm-relevancy account». Cfr. altresì Ead., *Ontic Injustice*, in *Journal of the American Philosophical Association*, 2020, pp. 188-205.
- 19 Ciò non significa, naturalmente, che il soggetto in questione debba per necessità ritenere giuste quelle norme. Qualcuno potrebbe ben accettare come valida una certa norma di genere, nel senso di ritenerla per sé operativa in un certo contesto sociale, ma altresì ritenerla ingiusta e da disapplicare o cancellare.



tanto inevitabilmente storico e contingente, potrebbe cionondimeno trovare non del tutto soddisfacente quest'analisi ed eccepire che il sesso è pur sempre reale, biologico, naturale e, soprattutto, organizzato secondo una logica binaria.

In effetti, è indiscutibile che vi siano delle differenze fra i corpi umani, differenze che senz'altro possono essere designate per mezzo di espressioni in uso, soprattutto in ambito scientifico, quali quelle di "sesso cromosomico" o "sesso fenotipico"<sup>20</sup>. Sono certamente possibili classificazioni dei corpi sulla base di proprietà variabili e accomunate dall'aver in qualche modo a che fare con la sessualità e il ruolo che ciascun individuo ha (o potrebbe avere) nel processo riproduttivo; ciò non significa, tuttavia, che quello di sesso, in particolare nella sua espressione binaria maschio-femmina, sia un concetto meno artificiale di quello di genere: «"sex" imposes an artificial unity on an otherwise discontinuous set of attributes [...], "sex" denotes an historically contingent epistemic regime, a language that forms perception by forcibly shaping the interrelationships through which physical bodies are perceived»<sup>21</sup>.

Neppure può darsi per scontato che il "sesso biologico", qualunque cosa con ciò s'intenda designare, sia rigorosamente binario<sup>22</sup>. Se è vero che la grande maggioranza delle persone presentano caratteri sessuali biologici coerenti con la dicotomia maschio-femmina, vi sono molte persone, dette "intersex", che invece presentano caratteri sessuali ambigui<sup>23</sup>. La differenziazione sessuale binaria costituisce, dunque, un criterio di classificazione dei corpi che non sempre è in grado di coglierne la complessità e che opera una semplificazione che, pur risultando accurata nella maggior parte dei casi, non può essere assunta a criterio universale<sup>24</sup>. Ci sono senz'altro caratteristiche biologiche che tendenzialmente sono associabili a persone che definiremmo, almeno nel linguaggio comune, maschi o femmine, ma la differenza, più che qualitativa, parrebbe quantitativa.

Ebbene, anche un così approssimativo quadro dei problemi che s'incontrano nel tentativo di definire sesso e genere consente di comprendere perché si sia detto che quei concetti stanno attraversando una fase di "definitional rupture"<sup>25</sup>.

### 3. Abolire il genere?

Ma se sesso e genere sono concetti socialmente costruiti e funzionali all'istituzionalizzazione di regimi sociali di oppressione ed esclusione, non converrebbe forse disfarsene e immaginare una società che li privi di qualsiasi rilevanza? Perché, semplicemente, non abolirli?

Sebbene non necessariamente espressa in questi termini, l'idea che il genere debba essere in qualche modo "abolito" ricorre spesso nella letteratura transfemminista e queer. Talvolta, la proposta abolizionista è espressa nei termini di un'abolizione dell'organizzazione delle categorie di sesso/genere secondo una logica binaria ed eteronormativa: ciò, si dice, produrrebbe una proliferazione di nuove categorie

20 In proposito, si veda G. Viggiani, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, in questa *Rivista*, n. 2018, n. 1, pp. 30-39.

21 J. Butler, *Gender trouble*, cit., p. 145-146.

22 C. Ainsworth, *Sex Redefined: The Idea of 2 Sexes is Overly Simplistic*, in *Nature*, 518, 2015, pp. 288-291; A. Fausto-Sterling, *Intersex: Concept of Multiple Sexes is Not New*, in *Nature*, 519, 2015, p. 291.

23 "Ambigui" in relazione a categorie socialmente tipiche che naturalizzano la differenziazione sessuale ma che "in natura" sono semplicemente corpi con certe caratteristiche, diversi da corpi con altre caratteristiche. Sull'intersessualità, A. Fausto-Sterling, *Sex/Gender. Biology in a Social World*, New York, 2012, in particolare il terzo e il quarto capitolo.

24 Anche perché così s'impone quella logica della normalità per la quale i corpi anormali finiscono per essere sistematicamente patologizzati e sottoposti a trattamenti sanitari anche ove non necessario.

25 E. Schiappa, *Defining Sex*, in *Law and Contemporary Problems*, 2022, n. 1, pp. 9-24. Per un'analisi del concetto di *definitional rupture*, si veda Id., *Defining Reality: Definitions and the Politics of Meaning*, Carbondale, 2003, pp. 5 ss., secondo il quale: «we rarely experience definitional ruptures. At most, we have a temporary definitional "gap": we hear an unfamiliar word, we look it up in a dictionary, and that settles the matter. We assume that we are now clued into both how the word X is used and what sort of thing or event X is [...]. The difference between a definitional gap and a definitional rupture can be described as follows: A gap can be resolved without the process of defining itself becoming an issue; not so with a rupture [...]. Those involved in a definitional gap have been portrayed as having a simple and obvious recourse—that of consulting a dictionary. That this is the way we settle the vast majority of our questions and disputes over definitions probably needs no proof other than reference to the reader's own experience. But it is easy to imagine situations in which someone might challenge the definition found in a dictionary [...]. The natural attitude has been disrupted because the assumption that dominant usage as recorded in dictionaries corresponds to what things are has been called into question in such a way that the participants in the conversation have to reconcile the difference».

e un ordine sociale nuovo nel quale l'identificazione in base al sesso/genere sarebbe normativamente neutrale e incapace di produrre strutture sociali di oppressione<sup>26</sup>. Altre volte, però, s'insiste sulla necessità di andare oltre il mero superamento del binarismo, giacché ciò, piuttosto che eliminare le strutture di oppressione esistenti, finirebbe invero per produrne di nuove. Se il genere per definizione si riferisce alla posizione, di potere o di subordinazione, che ciascun individuo ha nella rete delle sue relazioni sociali secondo una certa struttura gerarchica e se l'obiettivo è quello di eliminare quella struttura, allora bisognerebbe disfarsi del genere *tout court*<sup>27</sup>.

Suggerisce, però, un atteggiamento più cauto quanto all'abolizione, soprattutto se concepita in questo secondo modo, chi osserva che essa rischierebbe di rendere invisibili le strutture oppressive che permeano la società.

Quel che viene contestato è, anzitutto, la premessa secondo la quale il genere sia per definizione funzionale alla costituzione di regimi oppressivi e di disegualianza<sup>28</sup>: è possibile immaginare strutture sociali che preservino l'esistenza di categorie di genere, anche nuove e non binarie, senza però che esse siano funzionali alla collocazione di alcuni gruppi sociali in una posizione di subalternità. Non è necessario qui entrare nel merito delle dispute teoriche sull'abolizione<sup>29</sup>, ma vi sono considerazioni di ordine pratico provenienti dalle posizioni più critiche che meritano senz'altro attenzione.

Il genere, in effetti, è per molti versi paradossale<sup>30</sup>: è un mezzo attraverso cui si producono condizioni di disegualianza, subalternità e marginalizzazione, ma è al contempo un elemento importante dell'identità di ciascuna persona. Per molte persone trans<sup>31</sup>, che non si riconoscono nel sesso/genere assegnato alla nascita e che intraprendono un percorso di affermazione della propria identità, l'esistenza di categorie, anche binarie, resta qualcosa d'indispensabile<sup>32</sup>. La stessa storia del femminismo è una storia di rivendicazioni di diritti e condizioni di giustizia che presuppongono la posizione di un soggetto identificato in base al genere<sup>33</sup>. Il mondo in cui viviamo è profondamente genderizzato e qualsiasi progetto abolizionista non può non tenerne conto.

L'abolizione, per avere un senso nell'attuale organizzazione delle strutture sociali, può realizzarsi solo attraverso una progressiva de-genderizzazione, ossia un processo di progressivo smantellamento dei regimi normativi fondati sul sesso e sul genere che producono condizioni di disegualianza e oppressione<sup>34</sup>. In effetti, immaginare l'abolizione come una pura e semplice estromissione del sesso e del genere da qualunque discorso morale, giuridico o politico legittimerebbe un atteggiamento di formale neutralità normativa<sup>35</sup> rispetto a essi che lascerebbe prive di tutela tutte quelle persone che, invece, vivono condizioni di ingiustizia e vulnerabilità proprio per il loro sesso o il genere nel quale s'identificano

26 Fra i molti esempi che potrebbero farsi, si vedano M. Wittig, *On ne naît pas femme*, in *Questions Féministes*, 1980, n. 8, pp. 75-84 (parzialmente riprodotto e tradotto da F. Restaino in A. Cavarero e F. Restaino (a cura di), *Le filosofie femministe*, Milano-Torino, 2022, pp. 199-201); J. Butler, *Questioni di genere*, cit.; S.L. Bem, *Dismantling Gender Polarization and Compulsory Heterosexuality: Should We Turn the Volume Down or Up?*, in *The Journal of Sex Research*, 1995, pp. 329-334; di recente, H. Hester, *Xenofeminism*, Cambridge, 2018, che, in particolare, scrive: «Far from producing a genderless world, then, this form of abolition through proliferation is suggestive of a multiply gendered world. Xenofeminism is gender abolitionist in the sense that it rejects the validity of any social order anchored in identities as a basis of oppression, and in the sense that we embrace sexuate diversity beyond any binary».

27 Per un argomento di questo tipo si veda S. Haslanger, *Resisting Reality. Social Construction and Social Critique*, Oxford, 2012, pp. 226 ss., sebbene l'A. non prenda in quella sede posizione rispetto alla proposta abolizionista. Cfr. S. Haslanger e J. Saul, *Philosophical Analysis and Social Kinds*, in *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, 2006, pp. 89-143.

28 M. Mikkola, *The Wrong of Injustice. Dehumanization and Its Role in Feminist Philosophy*, Oxford, 2016, spec. pp. 125 ss.; M. Cull, *Against Abolition*, in *Feminist Philosophy Quarterly*, Vol. 5, Issue 3, Article 4.

29 In effetti, sul piano teorico, sembra che il dibattito sia viziato dal fatto che le diverse parti che vi partecipano presuppongono concetti di genere non esattamente coincidenti e che intendono l'abolizione in modi anche molto diversi fra loro. Oltre ai riferimenti indicati nelle note precedenti, si vedano, in particolare, le considerazioni di B. Earp, *Abolishing Gender*, in D. Edmonds (a cura di), *Future Morality*, Oxford, 2021, pp. 35-49.

30 L'idea del "paradosso del genere" è di J. Lorber, *L'invenzione dei sessi*, cit. Cfr, altresì, Ead., *Oltre il gender*, cit.

31 Eccezion fatta, evidentemente, per quelle che si identifichino come agender e in certi casi non binarie.

32 M. Cull, *Against Abolition*, cit. Si veda anche E. Schiappa, *The Transgender Exigency. Defining Sex and Gender in the 21st Century*, Abingdon-New York, 2022, spec. pp. 35 ss.

33 J. Butler, *Questioni di genere*, cit., muove proprio da un'analisi critica di come il femminismo, nella produzione del soggetto delle proprie rivendicazioni, abbia svelato la natura artificiale delle identità sessuate/genderizzate.

34 Si veda, in questo senso, J. Lorber, *Oltre il gender*, cit., spec. pp. 138 ss.

35 Di «falsa neutralità del soggetto» parla B. Pezzini, *Il binarismo come problema di bio-diritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2023, pp. 59-65.

e che pertanto necessitano di riconoscimento: è quindi cruciale che i processi di de-genderizzazione non rendano invisibili quelle esperienze.

Questo progressivo smantellamento dei regimi normativi di genere deve coinvolgere la società nel suo complesso e attuarsi per mezzo di pratiche quotidiane, collettive e individuali, che contribuiscano all'esaurimento del potere deontico<sup>36</sup> del sesso/genere. Ciò, evidentemente, non può non coinvolgere gli ordinamenti giuridici. Che ruolo, quindi, può giocare il diritto nel progetto abolizionista? In che modo il diritto può contribuire a processi sociali di de-genderizzazione e in che modo il diritto stesso dovrebbe essere de-genderizzato?

Per rispondere in modo esaustivo a simili quesiti sarebbe necessaria un'analisi completa dei diversi modi in cui gli ordinamenti giuridici assegnano rilevanza al sesso e al genere. Tuttavia, lo scopo del presente lavoro è ben più circoscritto: s'intende qui proporre una riflessione limitata a una materia specifica, quella dell'attribuzione di sesso nell'ordinamento dello stato civile.

#### 4. Il sesso e il genere nell'ordinamento dello stato civile: attribuzione e rettificazione anagrafica

Il rapporto fra diritto e sesso/genere è in un certo senso circolare: da un lato, le nozioni giuridiche di sesso e genere sono determinate da categorie socialmente tipiche che preesistono al diritto – e tanto si danno storicamente queste ultime, quanto prodotto di una contingenza storica sono le prime; dall'altro lato, il diritto stesso incide profondamente sui processi sociali che determinano l'ambito operativo di quelle categorie anche fuori dal discorso strettamente giuridico. Quel che socialmente è percepito come l'essere donna o uomo (o qualunque altra possibile identificazione in base al sesso o al genere) è profondamente influenzato dal valore simbolico del relativo status giuridico. Non deve stupire, perciò, che il punto di vista delle giuriste e dei giuristi abbia sempre occupato una posizione di primaria rilevanza negli studi femministi e di genere<sup>37</sup>.

Nell'attuale quadro normativo, sesso e genere assumono rilevanza su più livelli e per diverse finalità. La materia, però, che più di ogni altra si è dimostrata terreno fertile per una riflessione intorno alle relative categorie giuridiche è quella della rettificazione anagrafica introdotta, come noto, con la Legge 14 aprile 1982, n. 164. Quella legge s'inserisce in una più complessa rete di norme, fra loro variamente interconnesse, che parrebbero ruotare attorno all'attribuzione di sesso alla nascita e alla sua eventuale riattribuzione in un momento successivo e che da tale attribuzione/riattribuzione fanno dipendere tutt'una serie di conseguenze giuridiche. Ed è proprio attraverso i molteplici problemi interpretativi sorti in sede di applicazione delle norme introdotte con la l. 164/1982 che nel nostro ordinamento si è verificata una *definitional rupture* non dissimile da quella che, come si è visto, ha interessato numerose altre discipline nel corso degli ultimi decenni. Si tenterà di mostrare che lo stratificarsi di interventi del legislatore e delle corti ha prodotto numerose aporie che, quando riconosciute, svelano l'incoerenza che in fondo caratterizza il modo in cui il nostro ordinamento tratta sesso e genere<sup>38</sup>.

È di per sé ragione di perplessità il fatto stesso che la categoria giuridica del genere, nella sua peculiare – e, come si vedrà, alquanto problematica – declinazione in termini di "identità di genere", sia emersa in una materia dove il legislatore del "genere" non ha fatto mai menzione. Nel linguaggio legislativo è infatti il "sesso" – qualsiasi cosa ciò voglia dire – a rilevare quale caratteristica essenziale dell'identità di ogni persona. Gli articoli 29 e 30 del D.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 dispongono che nella dichiarazione e nell'atto di nascita sia indicato il «sesso del bambino», al quale, a norma dell'art. 35 del medesimo decreto, deve essere assegnato un nome corrispondente al sesso, e la menzionata l. 164/1982

36 L'espressione è di John Searle. Si veda J. Searle, *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, trad. it. G. Feis, Milano, 2010 (ed. orig. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, 2010).

37 I. Fanlo Cortes e F. Poggi, *Con o senza diritto. Il diritto e le disegualianze di genere*, in *AG About Gender - International Journal of Gender Studies*, 2019, vol. 8, n. 15, pp. I-XXVIII; M.R. Marella, "Queer Eye for the Straight Guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer", in *Politica del diritto*, 2017, pp. 383-413; Ead., *Teoria queer e analisi giuridica*, in M. Pelissero e A. Vercellone, *Diritti e persone LGBTQI+*, Torino, 2022, pp. 31-54.

38 Fra gli studi in materia, precedenti gli sviluppi di cui si dirà nel testo, si vedano: P. D'Addino Serravalle, P. Perlingieri e P. Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli 1981; S. Patti e M.R. Will, *La rettificazione di attribuzione di sesso: prime considerazioni*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1982, pp. 739 ss.; *Ibid.*, *Mutamento di sesso e tutela della persona. Saggi di diritto civile e comparato*, Padova, 1986; P. Stanzione, voce *Transessualismo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992, pp. 874 ss.; S. Patti, voce *Transessualismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. XIX, Torino, 1999, pp. 416 ss.

disciplina appunto la «rettificazione di attribuzione di sesso». Ma cosa s'intende per sesso e secondo quale criterio – ammesso che ve ne sia uno solo – avviene la sua attribuzione?

Quello di cui agli articoli 29 e 30 del D.p.r. 396/2000 parrebbe corrispondere a quell'assai vaga e imprecisa nozione – rigorosamente binaria – di “sesso biologico” espresso nella coppia maschio-femmina/uomo-donna, da intendersi sostanzialmente quale sinonimo di “aspetto esteriore dei genitali del neonato”, essendo quello il criterio impiegato per l'assegnazione di sesso maschile o femminile alla nascita. *Tertium non datur*, con la conseguenza che quelle persone – cc.dd. intersex – che alla nascita presentino caratteri sessuali ambigui dovranno comunque trovare collocazione entro una delle due categorie – e ciò nonostante la possibilità che in seguito qualcuno manifesti caratteri sessuali, se non altro secondari, propri del sesso opposto a quello assegnato. Su alcune difficoltà che queste ipotesi pongono in sede interpretativa si ritornerà nel prossimo paragrafo. Quel che, però, qui interessa sottolineare è che a seguito dell'introduzione della l. 164/1982 il quadro ha cominciato a mutare profondamente: pochi anni dopo la sua entrata in vigore<sup>39</sup>, nel 1985, la Corte costituzionale fu chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità della nuova disciplina della rettificazione dell'attribuzione di sesso. In quell'occasione, la Corte affermò che, a seguito di quell'intervento legislativo, il sesso andasse riferito «non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero ‘normalmente’ evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale». Emergeva così una «concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – i fattori dominanti»<sup>40</sup>. Con la l. 164/1982 si è dunque affermato un «concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato», che cionondimeno per molti anni è rimasto saldamente ancorato alle caratteristiche biologiche della persona e che ai fini della rettificazione richiedeva l'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali anatomici primari.

Quella tensione “fra soma e psiche”<sup>41</sup> è rimasta latente almeno fino al momento in cui la Corte di cassazione (con la ben nota sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138) ha escluso il carattere necessario dell'intervento chirurgico sui caratteri primari ai fini della rettificazione, in linea con quanto già stava avvenendo in altri ordinamenti<sup>42</sup> ed era stato altresì sancito dalla Corte di Strasburgo<sup>43</sup>. A quella sentenza della Cassazione seguì presto un nuovo – e altrettanto noto – intervento della Corte costituzionale. La Consulta, con una sentenza interpretativa di rigetto<sup>44</sup>, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1 della l. 164/1982, sollevata in riferimento agli articoli 2, 3, 32, 117 Cost. e 8 Cedu, e ha confermato la possibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione dell'espressione «intervenuta modificazione dei caratteri sessuali», da intendersi non nel senso di una modificazione dei caratteri sessuali anatomici primari a mezzo di intervento medico-chirurgico demolitorio o modificativo, bensì di una «tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza» rispetto alla quale il trattamento chirurgico costituisce strumento solo eventuale. È questo l'esito di un percorso argomentativo in cui s'intrecciano il diritto alla salute e una nuova figura di diritto all'identità (non più “sessuale”, bensì) “di genere”, «quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della Cedu)».

Prima di queste pronunce, l'interferenza fra identità personale e salute si concretizzava in una medicalizzazione del percorso di transizione che imponeva, al fine di ottenere la rettificazione anagrafica, di sottoporsi a trattamenti medico-chirurgici tali da poter “riallineare” l'aspetto del corpo e, specifica-

39 Precedentemente, sempre in tema di “transessualità” – secondo una terminologia forse non più del tutto appropriata – si veda Corte costituzionale, sentenza del 12 luglio 1979, n. 98, che, pur ritenendo legittime le norme allora vigenti, che consentivano la rettificazione solo in caso di sopravvenute modificazioni dei caratteri sessuali per una evoluzione naturale e obiettiva di una situazione originariamente non ben definita o solo apparentemente definita, ancorché coadiuvate da interventi chirurgici diretti a evidenziare organi già esistenti e a promuovere il normale sviluppo, aveva segnalato la possibilità, non in conflitto con alcun precetto costituzionale, di una diversa soluzione del problema ad opera del legislatore.

40 Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1985, n. 161.

41 L'espressione ricorre spesso in giurisprudenza e in dottrina.

42 È nota la pronuncia del 2011 della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 3295/07, 11 gennaio 2011, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de>) che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il *Transsexuellengesetz* (§ 8) nella misura in cui imponeva l'operazione chirurgica di cambiamento di sesso ai fini della rettificazione nei registri dello stato civile nell'ambito della c.d. “grande soluzione” (*grosse Lösung*). In proposito si veda L. Ferraro, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *federalismi.it*, 2013, n. 21, pp. 27 ss.

43 La Corte di cassazione fa espresso riferimento a Corte Edu, 10 marzo 2015, XY. c. *Turchia*.

44 Corte costituzionale, sentenza del 21 ottobre 2015, n. 221.



mente, dei genitali esterni – ed è questo un punto che merita di essere preso sul serio – non a un sesso “reale” od “oggettivo”, né a un sesso di “vera appartenenza” secondo un qualche tipo d’incontrovertibile autopercezione individuale, bensì alle caratteristiche determinanti per la sussunzione dell’identità di ciascuna persona entro categorie di genere socialmente tipiche di maschile e femminile – categorie che, come si è visto nei paragrafi precedenti, sono tutt’altro che statiche e binarie. Questa forma di medicalizzazione risulta ora attenuata, ma l’emancipazione del genere dal sesso ne ha prodotto una nuova<sup>45</sup>.

La Corte di Cassazione, nella pronuncia appena menzionata, prospetta un percorso di affermazione diverso che, cionondimeno, «non può che essere preceduto da un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l’irreversibilità personale della scelta»; aggiunge poi che l’«acquisizione di una nuova identità di genere» può senz’altro essere il traguardo di un percorso che non postula la necessità di una modificazione per via medico-chirurgica dei genitali esterni «purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell’approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale». In definitiva, stando a quanto afferma la Corte di Cassazione, presupposto per l’accoglimento della domanda di rettificazione è, nel linguaggio del DSM-5, la diagnosi di disforia di genere.

In proposito, è stato osservato che un simile ragionamento non può che condurre a mettere in dubbio che il diritto effettivamente fatto valere dalla persona trans in sede di giudizio di rettificazione sia quello all’identità di genere, quanto piuttosto quello alla propria integrità psico-fisica e che la rettificazione non sia quindi istituito posto a tutela del diritto all’identità personale ma, in fondo, del diritto alla salute<sup>46</sup>. In questa nuova forma di medicalizzazione giuridica della condizione trans, peraltro, si manifesta un paternalismo normativo che impone a chiunque intraprenda un percorso di affermazione di genere di adattare le proprie scelte alle aspettative di un ordinamento che subordina le stesse a un vaglio di meritevolezza volto a giudicarne “serietà”, “univocità” e “compiutezza”<sup>47</sup>. E il metro di tale giudizio deve apparire in qualche modo oggettivo, sicché l’unica possibilità è quella di una psicopatologizzazione che rimetta a valutazioni di natura medica e psicoterapeutica l’esito del percorso individuale delle persone che non si riconoscano nel sesso/genere assegnato loro alla nascita.

Le due pronunce del 2015 hanno prodotto una ridefinizione ulteriore dei profili sessuali e di genere dell’individuo, con una separazione ancora più incisiva fra, per così dire, dimensione materiale e dimensione spirituale dell’identità personale. Conseguenza di ciò è che ad oggi nel nostro ordinamento convivono almeno due distinte nozioni di sesso. Il sesso attribuito alla nascita – quello degli articoli 29 e 30 del D.p.r. 396/2000 – è salvo nella sua dimensione strettamente “biologica” – che però ignora l’esistenza delle persone intersex. A questo si affianca il genere, un elemento dell’identità personale più complesso e slegato dall’aspetto esteriore dei genitali, che viene eventualmente in rilievo in un momento successivo, nel quale si manifesta una difformità fra quello e il sesso anagrafico. Sesso e genere, in tale prospettiva, sono fra loro ben distinti sul piano dell’elaborazione concettuale, ma finiscono per acquistare rilevanza giuridica in relazione a disposizioni che, almeno testualmente, non conoscono simile distinzione. Quella del genere è una categoria emersa in sede interpretativa e ha una funzione precisa: quella d’individuare una condizione relativa alla persona che legittimi e giustifichi la riattribuzione di sesso quando quello assegnato alla nascita non corrisponda all’identità che il soggetto abbia – nel linguaggio della giurisprudenza – “acquisito” successivamente. Ottenuta la rettificazione, però, il genere esaurisce la propria funzione, venendo a risolversi nel sesso anagrafico come riattribuito<sup>48</sup>.

Le analisi della giurisprudenza di merito degli ultimi anni in materia di rettificazione hanno rilevato le ulteriori difficoltà che il nostro ordinamento incontra nel tentativo di dare una sistemazione coe-

45 Sul punto, si vedano A. Schuster, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 luglio 2017, spec. pp. 7 ss. e T. Gazzolo, *Identità di genere. La costruzione della giurisprudenza di merito*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2023, pp. 621-654, spec. pp. 625 ss.

46 T. Gazzolo, *Identità di genere. La costruzione della giurisprudenza di merito*, cit., p. 625.

47 A. Lorenzetti, *Il cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale: due nuove pronunce (nn. 180 e 185 del 2017)*, in *Studium Iuris*, 2018, n. 4, pp. 446-454, ove a p. 452 si legge: «Tendenzialmente, può immaginarsi che si tratti di formule volte a escludere il cambiamento di sesso a fronte di ambizioni velleitarie e non costruite sulla dimensione identitaria che “chiede” un riallinearsi fra psiche e soma. Sotto questo profilo, tuttavia, è da segnalare l’impronta paternalista che emerge nell’assoggettare a terzi scelte che riguardano il corpo altrui. Di conseguenza, irrisolto rimane anche l’aspetto della persistente visione patologizzata e patologizzante della condizione transgenere che propala dai necessari accertamenti e verifiche e, in generale, dalla caratterizzazione medico-sanitaria del percorso di transizione».

48 Così T. Gazzolo, *Identità di genere. La costruzione della giurisprudenza di merito*, cit., p. 622, ma anche G. Grisi, *Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2019, pp. 255-299.

rente alle categorie di sesso e genere così ridefinite. Non è chiaro, fra l'altro, se il genere, quale categoria giuridicamente rilevante, sia «qualcosa che oggettivamente si ha (o che si è), un *fatto* come tale accertabile o se, diversamente, esso sia ciò che si costituisce come l'effetto di una *volontà*, sia ciò che il soggetto *vuole* essere»<sup>49</sup>. Si osserva una tensione fra una concezione oggettiva e una soggettiva del genere come elemento dell'identità personale: da un lato, la rettificazione è autorizzata in ragione dell'accertamento tecnico di una condizione oggettiva di disforia o incongruenza di genere; dall'altro lato, tuttavia, le dichiarazioni della parte assumono un ruolo determinante nell'argomentare dei giudici, i quali sovente si riferiscono alle «convinzioni», al «sentire» e alla «volontà» della persona che chiede la rettificazione<sup>50</sup>. Questa tensione che si riscontra nelle motivazioni dei nostri Tribunali è esemplificativa di un conflitto fra due approcci al rapporto fra diritto e genere, l'uno che fa perno sull'interesse pubblico alla certezza della sua attribuzione e l'altro, invece, sull'autodeterminazione individuale.

L'incoerenza di fondo che caratterizza il quadro legislativo e giurisprudenziale appena descritto suscita più d'una perplessità circa la reale necessità di un tale uso di categorie quali sesso e genere. Quanto si dirà nel paragrafo successivo riguardo all'incapacità del nostro ordinamento di offrire risposte adeguate alle esigenze di quelle persone che per il loro corpo e per la loro espressione non siano facilmente collocabili entro le categorie giuridiche (e pre-giuridiche) ad oggi disponibili servirà a completare la descrizione di un regime giuridico senz'altro da sottoporre ad attenta revisione.

## 5. Segni di cedimento del binarismo

Fino a qui si è illustrata la recente evoluzione dei concetti giuridici di sesso e genere, in particolare in relazione a quello di identità personale, lasciando però sullo sfondo il tema, quanto mai attuale, del trattamento che il diritto riserva alle identità non binarie. Quel che mai fino a questo punto è stato messo in discussione è che, quale che sia il significato che vi si attribuisce, giuridicamente di sessi – così come di generi – ce ne sono solo due. Tuttavia, la logica binaria e l'imprecisione delle definizioni di sesso e genere proposte in giurisprudenza generano molteplici aporie e contraddizioni.

La recente sentenza della Corte costituzionale del 3 luglio 2024, n. 143 offre diversi spunti di riflessione al riguardo. La prima delle due questioni sollevate dal Tribunale di Bolzano<sup>51</sup>, come noto, attiene alla legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 164/1982, nella parte in cui non prevede che in sede di rettificazione possa essere attribuito sesso diverso da quello maschile o femminile. Altrettanto noto è l'esito cui la Consulta è pervenuta, ossia la declaratoria di inammissibilità della questione, in accoglimento dell'eccezione sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo cui il Tribunale rimettente avrebbe richiesto una pronuncia eccedente i limiti dei poteri attribuiti al giudice delle leggi e implicante una scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore. La Corte – va precisato – non nega che la condizione della persona non binaria generi «una situazione di disagio significativa rispetto al principio personalistico cui l'ordinamento costituzionale riconosce centralità (art. 2 Cost.)». Né trascura che, potendo «indurre disparità di trattamento o compromettere il benessere psicofisico della persona, questa condizione può del pari sollevare un tema di rispetto della dignità sociale e di tutela della salute, alla luce degli artt. 3 e 32 Cost.». Tuttavia, simili considerazioni non legittimano l'intervento della Corte, ma «pongono la condizione non binaria all'attenzione del legislatore, primo interprete della sensibilità sociale». La succinta motivazione della Consulta, che pure fa propri e ribadisce gli esiti dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale di cui si è dato atto nel paragrafo precedente, ruota intorno all'impatto generale che l'introduzione di una terza opzione di sesso anagrafico avrebbe, rendendosi necessario «un intervento legislativo di sistema, nei vari settori dell'ordinamento e per i numerosi istituti attualmente regolati con logica binaria»<sup>52</sup>. Fra le ricadute di sistema che il riconoscimento della terza opzione comporterebbe ve n'è una, però, che merita un'attenzione particolare, giacché, a ben vedere, la razionalità del sistema è già da tempo messa in discussione: quella sul rapporto fra matrimonio e unione civile.

49 T. Gazzolo, *Identità di genere. La costruzione della giurisprudenza di merito*, cit., p. 621.

50 Si rinvia qui alla tabella di analisi di alcune sentenze di merito ricomprese nel triennio 2021-2023 che si trova *ibid.*, pp. 640-651.

51 Tribunale di Bolzano, ordinanza del 12 gennaio 2024, iscritta al n. 11 del registro ordinanze 2024 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 7, prima serie speciale, dell'anno 2024.

52 Peraltro, la Corte ha così ammesso che il binarismo non costituisce un limite costituzionale invalicabile. In questo senso, seppur redatto prima della pubblicazione della sentenza in commento, si veda G. Mingardo, *Il riconoscimento delle nuove soggettività e il limite del binarismo di genere nella prospettiva costituzionale*, in questa *Rivista*, 19 settembre 2024.

Che il matrimonio, *rebus sic stantibus*, sia istituito riservato a coppie di sesso diverso è dato apparentemente incontrovertibile. Lo ha sancito la Corte costituzionale con la sentenza del 14 aprile 2010, n. 138, nella quale, con un'interpretazione storico-originalista<sup>53</sup>, dichiarò inammissibile la questione di legittimità di alcune disposizioni del Codice civile sollevata con l'intento di giungere a un'estensione della disciplina matrimoniale alle coppie dello stesso sesso. In quell'occasione la Corte individuò nell'art. 2 Cost. la norma su cui fondare il riconoscimento delle unioni "omosessuali", rimettendo però alla discrezionalità del legislatore l'individuazione della forma da dare a quel riconoscimento. Ben noto è il conseguente intervento del Parlamento che con la Legge 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. Legge Cirinnà) ha introdotto l'istituto dell'unione civile<sup>54</sup>. Il quadro che si è così determinato parrebbe lineare: persone di "sesso" diverso contrarranno matrimonio e persone dello stesso "sesso" ricorreranno all'unione civile<sup>55</sup>. Le cose, però, si fanno più complicate se si tiene conto del combinato fra requisiti di validità del matrimonio (diversità del sesso dei coniugi) e dell'unione civile (identità del sesso delle parti) e l'interpretazione che alle disposizioni della l. 164/1982 hanno dato la Corte di cassazione e la Corte costituzionale con le pronunce brevemente illustrate nelle pagine precedenti.

Se il "sesso" che determina l'applicabilità, alternativamente, dell'una e dell'altra disciplina è quello risultante dagli atti dello stato civile, oggi indipendente dall'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari, gli esiti cui si è giunti per via giurisprudenziale producono risultati alquanto paradossali. Una persona trans, che abbia ottenuto la rettificazione, e una persona cis, di sesso anagrafico opposto a quello assegnato all'altra a seguito della riattribuzione, ma che presentino caratteri sessuali primari analoghi, possono contrarre matrimonio. Analogamente, possono contrarre matrimonio due persone trans di sesso opposto laddove nessuna delle due (ovvero entrambe) abbiano ottenuto la rettificazione, indipendentemente dall'intervenuta modificazione per via chirurgica degli organi genitali. Risulta difficile conciliare quest'esito con quella che sarebbe stata la volontà dei costituenti, i quali «tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che [...] stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso», a meno di non ritenere compatibile quest'interpretazione con l'adozione di una nozione di sesso indipendente dai caratteri sessuali primari. L'unica via per tirarsi fuori da quest'*impasse* parrebbe essere quella di procedere a un'operazione interpretativa che fondi il requisito della differenza sessuale per la validità del matrimonio su un concetto di sesso diverso da quello risultante dalle attestazioni dello stato civile<sup>56</sup>. A ben vedere, ciò "sgancerebbe" il matrimonio e l'unione civile dal sesso anagrafico, privando (almeno in parte) di fondamento l'argomento dell'impatto sistematico che la Consulta utilizza per escludere la possibilità di una terza opzione.

Con ciò non s'intende sostenere che questa sia necessariamente la via interpretativa da percorrere. Diversamente, ciò che si vuol mettere in luce sono l'irrazionalità di un sistema che resta ancorato a categorie non in grado di descrivere la complessità dell'esperienza umana in relazione a sesso e genere e, soprattutto, la possibilità sul piano logico-giuridico dell'esistenza di norme che assegnino rilevanza al sesso o al genere (eventualmente anche secondo una logica esclusivamente binaria) e che siano, sul piano interpretativo, indipendenti dall'eventuale status anagrafico riconosciuto alla persona (status che potrebbe a questo punto assumere una forma non binaria, se non essere del tutto eliminato). Sul punto si ritornerà nel paragrafo conclusivo, ma il quadro sin qui delineato non è ancora completo e richiede di essere integrato con l'altra ipotesi che mette in discussione la logica binaria messa in salvo con la recente sentenza della Consulta: quella delle persone intersex.

53 Si legge nella citata pronuncia: «I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa. Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto».

54 Si veda, per tutti, F. Azzarri, *Le unioni civili: luci e ombre*, in M. Pelissero e A. Vercellone, *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., pp. 55-76.

55 Quanto agli effetti della rettificazione sul vincolo matrimoniale e sull'unione civile, *Ibid.*, pp. 73-74, nonché Id., *Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta* (nota a Corte Costituzionale 27 dicembre 2022, n. 269), in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2023, n. 3, pp. 610-617. Deve segnalarsi altresì la recente pronuncia della Corte costituzionale 22 febbraio 2024, n. 66.

56 Questa tesi è sostenuta da G. Grisi, *Sesso e genere*, cit., pp. 275-276.

Le questioni di legittimità su cui la Corte costituzionale di recente è stata chiamata a pronunciarsi, infatti, non hanno riguardato «il tema – contiguo, ma distinto – dell’intersessualità, la quale concerne le ipotesi in cui, per ermafroditismo o alterazioni cromosomiche, lo stesso sesso biologico risulti incerto alla nascita». La condizione in cui si trovano le persone intersex, ossia quelle che alla nascita presentano caratteri sessuali ambigui e che non di rado si trovano ad assistere a un successivo sviluppo del proprio corpo e della propria identità di genere non corrispondente al sesso anagrafico è la seconda sfida che il nostro ordinamento, ancora imperniato su una logica rigorosamente binaria, si trova ad affrontare.

A differenza di quel che avviene in altri ordinamenti<sup>57</sup>, nel sistema giuridico italiano manca una norma che consenta, in questi casi, di apporre un’indicazione neutra o provvisoria del sesso del neonato, sebbene molte strutture sanitarie utilizzino una modulistica che consente di segnalare l’ambiguità genitale indicando una terza opzione diversa da “maschio” e “femmina”<sup>58</sup>. In sede di dichiarazione di nascita (artt. 29 e 30 D.p.r. n. 396/2000) è però obbligatorio indicare uno fra il sesso maschile e quello femminile, e ciò secondo l’antica regola della “prevalenza”<sup>59</sup>. Naturalmente, pochi problemi pongono quei casi in cui la persona intersex sviluppi un’identità di genere corrispondente al sesso attribuito alla nascita. Nondimeno, accade spesso che nel corso dell’infanzia o con la pubertà la persona intersex manifesti caratteri sessuali e acquisisca un’identità di genere in conflitto con il sesso anagrafico. Ebbene, queste ipotesi pongono, se non altro, il problema di quale sia l’azione esperibile per ottenere la rettificazione. Secondo un’opinione, sarebbe applicabile la disciplina della l. 164/1982, anche se introdotta per disciplinare ipotesi diverse. Appare preferibile, tuttavia, la tesi secondo cui il procedimento che la persona intersex deve esperire per la modifica dell’assegnazione di sesso (nonché, se necessario, del nome) sia invece quello ordinario di rettificazione relativa agli atti dello stato civile di cui all’art. 95 del D.p.r. n. 396/2000<sup>60</sup>. Resta il fatto che anche in sede di rettificazione, ad oggi le persone intersex, se anche qualcuna di loro lo desiderasse, non potrebbero comunque optare per una categoria diversa dal sesso maschile o femminile.

Il quadro sin qui delineato è senza dubbio parziale e ciascuna delle specifiche questioni giuridiche cui si è accennato meriterebbe un’autonoma analisi. In queste poche pagine non è stato possibile addentrarsi nel labirinto di problemi che le esperienze delle persone trans e intersex richiedono al giurista di affrontare<sup>61</sup>. Eppure sembra sia possibile affermare che una descrizione, sia pur non esaustiva, delle difficoltà che l’interprete trova dinanzi a sé mette in luce la pluralità di contraddizioni che lo stratificarsi di interventi del legislatore e delle corti ha prodotto a partire dall’entrata in vigore della l. 164/1982.

La *definitional rupture* che i concetti di sesso e genere stanno attraversando ha invaso il linguaggio giuridico e con ciò occorre fare i conti. L’indeterminatezza del significato – giuridico, ma non solo – di ‘sesso’ era fino a non molto tempo fa del tutto trascurabile, ma si è successivamente rivelata piuttosto significativa. Ciò è in larga misura dovuto all’influenza che nei discorsi dei giuristi hanno avuto e continuano ad avere gli studi di genere e l’impegno politico delle attiviste e degli attivisti. Così come in altre discipline, anche nel diritto occorre per prima cosa chiedersi come si debbano definire sesso e genere, cosa con ciò s’intenda definire e regolare e per quale scopo<sup>62</sup>. La questione è in primo luogo politica, è vero, e richiede che siano i processi sociali e la loro espressione in sede parlamentare a determinarne gli sviluppi<sup>63</sup>. Un’iniziativa legislativa sarebbe certamente da salutare con favore, ma ciò non esclude né che la via interpretativa di quello che il diritto già è possa rivelarsi percorribile al fine di una più efficace tutela delle soggettività non conformi al binarismo sessuale / di genere, né che una prospettiva teorica *de jure condendo* possa altrettanto contribuire alla realizzazione di condizioni di giustizia.

57 In Germania e in Austria, come noto, a quello delle rispettive Corti costituzionali è seguito l’intervento di entrambi i legislatori, con l’introduzione – peraltro, assai dibattuta – di una terza opzione nei registri dello stato civile. In proposito, si veda I. Kehrer, *Il diritto alla propria identità di fronte al binarismo di sesso e genere*, in *AG About Gender - International Journal of Gender Studies*, 2019, vol. 8, n. 15, pp. 337-363.

58 A. Lorenzetti, *Il “trattamento” giuridico della condizione intersessuale*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, pp. 6-11; A. Lorenzetti, *Le persone intersex nel diritto antidiscriminatorio: fra vuoti normativi e necessita di protezione*, in M. Pelissero e A. Vercellone, *Diritti e persone LGBTQI+*, cit., pp. 163 ss, spec. p. 166.

59 Su cui si veda T. Gazzolo, *Identità di genere. Una critica del diritto a essere se stessi*, Milano, 2023, pp. 29 ss.

60 G. Cardaci, *Il processo di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, pp. 683-712.

61 Uno sguardo completo richiederebbe di estendere l’analisi a molti altri settori del diritto (civile e non solo), peraltro tenendo a mente che si tratta di una materia che conduce inevitabilmente a un dialogo con discipline extra-giuridiche.

62 Cfr. E. Schiappa, *Defining Sex*, cit. e Id., *The Transgender Exigency*, cit., spec. pp. 173 ss.

63 La fase storica in cui ci troviamo, tuttavia, non sembra giustificare particolare ottimismo in tal senso. Sui cc.dd. movimenti anti-gender, si veda J. Butler, *Chi ha paura del gender*, trad. it. F. Zappino, Bari-Roma, 2024 (ed. orig. *Who’s Afraid of Gender*, Londra, 2024).



## 6. La decertificazione come strategia di abolizione minima

Si è detto che un buon modo d'intendere la proposta abolizionista potrebbe essere quello d'interpretarla nel senso di un invito a mettere in campo pratiche di progressiva de-genderizzazione della realtà sociale<sup>64</sup>. Venendo, dunque, alle conclusioni e limitando l'ambito cui riferirci a quello della disciplina oggetto di analisi nei precedenti paragrafi, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di un'abolizione giuridica minima da realizzarsi a mezzo di una "decertificazione", ossia dell'abrogazione del sistema di attribuzione anagrafica di sesso<sup>65</sup>.

Fra le possibili obiezioni, vi sarebbe da prendere in considerazione quanto meno quella dell'impatto sistematico, dal momento che numerose altre norme parrebbero dipendere proprio dal sesso anagrafico. Eppure, è certamente possibile concepire un ordinamento in cui sopravvivano norme che impiegano i concetti di sesso e genere – eventualmente anche secondo una logica binaria – pur in assenza di un sistema di attribuzione anagrafica, senza che ciò comporti particolari rischi sul piano interpretativo.

L'esistenza di norme in cui siano rilevanti il sesso o il genere di qualcuno non dipende per necessità dalla preesistenza di norme attributive del relativo status. Ben può darsi, sul piano logico-giuridico, un ordinamento nel quale non vi sia alcuna attribuzione formale di sesso o genere alla nascita – e conseguentemente nessuna necessità di ricorrere alla rettificazione della relativa attribuzione – e vi siano, cionondimeno, norme che a essi assegnino rilevanza per determinati effetti giuridici.

In una siffatta ipotesi, sarebbe il momento dell'applicazione di ciascuna di quelle norme quello in cui verrebbero a concretizzarsi i significati di sesso e genere, consentendo una determinazione più efficace delle loro condizioni di applicazione, per mezzo, ad esempio, d'interpretazioni estensive o analogiche, laddove la loro *ratio* risieda nella necessità di contrastare la riproduzione di condizioni di disegualianza, di proteggere quelle persone che versino in condizione di vulnerabilità e di reprimere comportamenti violenti o discriminatori. L'ambiguità di quei concetti suggerisce di adottare un approccio pragmatico<sup>66</sup>, che adatti la loro definizione al contesto specifico d'impiego in relazione alla *ratio* sottesa alle singole fattispecie in cui compaiono.

Simili argomenti, d'altronde, avrebbero potuto essere spesi anche in sede interpretativa. La Corte costituzionale, nel dichiarare, con la citata sentenza 143/2024, l'inammissibilità della questione di legittimità dell'articolo 1 della l. 164/1982, fa leva proprio sull'impatto che sull'ordinamento nel suo complesso avrebbe prodotto il riconoscimento di una terza opzione di sesso anagrafico. Quell'impatto, tuttavia, sarebbe circoscritto alle sole norme che direttamente e necessariamente dipendono dallo status anagrafico – e cioè, in definitiva, proprio alle norme sulla rettificazione, di cui alla l. 164/1982, oggetto di sindacato – ma qualsiasi altra norma in cui il sesso o il genere acquisiscano rilevanza – anche secondo una logica binaria – sarebbe rimasta intatta e, ove possibile, avrebbe potuto essere reinterpretata in modo da garantire il riconoscimento dei bisogni di tutela di chi fosse risultato anagraficamente appartenente a una terza categoria di sesso/genere.

Ma soprattutto, la decertificazione determinerebbe una deregolamentazione dei percorsi di affermazione di genere, sicché le persone trans e non binarie si troverebbero libere dall'obbligo di soddisfare le aspettative medicalizzanti dell'autorità giudiziaria e di procedimenti che stigmatizzano le loro esperienze.

64 Occorre rammentare che il diritto, in questa prospettiva, può rivelarsi un'arma a doppio taglio. Se, da un lato, è uno dei principali strumenti attraverso cui si produce l'istituzionalizzazione di regimi di genere, esso è anche lo strumento attraverso il quale possono porsi rimedi a protezione delle loro vittime. L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale cui si è assistito in tempi recenti, attraverso la progressiva liberalizzazione degli ordinamenti e con l'introduzione di discipline speciali volte a contrastare disegualtanze e discriminazioni, mostra come il diritto possa e debba continuare ad assegnare rilevanza a sesso e genere al fine di garantire parità di diritti.

65 Di recente, nel Regno Unito, un gruppo di ricerca ha condotto un'analisi delle possibili conseguenze di un'analogia proposta: D. Cooper, R. Emerton, E. Grabham, H.J.H. Newman, E. Peel., F. Renz, J. Smith, *Abolishing legal sex status: The challenge and consequences of gender related law reform. Future of Legal Gender Project. Final Report*, Londra, 2022. Nel nostro ordinamento, si tratterebbe di intervenire per lo meno sugli articoli 1, 29, 30 e 38 del D.p.r. 396/2000. Quanto all'articolo 35 riguardante il nome, questione che nel testo sarà trascurata, ma di cui si riconosce l'importanza, potrebbero darsi per lo meno due possibilità: l'una sarebbe quella di abrogare la regola della corrispondenza del nome al sesso (il che non dovrebbe preoccupare particolarmente, giacché la maggior parte dei nomi sono caratterizzati per genere e la maggior parte delle persone continuerebbe comunque ad assegnare nomi corrispondenti al sesso/genere); la seconda è quella di mantenere la regola, con la conseguenza che essa sarà "sganciata" da un'attribuzione formale di sesso/genere non diversamente da quanto si dirà *infra* nel testo per qualsiasi altra fattispecie in cui il sesso/genere abbia rilevanza.

66 In tal senso, si vedano i riferimenti di cui *supra* nota n. 62.

Gli spunti di riflessione qui proposti meritano di certo ulteriore approfondimento e, soprattutto, vanno messi alla prova di ogni possibile critica. Sia consentito, però, di chiudere con una considerazione di metodo. Non v'è dubbio che l'interprete non possa che muoversi entro i confini del diritto positivo. Cionondimeno, all'interno della cornice dei significati possibili di ogni norma potrebbero scorgersi spazi d'azione ancora inesplorati. Occorre, allora, compiere una scelta di campo che inevitabilmente – specialmente in materie come questa – interpella le convinzioni etiche e politiche di ciascuna e ciascuno di noi.

Giulia Sulpizi\*

## Il diritto ad essere diversi: oltre il binarismo nella rettificazione di sesso?

### Sommario

1. Per chiarire dei concetti fondamentali: binarismo e non binarismo. – 2. La questione sottoposta alla Corte costituzionale. – 3. Il composito quadro giurisprudenziale nazionale. – 4. I precedenti della Corte Edu – 5. Il panorama comparato. – 6. La soluzione del giudice delle leggi. – 7. Opportunità e criticità della soluzione adottata. – 7.1 Considerazioni conclusive.

### Abstract

Nella società contemporanea emerge sempre più l'esigenza di non distinguere solamente tra genere maschile e femminile, dovendosi, piuttosto, dare atto, come riconosce anche la scienza medica, dell'esistenza del non binarismo. Con la l. n. 164/1982, in tema di procedimento di rettificazione di sesso, è stata introdotta in Italia una disciplina che, seppure innovativa per l'epoca della sua entrata in vigore, non include alcun *tertium genus* nell'ambito del transessualismo. Da qui, emerge la questione di legittimità costituzionale in via incidentale sollevata dal Tribunale di Bolzano, relativa all'art. 1 della suddetta legge in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, c. 1, Cost., in relazione quest'ultimo all'art. 8 CEDU. Alla luce, dunque, della precedente giurisprudenza costituzionale e del quadro comparatistico, esaminando quegli ordinamenti in cui si è affermata l'esistenza di un "diverso" rispetto alle classificazioni "uomo" e "donna", ci si interroga se il sistema giuridico italiano possa giungere a riconoscere espressamente, nel proprio panorama costituzionale, il non binarismo. Partendo, infatti, dall'assunto che la stessa Carta del 1948 non sia improntata ad una netta logica duale, di bipartizione fra maschile e femminile, ci si interroga su quali siano le opportunità e le sfide cui tale innovazione condurrebbe, stante la necessità di tutelare, in prospettiva pluralista ed egualitaria, un mutamento sociale e culturale ormai ineludibile.

*In contemporary societies we cannot distinguish anymore between male and female, but we have to consider the existence of non binary identities. Thanks to l. n. 164/1982, regarding the procedure for changing sex qualification, in Italy the possibility to be defined as a tertium genus has not been granted. Starting from this assumption, the Italian Constitutional Court has recently heard a case dealing with the compatibility between art. 1 of the above mentioned law and articles 2, 3, 32 and 117, c. 1 Cost., in relation with art. 8 ECHR. After a brief analysis of previous constitutional justice decisions and of other legal systems, that acknowledge non binary people, we can then take into account whether is it possible in our country to give a legal status and recognition to non binarism. Having in mind that the Italian Constitution itself does not mention a strict division among sexes and genders we can examine which are the main pros and cons of this possible legislative innovation, in order to create a more inclusive and cohesive society.*

\* Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona, Università Ca' Foscari (Venezia) – Université Sorbonne Paris Nord (Paris). Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Per chiarire dei concetti fondamentali: binarismo e non binarismo

In una società in continuo mutamento, si assiste, in maniera si potrebbe dire “naturale”, grazie pure al lavoro dei giudici costituzionali, all’emersione di nuove generazioni di diritti o, per meglio dire, all’individuazione di valori, già presenti *in fieri* nel sistema giuridico, ma non ancora rivestiti da un pieno riconoscimento normativo<sup>1</sup>. È come, quindi, se i giudici delle leggi si facessero avanguardie di innovative istanze dell’ordinamento, recependo l’opportunità per il Parlamento nazionale di intervenire in determinate situazioni, in un rapporto di continua interrelazione tra Corti e legislatore<sup>2</sup>.

Proprio partendo da questo dato, ovverosia il legame tra i due summenzionati soggetti, si snoda il presente contributo.

Al fine, infatti, di tracciare alcune riflessioni di carattere generale e sistematico riguardanti la possibile affermazione di un *tertium genus* nell’ambito del transessualismo, si intende muovere con sguardo rivolto in una duplice direzione. Da una parte, si prenderà dapprima in considerazione come l’attuale assetto internazionale si relazioni con il non binarismo di genere. Evidenziata, quindi, l’importanza di tale problematica, si passerà, poi, ad esaminare una questione di legittimità costituzionale recentemente sottoposta al vaglio della Consulta sul punto. Solo da ultimo, grazie all’approdo della giurisprudenza costituzionale e al confronto con le soluzioni adottate da altri ordinamenti, si tenterà di trarre taluni spunti per possibili future innovazioni, necessariamente legislative, per il nostro Paese.

Tutto ciò premesso, si deve, quindi, notare come sorga, con sempre maggiore forza nell’ordinamento italiano contemporaneo, l’esigenza di garantire nuove “minoranze”, in specie sessuali. A queste si debbono, in particolare, riconoscere due diritti: in primo luogo, un “diritto di identità di genere”, consistente nella possibilità di esistere senza patire discriminazioni nella società; in secondo luogo, soprattutto negli ultimi decenni, un “diritto all’identità di genere”, comportante un riconoscimento anche giuridico di tale auto-percezione del sé<sup>3</sup>. Si tratta di una distinzione fondamentale, poiché l’una prospettiva influenza e determina l’altra.

Al fine di analizzare il nostro sistema giuridico, pare opportuno chiarire alcune preliminari nozioni rilevanti.

Da qui, è necessario in prima istanza distinguere tra “sesso” e “genere”, laddove il primo termine si riferisce alle differenze biologiche tra uomo e donna, mentre il secondo si appunta sui risvolti sociali di tali differenze<sup>4</sup>. Il genere, quindi, se concepito in una dimensione “neutra”, consentirebbe di “sottrarsi all’assegnazione a una delle due categorie sessuate convenzionalmente nominate come maschile e femminile (...), contestando quel determinismo biologico che si legge come oppressivo nei confronti delle identità non binarie o considerate non convenzionali”<sup>5</sup>.

È, in particolare, alla luce degli studi formulati da Judith Butler che ampi fenomeni sociali e culturali sono giunti a contestare la necessità stessa dei summenzionati concetti, posto che nessuno dei due esiste logicamente prima della loro stessa formulazione da un punto di vista terminologico e che non si ravvisa nemmeno uno stretto legame tra queste definizioni<sup>6</sup>. Da qui, la constatazione che, in realtà, entrambe queste nozioni siano semplicemente espressione di precisi e individuabili costrutti sociali, portati del pensiero e dell’azione umana<sup>7</sup>.

- 
- 1 “I valori, proprio per questa loro dimensione radicale, sono destinati a durare: creature storiche essi pure, non sono realtà assolutamente statiche, ma il loro movimento è lentissimo, assomigliando a quei ghiacciai della natura fisica percorsi da un impercettibile moto che ne scandisce l’immobilità apparente”, dove è fondamentale il ruolo del giudice costituzionale come “organo respiratorio” del nostro ordinamento giuridico: così, P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 58.
  - 2 Sui rapporti tra Corte costituzionale italiana e Parlamento nazionale si è recentemente espresso, con parole chiare, il Presidente della Consulta, il Prof. Augusto Antonio Barbera, che si è così espresso, nella sua *Relazione* del 18 marzo 2024: “Mi riferisco, invece, al più ampio ruolo del Parlamento nel cogliere le pulsioni evolutive della società pluralista, con le quali la Costituzione respira; pulsioni necessarie per adattarsi al continuo divenire della realtà. È anche in questa chiave che va letto il coinvolgimento del legislatore che questa Corte sollecita nell’assunzione di scelte che necessariamente richiedono una lettura dei parametri costituzionali non strettamente testuale, ‘non originalista’”.
  - 3 M. Albrich-Sales, *La liberté de choix de l’identité de genre*, Parigi, L’Harmattan, 2024, p. 54.
  - 4 A. Astone, *Il controverso itinerario dell’identità di genere*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2016, pp. 305 ss.; L.P. Martina, *La prospettiva di genere. Un processo di normativizzazione politica mondiale*, Roma, Aracne Editore, 2017, p. 19 e G. Baldini, *Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni*, Milano, Cedam, 2019, pp. 243-253.
  - 5 A. Lorenzetti, *Uguaglianza e genere: cenni per un dibattito fra punti fermi e sabbie mobili*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 206.
  - 6 J. Butler, *Gender trouble*, New York, Routledge, 1990, pp. 6-7.
  - 7 C. Delphy, *Close To Home: A Materialist Analysis of Women’s Oppression*, New York, Hutchinson Publishing Group, 1984, p. 144.



In secondo luogo, è d'uopo prendere le mosse dai concetti di "identità sessuale", ovvero sia un "*compromis entre une définition sociale et une définition personnelle*"<sup>8</sup>, in cui la dimensione biologica si fonde con quella del riconoscimento culturale esterno, e di "identità di genere", consistente in una specificazione della prima, quale "*l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chaque personne, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance*"<sup>9</sup>. È proprio a partire da questo concetto che oggi i *transgender* sono tutelati, facendo proprio un progressivo mutamento di prospettiva, che supera una netta logica di contrapposizione tra maschile e femminile<sup>10</sup>. Se, quindi, in un primo momento storico ci si confrontava con una forte concezione di binarismo di genere, gli anni '90 segnano, invece, l'avvento di una nuova consapevolezza, che guarda oltre il genere e che si pone in prospettiva di rivendicazione del "diritto alla differenza"<sup>11</sup>.

Muovendo dal termine di *gender identity*, che sta alla base di quest'elaborazione, si richiede, quindi, oggi di sovvertire lo schema binario – di divaricazione tra "uomo" e "donna", quali modelli "puri" di riferimento –, giungendo, piuttosto, a considerare l'identità personale latamente intesa come "un *continuum* variegato, lungo il quale è possibile ogni tipo di combinazione del maschile e del femminile, senza che per questo ci debba essere alcuna forma di esclusione o di emarginazione"<sup>12</sup>.

Tale discrepanza, appunto, tra sesso biologicamente assegnato e la propria percezione del sé è stata dapprima definita come "transessualismo", espressione poi sostituita da quella di "disturbo dell'identità di genere" nel 1994 e, da ultimo, di "disforia di genere" nel 2013<sup>13</sup>. Quest'ultima innovazione era stata preceduta da un ampio dibattito sull'opportunità di mutare formulazione: per lungo tempo si era, infatti, optato per una visione patologica del fenomeno, ma tale considerazione è venuta progressivamente meno per una serie di ragioni. Si rilevava, non a caso, come una qualificazione del fenomeno in termini di "malattia" fosse suscettibile di acuire i rischi di discriminazione e di marginalizzazione di soggetti che verrebbero ad essere "etichettati". D'altro canto, però, tale concezione era idonea a garantire una necessaria e consustanziale tutela medica ai soggetti in questione, come preconditione per l'accesso alle cure di natura clinica e psicologica, specie in sistemi di sanità pubblica<sup>14</sup>. Da qui, si arriva ad evidenziare una de-patologizzazione del fenomeno *transgender*, che avrebbe effetti positivi e negativi: da una parte, infatti, porterebbe a riconoscere una piena autodeterminazione individuale in una prospettiva di garanzia della dignità umana; dall'altra, invece, potrebbe mettere in dubbio l'accesso a servizi di assistenza di primaria importanza per il cittadino affetto da tali condizioni<sup>15</sup>.

La complessità del fenomeno è evidente, poiché afferisce ad una vasta categoria di soggetti, che pure scontano notevoli differenze tra loro. Tra questi, si annoverano anche i "non binari", coloro che non si attagliano al dualismo di genere<sup>16</sup> e che non si riconoscono, in maniera stabile, in nessuno dei due sessi, ritenendosi ricompresi in un "terzo settore", "diverso".

Per quanto riguarda, quindi, la tutela del "diritto di identità di genere" ci si deve, in primo luogo, appuntare su prescrizioni di rango internazionale di stampo generale. La garanzia delle persone non binarie e *trans* è stata, dunque, fondata sui principi di eguaglianza e dignità umana, di cui all'art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, e sul divieto di discriminazione, di cui agli artt. 2, 3 e 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e all'art. 2 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989.

È stato, poi, il Consiglio d'Europa a definire nella sua Convenzione valori centrali cui pure attenersi in tali questioni, tra cui spiccano alcuni elementi impiegati anche dalla giurisprudenza della Corte Edu, come si vedrà *infra*, per tutelare nuove soggettività giuridiche. Tra queste, si possono annoverare l'art. 8 CEDU, in tema di rispetto della vita privata e familiare; l'art. 12 CEDU, riguardante il diritto di sposarsi e di avere una famiglia, e l'art. 14 CEDU, sancente il divieto di discriminazione.

8 M. Albrich-Sales, *La liberté de choix de l'identité de genre*, cit., p. 23.

9 *Ivi*, pp. 22-23.

10 *Ivi*, p. 23.

11 N. Palazzo, *Terre di mezzo e mine vaganti: il riconoscimento giuridico del genere della persona trans*, in questa *Rivista*, n. 1, 2021, p. 3.

12 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, p. 166.

13 M. Albrich-Sales, *La liberté de choix de l'identité de genre*, cit., p. 126.

14 A.C. Visconti, *Oltre la "logica binaria"... L'identità di genere tra vecchie e nuove prospettive*, in *Federalismi*, n. 15, 2023, p. 245.

15 A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, FrancoAngeli, 2013, pp. 89-91.

16 Per "binarità" si intende "un système qui divise les êtres humains en deux genres exclusifs et opposés, bien que complémentaires dans la construction sociale, masculin et féminin": così, M. Albrich-Sales, *La liberté de choix de l'identité de genre*, cit., p. 126.

Passaggio centrale – di vera innovazione in tema di riconoscimento del “diritto di identità di genere” – è rappresentato dai principi di Yogyakarta, ovvero delle raccomandazioni dirette agli Stati per l’applicazione delle leggi internazionali sui diritti umani in relazione a tali questioni. Si è, quindi, affermato che tali prescrizioni abbiano un carattere “didattico”, poiché non intendono enunciare nuove prerogative, ma riconoscere e ribadire le garanzie attribuibili a persone LGBTI. In tale prospettiva è centrale quanto afferma l’art. 3 dei suddetti principi, laddove si sancisce che “*Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law. Persons of diverse sexual orientations and gender identities shall enjoy legal capacity in all aspects of life. Each person’s self-defined sexual orientation and gender identity is integral to their personality and is one of the most basic aspects of self-determination, dignity and freedom*”. Similmente nel 2011 il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite ha adottato la prima Risoluzione su diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere, sostrato, culturale e normativo, per il primo rapporto ufficiale delle Nazioni Unite sul punto, come predisposto dall’Ufficio dell’Alto commissario per i diritti umani, in cui si richiamano, non a caso, i principi di cui all’art. 1 della succitata Dichiarazione. Non stupisce, dunque, che nel documento “*Born Free and Equal. Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*” del 2012 sia sancito autorevolmente che “*the principle of non-discrimination is cross-cutting and the obligation on the part of States is immediate*”.

Da qui, l’importanza di questi assunti per plurimi attori pubblici, come le istituzioni sovranazionali, gli esecutivi degli Stati, le ONG e gli stessi movimenti che si battono per i diritti dei *trans* e dei non binari e che siano stati pure invocati dalla giurisprudenza convenzionale<sup>17</sup> e dal Parlamento europeo nelle premesse della sua risoluzione del 2019 sulla discriminazione e il discorso d’odio verso le persone LGBTI. Si tratta, in ogni caso, di disposizioni passibili di integrazione, alla luce di nuove problematiche afferenti alla società contemporanea. A tal proposito, si devono ricordare le aggiunte apportate nel 2017, al fine di tenere conto di nuovi fattori di discriminazione e dei nuovi sviluppi in campo sociale, economico e tecnologico<sup>18</sup>.

Per quanto attiene, invece, alla tutela del “diritto all’identità di genere”, essa è emersa a partire dal 2010, come si è già avuto modo di accennare. È divenuta chiara con il pieno riconoscimento di tale prerogativa nella risoluzione n. 2048 del 22 aprile del 2015 del Consiglio d’Europa e nelle asserzioni espresse dall’Esperto Indipendente sull’orientamento sessuale e l’identità di genere in seno al Consiglio dei diritti dell’uomo delle Nazioni Unite nel 2018, laddove si è affermato che “*Self determined gender is a cornerstone of a person’s identity*”.

Non solo il contesto internazionale pone dei punti fermi nella garanzia dei diritti di tutti coloro che –in generale, con una definizione ampia e sommaria – non si riconoscono nel binarismo di genere, ma sul punto potremmo sostenere che si sia espressa anche la Costituzione italiana. Certo, la Carta del 1948 non si appunta su questo problema, ben lontano dalla mente e dall’impostazione culturale dei costituenti, ma ciò non toglie che sia stata, in questa prospettiva, l’evoluzione sociale del nostro tempo a sollecitare una necessaria risposta<sup>19</sup>.

La legge fondamentale italiana, quindi, impone ulteriori riflessioni. A partire proprio dall’art. 2 Cost. è necessario rammentare come sia fondamentale il riconoscimento del principio personalista ivi espresso, che pone al centro della sua previsione l’uomo concretamente considerato, nella sua individualità che si esplica anche e soprattutto nel rapporto con l’altro, con la socialità, con la comunità di riferimento<sup>20</sup>. Tale concetto trova, poi, ulteriore estrinsecazione se si considera la dimensione che la dignità umana, di cui all’art. 3, c. 1 Cost., assume, nella misura in cui quest’ultima “concretizza il significato del riconoscimento perché lo rapporta alla condizione permanente in cui è situato il soggetto come termine di relazione con le condizioni, le forme ed i modi in cui si struttura la società”<sup>21</sup>. A ciò si lega ulteriormente la prospettiva più propriamente “dinamica” dell’eguaglianza, nella sua dimensione sostanziale, di cui all’art. 3, c. 2 Cost. Essa “ruota attorno al valore del libero sviluppo della personalità e permette di ricostruire lo stesso concetto costituzionale di libertà quale ‘libertà positiva’, come autodeterminazione

17 Come è avvenuto in Corte Edu, *E.B. c. Francia*, del 22 gennaio 2008.

18 V. Bonini, V. Calderai, E. Catelani, A. Sperti, E. Stradella, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 259-260.

19 A.C. Visconti, *Oltre la “logica binaria”*, cit., p. 247.

20 Il riferimento è a M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 11, 2010, pp. 123 ss. e a F. Politi, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e Materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 11-34.

21 G. Ferrara, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1974, p. 1099.

del singolo in tutte le direzioni possibili<sup>22</sup>. Secondo quest'impostazione, questi tre concetti – eguaglianza, libertà e dignità – “compongono un costrutto normativo omogeneo e indissolubile”, in un'interrelazione continua<sup>23</sup>.

Ciò comporta la necessità, costituzionale e sociale, di tutelare plurime manifestazioni della personalità, tutte dotate di una “forza eversiva” che non sfugge all'osservatore, poiché comportante il riconoscimento di nuove generazioni di diritti da tutelare e di nuove posizioni giuridiche soggettive da garantire<sup>24</sup>.

A completare il quadro, in questa complessa prospettiva, si pone, altresì, il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., che assume una duplice connotazione, individuale e collettiva, ponendo il singolo al centro del sistema giuridico contemporaneo, chiamato a “guardare oltre la dimensione meramente biologica, per coglierne l'autocomprensione da parte del titolare del relativo diritto”, “ad ulteriore riprova dell'idea concreta e non già astratta di persona accolta nel nostro ordinamento costituzionale, conformato al principio personalista<sup>25</sup>”.

Tutto ciò premesso, non stupisce che anche la legislazione nazionale sia giunta ad occuparsi del tema della rettificazione di sesso e delle sue conseguenze, tramite la predisposizione della l. n. 164/1982, da cui origina la questione di legittimità costituzionale sottoposta all'attenzione della Consulta.

Prima di tale impianto normativo, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità disconosceva la rilevanza, ai fini della piena affermazione di sé della persona transessuale, del “mero riscontro di una psicosessualità contrastante con i chiari caratteri degli organi sessuali”, richiedendosi, al contrario, specifiche condizioni che siano “conseguenza di sopravvenute modificazioni dei caratteri sessuali<sup>26</sup>” e, nella medesima linea teorica, il giudice delle leggi affermava che non rientrasse fra i diritti inviolabili dell'uomo “quello di far riconoscere e registrare un sesso (...) acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica<sup>27</sup>”.

Con la legge del 1982, invece, innovativa non solo nel contesto italiano ma all'avanguardia anche nel panorama europeo, è stato introdotto il diritto ad ottenere, con sentenza del tribunale passata in giudicato, la rettificazione del sesso riportato sui registri dello stato civile. Stante il favore con cui venne accolta tale normativa, fin da subito la dottrina ebbe modo di evidenziare alcuni profili critici in merito: in particolare, si rilevava come la disciplina italiana, a differenza delle disposizioni di altri ordinamenti comunitari, non contemplava un periodo di riflessione, né richiedeva l'elevata probabilità che la determinazione dell'interessato fosse definitiva, né regolava la scelta del nuovo nome, né chiariva se occorresse, ai fini della rettificazione, che il soggetto avesse perso la capacità di generare, né, da ultimo, definiva a quali trattamenti sanitari avrebbe dovuto sottoporsi l'interessato prima di ottenere la sentenza<sup>28</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, anche la giurisprudenza si poneva in termini ondivaghi, richiedendo a volte l'intervento sui caratteri sessuali secondari, a volte su quelli primari, con ciò evidenziando come vi fossero “significativi scostamenti in ordine al tipo e al grado di invasività dell'intervento chirurgico minimo ritenuto necessario ai fini della rettificazione<sup>29</sup>”.

In ogni caso, si richiedeva comunque un mutamento “fisico”, di varia natura, unitamente ad una doppia pronuncia del giudice, ovverosia quella che autorizzava l'intervento chirurgico e quella che, accertate le intervenute modifiche dei caratteri sessuali, disponeva la rettificazione anagrafica, oltre alla verifica psichiatrica della sussistenza del “disturbo dell'identità di genere” o della “disforia di genere” nel soggetto interessato.

Mediante un successivo intervento normativo, con d.lgs. n. 150/2011, si è sancito espressamente, a mente del tenore letterale del novellato art. 3, l. n. 164/1982, il carattere solo eventuale dell'adeguamento degli organi sessuali primari ai fini della rettificazione<sup>30</sup>. Da qui, si può ben comprendere come

22 Così, M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, cit., p. 131.

23 G. Ferrara, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *Costituzionalismo.it*, 14 settembre 2008.

24 S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 24.

25 M.P. Iadicco, *Frontiere e confine del diritto alla salute*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 2154.

26 Corte di cassazione, sentenza del 3 aprile 1980, n. 2161.

27 Corte cost., sentenza del 12 luglio 1979, n. 98.

28 Sul punto, S. Patti, *Transessualismo*, in *Digesto discipline privatistiche*, vol. XIX, Torino, 1999.

29 A. Nocco, *La rettificazione di attribuzione di sesso tra Corte costituzionale n. 221/2015 e fonti sovranazionali*, in *Questione giustizia*, 30 novembre 2015.

30 C.P. Guarini, «Maschio e femmina li credò»... o, forse, no. *La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in *Federalismi*, n. 8, 2018, p. 6.

sia assegnata una scelta all'interessato, che ha, quindi, oggi l'opportunità di valutare se il trattamento sanitario così congegnato sia un passaggio necessario per il definitivo superamento del proprio conflitto interiore tra soma e psiche, ai fini della completa realizzazione di sé<sup>31</sup>.

Tale è, in definitiva, l'impianto normativo su cui è oggi chiamata ad appuntarsi la Consulta.

## 2. La questione sottoposta alla Corte costituzionale

Nel corso dell'udienza pubblica del 18 giugno u.s. è stata trattata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in via incidentale con ordinanza di rimessione del Tribunale di Bolzano, inerente all'art. 1, l. n. 164/1982, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, c. 1 Cost., in relazione quest'ultimo all'art. 8 CEDU, nella parte in cui tale disposto afferma che "la rettificazione [di sesso, a seguito di specifico procedimento] 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", anziché prevedere che "la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello maschile e femminile a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

Tale domanda si innesta sul caso di una persona *transgender* biologicamente femminile, qualificazione tutt'ora risultante agli atti dello stato civile, che, però, nel corso della propria esistenza ha da sempre manifestato, in più modi e a più riprese, di non riconoscersi nel genere maschile o femminile, bensì nel genere non binario, con inclinazione verso la componente maschile. Venutasi a trovare in una crescente situazione di disagio a causa della suddetta condizione, che la intrappolava in una definizione formale di "donna" nonostante la propria autopercezione – sostanziale – nei termini di persona "neutra", ovvero sia "non binaria", solo nel 2021, grazie ad un nuovo contesto sociale di accettazione, si rivolgeva ad appositi servizi psicologici ospedalieri del Trentino Alto Adige, dove riceveva una prima diagnosi di "disforia di genere". Essa consiste, nelle definizioni più recenti proprie della scienza medica, nello "*strong desire to be of the other gender (or some alternative gender different from the one's assigned gender)*"<sup>32</sup>, laddove *gender* "is used to denote the public, socioculturale (and usually legally recognized) lived role as boy or girl, man or woman, or other gender"<sup>33</sup>.

Tale assunto rappresenta, a ben vedere, il presupposto per avviare la terapia ormonale mascolinizante, che ha condotto il soggetto attore ad assumere l'attuale apparenza estetica androgina, continuando, così, a manifestare il suo non binarismo e desiderando, di conseguenza, ottenere una terza opzione per la categorizzazione di genere, ovvero sia quella di "diverso".

Nella sua ordinanza di rimessione il Tribunale ha evidenziato la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione, appuntandosi sul panorama europeo e convenzionale e sottolineando la violazione degli artt. 2, 32 e 117, c. 1 Cost., in relazione quest'ultimo all'art. 8 CEDU. Su tale aspetto, in particolare, si giunge ad affermare che "L'ingerenza determinata dalla norma censurata sulla vita privata e familiare della persona non binaria non risponderebbe ai canoni di necessità e proporzionalità enucleati dalla giurisprudenza di Strasburgo"<sup>34</sup>. Si argomenta, in specie, che "per il suo carattere assoluto e l'assenza di qualunque bilanciamento, il sacrificio del diritto individuale della persona con identità non binaria non potrebbe trovare giustificazione nell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici, segnatamente all'esatta differenziazione tra i generi presupposta dall'attuale sistema di diritto familiare"<sup>35</sup>. Si invoca, infine, pure la lesione dell'art. 3 Cost., poiché "a coloro che percepiscono un'identità di genere non binaria sarebbe preclusa la rettificazione di sesso viceversa consentita alle persone con identità binaria, in tal modo evidenziandosi nella norma censurata un'irragionevole lacuna"<sup>36</sup>.

Rileva, quindi, sottolineare che si è pure costituita in giudizio la parte attrice nel giudizio *a quo*, il cui difensore ha, poi, partecipato all'udienza pubblica. Questi ha evidenziato come le persone non binarie esistano pacificamente, anche alla luce della scienza medica e diagnostica, rappresentando una vasta

31 A. Schuster, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 luglio 2017, pp. 29 ss.

32 AA.VV., *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Washington D.C., American Psychiatric Association Publishing, 2022, p. 513.

33 *Ivi*, p. 511.

34 Così, Corte cost., sentenza n. 23 luglio 2024, n. 143.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.



gamma di situazioni in cui si potrebbe sperimentare un'identificazione contemporanea con il genere maschile e femminile, a metà tra maschile e femminile, neutrale, o comunque al di fuori del binarismo di genere. Partendo da tale assunto, si è, poi, appuntato su uno specifico e valevole precedente della Corte costituzionale del 1985, giungendo, poi, ad evidenziare altresì come in molti ordinamenti europei si sia già provveduto a riconoscere, o legislativamente o in via giurisprudenziale, il non binarismo, tutelando, così, in maniera ampia l'identità di genere. Similmente, si rammenta, ha fatto l'Unione europea, che già contempla, nella propria modulistica, la possibilità di identificarsi nei termini di "indeterminato".

Tutto ciò premesso, si è, in specie, evidenziata la violazione dell'art. 2 Cost., dovendosi riconoscere, in una prospettiva individuale e sociale, la vera identità del singolo, al fine di tutelare al contempo la certezza dei rapporti giuridici. Proprio a tal fine, è necessario che il diritto sia allineato all'identità come percepita, vissuta ed esteriorizzata nelle relazioni sociali, funzionali al riconoscimento di questo valore di rango costituzionale.

È stata, poi, messa in luce la lesione dell'art. 3 Cost., evidenziando la disparità di trattamento tra transessuali binari – pacificamente riconosciuti e tutelati nei loro diritti – e non binari – non garantiti dal sistema giuridico italiano vigente –.

Nella stessa sede è stata enunciata la contrarietà dell'attuale assetto rispetto all'art. 32 Cost., dal momento che la riattribuzione del genere legale si qualifica come componente essenziale per il raggiungimento del benessere psicofisico del singolo, che passa anche – e non esclusivamente – per il processo di trasformazione ormonale. Vedersi, in ogni caso, riconosciuta la propria specifica identità si qualifica come elemento fondamentale della crescita individuale, di primario rilievo per allineare la propria sensibilità – non binaria – con un pacifico riconoscimento normativo. Funzione del diritto – costituzionale e non solo – è, non a caso, quella di fotografare l'esistente e, al contempo, di sensibilizzare la popolazione verso nuove istanze<sup>37</sup>.

Da ultimo, si è giunti a sottolineare la violazione del combinato disposto tra l'art. 117, c.1 Cost. e l'art. 8 CEDU, laddove l'identità di genere – anche non binaria – si pone nei termini di una componente fondamentale della personalità.

A nulla vale rammentare, ad avviso di coloro che hanno sollevato tali doglianze avanti al Tribunale di Bolzano, che in Italia lo stesso codice fiscale sia sempre stato improntato ad una logica binaria: bisogna, infatti, considerare, a tal proposito, che esso è stato oggi sostituito dal nuovo identificativo (ID ANPR), che prescinde completamente da aspetti quali il nome, il cognome o il genere di appartenenza. Da qui, la possibilità di riconoscere la "terza opzione" senza pregiudicare in alcun modo l'attività burocratica statale.

Contrariamente a quest'impostazione l'Avvocatura dello Stato, nel difendere la disciplina vigente in Italia, ha sottolineato come l'intervento manipolativo richiesto alla Corte costituzionale risulti eccedente i limiti di ragionevolezza, portando, così, il giudice delle leggi a sostituirsi al legislatore, attraverso sentenze eccessivamente creative. Si tratta, infatti, ad avviso dei resistenti, di materie che non possono essere sottratte alla discrezionalità del Parlamento. La questione, si ribadisce, è estremamente delicata, soprattutto poiché coinvolge definizioni che non sono ancora adeguatamente consolidate e certe, nemmeno a livello di scienza medica. Paiono, non a caso, aprirsi possibili scenari problematici, soprattutto laddove si arrivi a discorrere di persone *gender fluid*, dall'identità mutevole, con una personalità non pienamente consolidata e "statica". È, appunto, al contrario necessario che vi sia un approdo terapeutico stabile, che possa rappresentare un dato acquisito per l'ordinamento.

Dopo, quindi, l'esposizione della questione da parte del Giudice relatore Petitti e delle argomentazioni delle parti costituite in sede di udienza pubblica, sono state poste alcune domande da parte dei giudici costituzionali. In particolare, pare in questa sede di pregnante rilievo la precisazione richiesta dal Giudice Petitti in merito alle eventuali ricadute – pratiche e giuridiche – che l'introduzione di una "terza via" aprirebbe nei rapporti di coppia, fino ad ora improntati ad una logica binaria. Il difensore della parte privata, intervenuto nel giudizio di legittimità, ha riportato a tal proposito come tanti ordinamenti europei – tra cui, segnatamente, l'Austria, il Belgio e la Germania – stiano rivedendo complessivamente il proprio diritto di famiglia adottando "una logica di emancipazione", assegnando rilievo alla circostanza, ad esempio, di essere genitori – e in quanto tali, a prescindere dal genere o dall'orientamento sessuale, esercitanti specifici diritti e aventi determinati doveri – o soggetti astretti al vincolo matrimoniale o di unione civile, a seconda del regime "prescelto". La persona non binaria potrebbe, quindi, scegliere per quale istituto optare, trattandosi non di soggetti "fluidi". Si precisa, qui, che la

37 "La Costituzione del '48 è, nel complesso, soprattutto per quanto riguarda i principi, tuttora robusta, perché il suo è un testo che il Costituente ha voluto 'eclettico', 'inclusivo', 'a virtualità multiple'. (...) Tali virtualità inducono a leggere la Carta costituzionale non come testo 'separato' bensì come parte irradiante di un più ampio 'ordinamento costituzionale'; ordinamento alimentato dalla 'base materiale' su cui il testo poggia e che è in continua evoluzione": così, A. Barbera, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, 18 marzo 2024, p. 11.

questione oggetto del giudizio della Corte si appunta solamente su coloro che sono “stabilmente non binari”, che non si riconoscono in alcun genere specifico e che richiedono, di conseguenza, la possibilità di appuntarsi come “diversi” nei documenti ufficiali.

### 3. Il composito quadro giurisprudenziale nazionale

Nell’ambito della tutela delle persone transessuali – e dell’identità di genere più in generale – ci si deve soffermare su un’ampia evoluzione giurisprudenziale che ha avuto luogo in Italia, sia con riferimento alle pronunce della Corte costituzionale che con riguardo a quelle del giudice di legittimità.

Si può, a tal proposito, partire dalla sentenza n. 98 del 1979 del giudice delle leggi, in cui si trattava il caso di una donna *transgender* che, in seguito alla sottoposizione a interventi chirurgici demolitori a Casablanca, richiedeva la rettificazione anagrafica di sesso sul registro di nascita, possibilità che le era negata dall’ordinamento italiano. Qui la Corte optò, però, per un rigetto, ritenendo che gli artt. 2 e 24 Cost. invocati nell’ordinanza di rimessione non contenessero “tra i diritti inviolabili dell’uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall’originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica” e che la dimensione pluralistica invocata “nel riconoscere i diritti inviolabili dell’uomo non può non essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali”. Tale impostazione si poneva pienamente nel solco del sentire sociale del tempo, per cui una modificazione artificiale dei caratteri sessuali era fatto non accettato dalla comunità<sup>38</sup>.

Ciò nonostante, una parte della giurisprudenza di merito non mancava, invece, di rimarcare l’importanza di adottare un “criterio di prevalenza”, per cui la sottoposizione ad intervento chirurgico avrebbe modificato l’apparenza di un individuo in maniera tale da rendere irrilevante la discrepanza tra elemento cromosomico e fenotipico: da qui, la necessità di adeguare il sesso legale a quello più prossimo al reale, al fine di evitare confusione, anche di carattere amministrativo, e pregiudizio nei confronti dei soggetti che abbiano posto in essere una transizione<sup>39</sup>.

Si deve, poi, passare alla decisione n. 161 del 1985 della Consulta, laddove si è evidenziata la centralità della legge del 1982 nella promozione del diritto di ciascuno “di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale” e di conquistare così uno stato di benessere foriero di buona salute. Da qui, il giudice delle leggi arriva ad evidenziare le intersezioni tra tale prerogativa e altri diritti inviolabili, quali quello dell’identità personale, di cui l’identità di genere rappresenta una specificazione, e quello, appunto, alla salute. Proprio alla luce di queste considerazioni si giunge ad escludere che, a fronte della volontà della persona transessuale di ottenere il mutamento dei suoi caratteri fisici, si possa a ciò opporre un rifiuto basandosi sull’art. 5 c.c., in tema di atti di disposizione del proprio corpo che causino una diminuzione permanente dell’integrità fisica. Si evidenzia, a tal proposito, che, al contrario, un intervento chirurgico di mutamento di sesso sarebbe idoneo proprio a tutelare il benessere psicofisico del soggetto, tutelato *ex art. 32 Cost.*, al fine di “ricomporre” nel transessuale “l’equilibrio tra soma e psiche”. Al contempo si è giunti a respingere l’obiezione secondo cui la rettificazione di attribuzione di sesso avrebbe potuto comportare la lesione di qualche altro diritto fondamentale dei consociati che fossero entrati a contatto, nella quotidianità, con la persona transessuale: al contrario, alla luce del disposto dell’art. 2 Cost., si deve evidenziare un obbligo di solidarietà, che impone a tutti i consociati di rispettare le scelte, anche in tema di identità personale sotto ogni profilo, dei singoli<sup>40</sup>.

Si è, quindi, giunti, con questa celebre e centrale pronuncia, a riconoscere il diritto all’identità sessuale, concetto “nuovo e diverso rispetto al passato”, volto a ricomprendere anche “elementi di carattere psicologico e sociale”, tutelabile in quanto tale grazie al composito quadro prescrittivo di cui, appunto, agli artt. 2 e 32 Cost., oltre che all’art. 8 CEDU<sup>41</sup>. La realizzazione dell’identità sessuale è, quindi, secondo la Corte, “da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità”, con ciò comportando che “gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale”.

38 C. Rinaldi, *Il diritto all’identità sessuale nell’ordinamento italiano. I casi delle soggettività transgender e intersex*, Tesi di laurea magistrale in “Diritto delle pari opportunità”, a.a. 2019/2020, p. 22.

39 Sul punto Tribunale di Lucca, sentenza del 17 aprile 1972, annotata da M.E. Poggi, *Mutamento di sesso e domanda di rettificazione*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. I, 1973, pp. 373 ss.

40 V. Bonini, V. Calderai, E. Catelani, A. Sperti, E. Stradella, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, cit., p. 270.

41 M. Dogliotti, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all’identità sessuale*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. 1, 1987, p. 236.

Alla luce di tale prospettazione, è stata, poi, affrontata la questione dei presupposti per la rettificazione di sesso, dal momento che rilevante dottrina ha evidenziato delle perplessità attorno a soluzioni che comportassero il c.d. “costringimento al bisturi”<sup>42</sup>.

A tal proposito, la prima pronuncia che si è occupata del diritto del transessuale di scegliere il percorso medico-psicologico più idoneo al fine di ricomporre la frattura tra “soma” e “psiche” è stata la decisione n. 15138 del 2015 della Corte di cassazione. Fermo restando che il mutamento di sesso debba consistere in un’opzione tendenzialmente definitiva e rigorosamente accertata, si afferma che spetta all’interessato valutare quali siano i trattamenti maggiormente appropriati cui sottoporsi, data la specificità di ogni situazione. Tra questi, la giurisprudenza di legittimità definisce come ineludibili quelli estetici e ormonali, volti alla correzione dei caratteri sessuali secondari, necessari e sufficienti a soddisfare “l’interesse pubblico alla definizione certa dei generi”. In maniera dissimile, non è reputato indispensabile alcun intervento che si appunti sui caratteri sessuali primari, trattandosi di un passaggio estremamente complesso, anche da un punto di vista fisico, come tale inesigibile nei confronti di qualsiasi interessato alla rettificazione di sesso. Diversamente optando si giungerebbe, anzi, a compromettere l’integrità psico-fisica del soggetto e il suo diritto all’autodeterminazione.

Nel medesimo solco si è, poi, posta la Consulta, che, con sentenza n. 221 del 2015, ha affermato come l’opzione chirurgica costituisca “solo una delle possibili tecniche per realizzare l’adeguamento dei caratteri sessuali”, rappresentando, appunto, uno strumento “eventuale” e confermando così che il mutamento dei caratteri sessuali primari non possa essere vero e proprio presupposto per la rettificazione, ma debba, piuttosto, costituire una libera scelta dell’interessato, sempre nella prospettiva di elemento di garanzia e di realizzazione anche del suo diritto alla salute.

In quest’interpretativa di rigetto la Corte ha ritenuto correttamente esperito, da parte del giudice *a quo*, il tentativo di interpretazione conforme, entrando poi nel merito della questione nei termini di cui *supra*. La decisione emessa, non avendo un dispositivo di accoglimento, non ha efficacia erga omnes, con ciò determinando una “guerra fra le corti”<sup>43</sup>. Si tratta, in ogni caso, di un segnale importante, dotato di una certa persuasività nei confronti del Parlamento e delle altre istituzioni del Paese<sup>44</sup>.

Anche la successiva decisione n. 180 del 2017 del giudice delle leggi si è occupata significativamente del tema, ribadendo, a chiare lettere, il precedente del 2015: l’intervento sui caratteri sessuali primari non è necessario, ma ciò non toglie che sia richiesto, nel sistema della legge del 1982, il ricorso ad accertamenti medici o psicologici. Si arriva, quindi, a sancire che non vi sia spazio, nel nostro ordinamento, per un’interpretazione delle disposizioni in tema di rettificazione di sesso nel senso di valorizzare il solo elemento volontaristico. Al contrario, il legislatore ha proprio inteso contemperare gli interessi del singolo individuo e le esigenze di certezza delle relazioni giuridiche<sup>45</sup>, affidando al giudice la ricerca di un punto di equilibrio tra tali interessi contrapposti, da ricercarsi caso per caso a seconda delle vicende emergenti. Nell’ampia varietà delle singole situazioni soggettive si deve, quindi, sempre tenere conto del legame, biunivoco, tra rettificazione di sesso e riassegnazione anatomica, al fine di ritrovare, nella disforia di genere, il benessere psicofisico agognato<sup>46</sup>.

Da ultimo, è necessario prendere in considerazione l’ordinanza n. 185 del 2017, che può essere definita come un tentativo della Consulta di porre un’“appendice argomentativa” della sentenza di cui *supra*<sup>47</sup>. Non stupisce, infatti, che il giudice relatore sia il medesimo e che medesima sia la data di deposito delle due pronunce. Radicalmente diversi sono i presupposti di partenza: se l’ordinanza di rimessione del Tribunale di Trento, alla base della n. 180, intendeva far compiere un passo in avanti, se così si può affermare, alla tutela dell’identità di genere, l’ordinanza del Tribunale di Avezzano, da cui è scaturita la n. 185, si preoccupa, invece, degli effetti problematici che tale nuova nozione può provocare soprattutto nella più ampia dinamica delle relazioni sociali. Da qui, discende una puntuale affermazione e dichiarazione del giudice delle leggi: “le preoccupazioni del rimettente attengono a situazioni di fatto destinate

42 S. Patti, *Mutamento di sesso e «costringimento al bisturi»: il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 1, 2015, pp. 39-46.

43 In questi termini si è espresso V. Crisafulli, *Ancora delle sentenze “interpretative” di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 91.

44 Sull’efficacia e l’importanza, sempre crescente, di queste pronunce si vedano le considerazioni riportate in A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 166.

45 S. Patti, *Transessualismo*, cit., p. 419: “nella ricerca di un punto di incontro tra l’interesse della persona e l’interesse della collettività deve scorgersi il significato delle leggi in materia di transessualismo”.

46 S. Patti, *Transessualismo*, cit., p. 418: “una delle caratteristiche principali del transessualismo consiste proprio nella ricerca da parte della persona (...) della maggiore corrispondenza possibile tra la psiche e l’aspetto esterno”.

47 C.P. Guarini, «Maschio e femmina li credò»... o, forse, no, cit., p. 29.

a verificarsi a prescindere dalla disciplina della rettificazione anagrafica, la quale è volta a regolare una realtà che, prima ancora che nel diritto, esiste nella natura”.

Partendo da tale assunto, la Consulta si sofferma in quest’ultimo pronunciamento, poi, sul rischio, derivante dall’insussistenza di un obbligo di interventi chirurgici, di un difficile accertamento in sede giudiziale se la domanda di rettificazione di sesso sia sorretta da una mera scelta soggettiva dell’interessato, di cui la scienza medica dovrebbe accertare la serietà e l’univocità. Da qui, la necessità, appunto, del *test* sui caratteri sessuali secondari, che si articola in un triplice esame: in primo luogo, è da verificarsi l’intervenuta “modifica dei caratteri sessuali”; in secondo luogo, si deve effettuare un accertamento rigoroso che tenga conto non solo “della serietà e univocità dell’intento, ma anche dell’intervenuta transizione dell’identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata, il quale corrobora e rafforza l’intento così manifestato”; in terzo luogo, è necessario rimarcare il bilanciamento tra “il diritto del singolo individuo e le esigenze pubblicistiche di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici”, giudizio cui “partecipa anche il pubblico ministero” e in cui devono essere accertate le “modalità attraverso le quali le modificazioni siano intervenute, tenendo conto di tutte le componenti, compresi i caratteri sessuali, che concorrono a delimitare l’identità personale e di genere”.

#### 4. I precedenti della Corte Edu

Come si è già avuto modo di accennare, si tratta, ovviamente, di una questione “nuova” giunta all’attenzione della Corte costituzionale, ma ciò non toglie che essa si inserisca nel solco di una lunga e, ormai, consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Punto di partenza della presente analisi è rappresentato dalla sentenza *Rees c. Regno Unito*<sup>48</sup>, in cui il ricorrente, cittadino britannico transessuale, lamentava la violazione degli artt. 8 e 12 CEDU in quanto, anche se si era sottoposto ad un intervento di modificazione di sesso, la legislazione statale dell’epoca consentiva solo il cambiamento del nome nei documenti di identità, ma non ammetteva la rettifica del genere nel *Birth Registry*. Colui che, dunque, era divenuto il Sig. Rees era considerato come donna dalle autorità del Paese, con rilevanti conseguenze sul piano sociale ed economico. Il giudice convenzionale respinse le doglianze illustrate ritenendo che gli obblighi positivi, in tema di protezione della vita privata e familiare, in capo agli Stati aderenti alla CEDU rientrassero in un margine di apprezzamento spettante ai singoli ordinamenti. Di conseguenza, il bilanciamento tra esigenze contrapposte operato dal legislatore britannico era compatibile con le prescrizioni di rango internazionale, avendo ritenuto sufficiente garantire al Sig. Rees assistenza nelle spese mediche sostenute. Ciò nonostante, si giunse a riconoscere la “gravità dei problemi che affliggono i transessuali” e il “loro disagio”, arrivando ad incoraggiare gli Stati membri ad un’attività di “costante verifica, tenuto conto, in particolare, degli sviluppi scientifici e sociali”.

Tali ultime conclusioni furono confermate da pronunce successive, laddove si evidenziava l’importanza di una “maggiore accettazione sociale del fenomeno e di un crescente riconoscimento delle problematiche cui vanno incontro i transessuali operati”<sup>49</sup>.

Una svolta sul tema si è, però, avuta solo successivamente, con la sentenza *Goodwin c. Regno Unito*<sup>50</sup>, caso in tutto e per tutto simile, sotto il profilo fattuale e delle prescrizioni convenzionali invocate, alla situazione del sig. Rees. Si operò, quindi, un vero e proprio *overruling*, mutando completamente avviso. In particolare, la Corte ebbe modo di sostenere l’emergere di un consenso tra i Paesi aderenti alla Convenzione all’affermazione sul piano giuridico dei diritti e delle prerogative dei transessuali. Si argomenta, in particolare, che “nessun fattore di rilevante interesse pubblico si contrappone all’interesse della singola ricorrente nell’ottenimento di un riconoscimento legale del suo mutamento di sesso” e che, di conseguenza, “la nozione di giusto equilibrio insita nella Convenzione faccia pendere l’ago della bilancia in favore della ricorrente”. Elemento che diventa centrale, in questo senso, è l’attenzione ai “sentimenti di vulnerabilità, umiliazione ed ansia” che la persona in transizione vive per la discrepanza tra il riconoscimento “esterno” patito e la sua autopercezione “interna”. Da qui, si arriva a sostenere “il diritto dei transessuali allo sviluppo della personalità ed al pieno godimento della sicurezza fisica e morale al pari degli altri membri della società”.

48 Corte Edu, *Rees c. Regno Unito*, del 17 ottobre 1986.

49 Così Corte Edu, *Scheffeld e Horscham c. Regno Unito*, del 30 luglio 1998.

50 Corte Edu, *Goodwin c. Regno Unito*, dell’11 luglio 2002.



A fronte di tale riconoscimento, però, la stessa Corte ha evidenziato come continuasse a sussistere, in capo ai singoli Paesi, un margine di apprezzamento su tali questioni, potendo il legislatore nazionale decidere come bilanciare esigenze contrapposte e se inserire o meno condizioni restrittive, sempre in un canone di proporzionalità, all'esercizio di specifici diritti<sup>51</sup>.

Simile casistica è stata trattata nella pronuncia *Hämäläinen c. Finlandia*<sup>52</sup>, inerente al diritto del transessuale unito in matrimonio con soggetto dello stesso sesso, in cui si lamentava la lesione degli artt. 8 e 12 CEDU, dal momento che la legislazione finlandese subordinava la rettificazione degli atti anagrafici alla conversione del matrimonio in unione civile registrata o al divorzio. Qui il giudice sovranazionale ha respinto il ricorso adducendo che l'unione civile fosse equivalente, in tema di garanzie e di riconoscimento giuridico, al matrimonio, anche sul piano dei diritti parentali. Di nuovo, si ammettevano condizioni restrittive in ossequio all'autonomia degli Stati.

Caso centrale e paradigmatico è stato, poi, quello inerente al diritto delle persone trans di ottenere il riconoscimento della propria identità di genere, trattato in *A.P., Nicot e Garçon c. Francia*<sup>53</sup>. Si trattava di tre cittadini francesi che invocavano la violazione dell'art. 8 CEDU stante l'obbligo, imposto dalla legislazione del Paese, della sterilizzazione ai fini dell'ottenimento della rettificazione di sesso. Anche qui si registrò un atteggiamento deferente nei confronti della discrezionalità degli Stati membri, rilevando altresì che nella quasi totalità dei Paesi che ammettono il mutamento di genere e la relativa annotazione nei registri si prevede una diagnosi al fine di prevenire errori di valutazione da parte dei soggetti interessati. Il giudice sovranazionale è arrivato, in ogni caso, a considerare come la tutela della vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione sia pienamente integrato, quale componente essenziale, nella tutela dell'identità personale, con speciale riferimento alla libertà di autodeterminazione. Tutto ciò premesso, è giunto a formulare, nel merito, conclusioni diverse con riferimento alle tre posizioni sottoposte alla sua attenzione. In specie, ha qui affermato che "i trattamenti medici non possono considerarsi frutto di un effettivo consenso quando la mancata sottoposizione ad essi privi la persona interessata del pieno esercizio del suo diritto all'identità di genere e allo sviluppo personale" e che "subordinare il riconoscimento giuridico dell'identità di genere a una non voluta sterilizzazione (...) equivale a subordinare il pieno esercizio del diritto al rispetto della vita privata alla rinuncia al godimento e all'esercizio del diritto all'integrità fisica". Da qui, la Corte ha dichiarato la lesione della succitata disposizione internazionale con riguardo alla posizione di due ricorrenti, mentre ha ritenuto ammissibile condizionare il riconoscimento giuridico del genere alla diagnosi, di stampo medico-clinico, di disforia di genere, quale elemento qualificante la richiesta avanzata dal terzo ricorrente.

In maniera differente, la sentenza *S.V. c. Italia*<sup>54</sup> ha sancito che il rifiuto opposto dalle autorità italiane alla richiesta di rettificazione di sesso di una cittadina italiana che, una volta completate le cure ormonali, era in attesa dell'intervento chirurgico per completare la propria transizione. Il giudice convenzionale, pur riconoscendo il margine di apprezzamento in capo agli Stati membri, ha evidenziato, in ogni caso, che il nostro ordinamento non avesse effettuato un corretto bilanciamento fra tutte le istanze in gioco, antepoendo l'interesse dello Stato a quello della ricorrente. La rigidità della procedura giudiziaria italiana era, infatti, idonea, per come congegnata all'epoca, a determinare effetti negativi sul benessere psico-fisico dei *transgender*, lasciandoli in una situazione di vulnerabilità, umiliazione e ansia, in contrasto con gli orientamenti espressi in sede internazionale, come le raccomandazioni formulate dal Consiglio d'Europa, volte ad incoraggiare gli Stati membri a provvedere, in maniera rapida, trasparente e accessibile, al riconoscimento dei cambiamenti di sesso e genere, anche da un punto di vista legale.

È, poi, con la sentenza *X e Y c. Romania*<sup>55</sup> che la Corte Edu ha definitivamente escluso la necessità dell'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso come presupposto obbligatorio per il riconoscimento del nuovo genere. Di fronte al quadro normativo confuso del Paese in questione, il giudice sovranazionale ha rilevato come i ricorrenti siano stati messi di fronte ad un dilemma impossibile, diviso tra la volontà di rinunciare alla propria integrità fisica o a vedersi riconosciuta legalmente la propria identità di cui all'art. 8 CEDU. Qui si continua, in ogni caso, a discorrere di "disforia di genere", non rinunciando, dunque, a definire in termini patologici la diversa percezione del proprio "soma" e della propria "psiche".

51 V. Bonini, V. Calderai, E. Catelani, A. Sperti, E. Stradella, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, cit., p. 263.

52 Corte Edu, *Hämäläinen c. Finlandia*, del 16 luglio 2014.

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

54 Corte Edu, *S.V. c. Italia*, dell'11 ottobre 2018.

55 Corte Edu, *X e Y c. Romania*, del 19 gennaio 2021.

Da ultimo, pare opportuno segnalare il caso *Y c. Francia*<sup>56</sup>, sorto a seguito del ricorso presentato da un intersessuale che chiedeva di essere ascritto alla categoria “*neutre*” o “*intersexe*”, non essendosi mai incardinato, nel proprio riconoscimento biologico, sociale o psicologico, in una prospettiva binaria. Qui la Corte compie una precisazione importante: evidenzia, in specie, la rilevanza che la definizione di un terzo genere apporterebbe all’ordinamento, da sempre improntato ad una bipartizione tra sesso maschile e femminile. Così optando, infatti, si dovrebbe ripensare l’intera categoria degli atti dello stato civile, con importanti conseguenze modificative in termini legislativi e regolamentari. Si tratta, a ben vedere, di “delicate questioni di carattere etico e morale”. La negazione da parte dello Stato francese di creare una terza categoria non viola, dunque, l’art. 8 CEDU, poiché sta al Paese definire se, in che termini e in che misura dare risposta alle richieste delle persone intersessuali. Da qui, sussiste un’altra importante specificazione: si riconosce, appunto, che gli intersessuali, cui si riferisce la presente controversia, non appartengano né all’uno né all’altro sesso, ma le conclusioni rassegnate sul punto non possono essere estese anche ai *transgender*, che si pongono in una situazione dissimile rispetto ai primi. Si ritiene, quindi, che l’interesse generale considerato dal sistema giuridico francese abbia operato un bilanciamento che ha individuato come prevalente la tutela dei considerati e della certezza dei rapporti giuridici improntati al binarismo, preferendola rispetto alla garanzia della “terza opzione”.

Sono, quindi, ondinevaghi gli approdi della giurisprudenza convenzionale, di apertura, certo, ma cauta e misurata, sempre attenta a non invadere eccessivamente, oltre i canoni di ragionevolezza, i confini assegnati alla legislazione nazionale.

## 5. Il panorama comparato

Alla luce del sempre proficuo confronto con altri ordinamenti giuridici<sup>57</sup>, si deve ricordare, in generale, che sono due le soluzioni attualmente praticate che assegnano una qualche rilevanza al non binarismo di genere: in alcuni Stati si prevede proprio una terza opzione per l’attribuzione di genere<sup>58</sup>; in altri, invece, si rispetta una diversa assegnazione con riguardo agli stranieri o ai cittadini che si sono avvalsi della libertà di circolare nell’Unione per ottenere tale riconoscimento<sup>59</sup>.

A fronte di numerosi esempi che provengono da sistemi esteri<sup>60</sup>, paiono, in particolare, tre le esperienze straniere maggiormente significative a tal proposito. Si tratta, in specie, degli approdi raggiunti da Belgio, Francia e Germania, come in parte si è avuto modo di evidenziare nel corso dell’udienza pubblica del 18 giugno.

Il primo di essi è stato innovato con il *Gender Recognition Act* del 2017, che ha introdotto un meccanismo basato sull’auto-riconoscimento per definire la propria identità di genere, anche se ha sottoposto tale principio ad alcune limitazioni. Sfruttando, dunque, il margine di apprezzamento garantito ai singoli ordinamenti, come interpretato dalla giurisprudenza convenzionale, il legislatore belga ha evitato qui qualsiasi riconoscimento giuridico o riferimento ad un terzo genere, improntando il proprio atto su una logica binaria. Da qui, la possibilità per i *transgender* di procedere alla propria identificazione mediante una semplice dichiarazione – basata su meri elementi volontaristici – sempre, però, in una

56 Corte Edu, *Y c. Francia*, del 31 gennaio 2023.

57 “La comparazione è utile, anzi spesso indispensabile per studiare il diritto interno: si guarda fuori per capire meglio il proprio diritto. Ecco la prima fondamentale distinzione: per i comparatisti, la comparazione rappresenta il fine della ricerca; per i costituzionalisti, è strumentale alla conoscenza del diritto nazionale”: così, L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 21.

58 Si tratta di soli cinque Paesi aderenti alla Convenzione, ovverosia Germania, Austria, Islanda, Paesi Bassi e Malta: così, F. Brunetta D’Usseaux, *Le persone intersessuali e il terzo genere: ciascuno Stato Membro può procedere al proprio ritmo*, in *DPCE online*, n. 2, 2023, p. 2302.

59 *Ibidem*.

60 Si può ricordare, a tal proposito, l’ordinamento austriaco, in cui la Corte costituzionale del Paese, nel giugno 2018, ha affermato che l’assenza di qualsiasi meccanismo di riconoscimento delle identità non binarie sia incompatibile con l’art. 8 CEDU. Nella medesima prospettiva si pone il Tribunale di prima istanza di Limburg, nei Paesi Bassi. In maniera dissimile, invece, ha argomentato la Corte Suprema del Regno Unito, con sentenza del 22 giugno 2018, che ha affermato che “*in the absence of a convincing international trend*” non sussiste alcun diritto “*to non-binary recognition*” dall’art. 8 CEDU. Così, P. Cannoot, *The limits to gender self-determination in a stereotyped legal system. Lessons from the Belgian Gender Recognition Act*, in E. Brems, P. Cannoot, T. Moonen (a cura di), *Protecting trans rights in the age of gender self-determination*, Cambridge, Cambridge: Intersentia, 2020, p. 50.

prospettiva duale, di contrapposizione tra “maschile” e “femminile”<sup>61</sup>. Si è, poi, qui visto in prima linea l’intervento della *Cour constitutionnelle* che, con sentenza del 19 giugno 2019, ha stabilito che le norme del Codice civile del Paese sulla modifica dell’indicazione del sesso nei certificati di nascita violano il principio di uguaglianza e di non discriminazione nella misura in cui non consentono alle persone il cui genere è “non binario” o “fluidico” di ottenere una registrazione conforme alla loro identità di genere. Si è, nello specifico, accertata l’incostituzionalità della c.d. legge sui *transgender* del 2017, rilevando che tale normativa contiene una lacuna in quanto la registrazione del sesso sul certificato di nascita è limitata alle categorie binarie di maschio o femmina. Si fa in questa sede riferimento al principio di autodeterminazione, definito nei termini, quasi romantici, di “*s’épanouir*”: in ragione di ciò, si consente oggi agli individui di modificare il sesso registrato sul loro certificato di nascita in termini corrispondenti alla loro identità personale, con ciò comportando l’impossibilità di pretendere che soggetti non binari debbano essere necessariamente incasellati nelle categorie di “maschio” o “femmina”. Ricorda, però, il giudice delle leggi che spetta solo al legislatore nazionale colmare la lacuna dell’ordinamento, attivandosi compiutamente per tutelare tali categorie “minoritarie” ma rilevanti.

Il secondo ha provveduto con la *loi* n. 1547 del 18 novembre 2016 alla “demedicalizzazione” delle procedure giuridiche per il mutamento di sesso. Fino ad allora, infatti, erano richiesti dei certificati medici per accertare che sia intervenuto un cambiamento sull’identità sessuale del soggetto che chiede una nuova annotazione di genere sui registri dello stato civile. In particolare, a seguito delle modifiche intervenute, l’attuale art. 61-6, c. 3 del *Code civil* prevede che “*Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande*”. Anche una circolare del 10 maggio 2017 sancisce che non possa esigersi la presentazione dei certificati medici delle operazioni trasformative subite e la mancata produzione di tali attestazioni non possono condurre ad un rigetto della domanda di rettificazione di sesso. Si continua, però, in ogni caso, a richiedere, ai sensi dell’art. 61-5, commi 1 e 2 del *Code civil* che emergano dei “*faits*” da cui si evinca la discrepanza tra il sesso “apparente” del soggetto che chiede la rettificazione e la sua autopercezione, come deriva da una serie di elementi esterni, come la presentazione al pubblico o in svariati contesti sociali<sup>62</sup>.

Non stupisce che in Francia, già a seguito del *décret* n. 125 dell’8 febbraio 2010, le persone *transgender* non siano più considerate tra coloro che soffrono di patologie mentali, come ha poi confermato la successiva *loi* n. 92 del 31 gennaio 2022<sup>63</sup>.

Il terzo Paese prevedeva, nella normativa risalente al 1980, tra i presupposti richiesti per il mutamento di sesso, oltre all’avvenuto cambiamento del nome, anche la perdita della capacità riproduttiva e la sottoposizione ad un intervento chirurgico finalizzato ad avvicinare i caratteri sessuali del soggetto a quelli dell’altro sesso. Sul punto è significativamente intervenuto il giudice delle leggi che ha ritenuto, con sentenza dell’11 gennaio 2011, che “la decisione sulla giustificabilità e opportunità clinica di un cambio di sesso deve essere presa sulla base di una diagnosi medica individuale; perciò il legislatore, al fine della prova della permanente esistenza della transessualità, pone un requisito eccessivo, che non considera in maniera sufficiente i diritti fondamentali che devono essere protetti”<sup>64</sup>. Le due condizioni summenzionate sono state, dunque, dichiarate illegittime, cosicché, allo stato attuale, unico presupposto per ottenere il mutamento di sesso consiste nel cambiare il proprio nome, rappresentando quest’elemento la percezione di non appartenere più al genere registrato alla nascita, vivendo da almeno tre anni in maniera corrispondente all’altro genere, sempre che sia possibile ritenere, con elevata probabilità, che tale percezione non muterà più<sup>65</sup>.

A seguito, poi, della pronuncia del 10 ottobre 2017 del *Bundesverfassungsgericht* che ha dichiarato l’incostituzionalità, per contrasto con l’art. 2, c. 1, in combinato disposto con l’art. 1, c. 1 e l’art. 3, c. 3 del *Grundgesetz*, del par. 21, c. 1, n. 3 e del par. 22, c. 3 della legge sullo stato civile, nella misura in cui tali

61 P. Cannoot, *The limits to gender self-determination in a stereotyped legal system*, cit., p. 29, oltre a pp. 44-46, laddove, in particolare, si afferma che “*the present Belgian sex/gender registration framework currently self-evidently only recognises a rigid dichotomy of ‘male’ and ‘female’, both at birth and in the context of legal gender recognition*”. Vi è anche un riferimento a C. Simon, *Au-delà du binaire: penser le genre, la loi et le droit des personnes transgenres en Belgique*, in *Canadian Journal of Women and the Law*, n. 28, 2016, pp. 521 e 528.

62 M. Albrich-Sales, *La liberté de choix de l’identité de genre*, cit., pp. 69-70.

63 *Ivi*, p. 68.

64 Come riporta Corte cost., sentenza del 13 luglio 2017, n. 180.

65 *Transsexuellengesetz*, in vigore dal 1 gennaio 1981, il cui art. 1 è stato modificato nei sensi predetti a fronte dell’intervento del *Bundesverfassungsgericht*.

disposizioni impongono di indicare il sesso “maschile” ovvero “femminile” a soggetti intersessuali<sup>66</sup>, l’ordinamento tedesco ha emendato la legge in questione, introducendo l’opzione “diverso” tra quelle possibili da apporre nel registro delle nascite su richiesta dei genitori al momento della registrazione post-natale, ovvero, successivamente, su richiesta della persona interessata<sup>67</sup>. La sentenza del giudice delle leggi, non a caso, dichiarata l’incostituzionalità della previgente disciplina, non l’aveva comunque sanata mediante strumenti additivi “because the legislator has several options to correct these violations”, volendo, appunto, preservare l’autonomia e la discrezionalità del Bundestag<sup>68</sup>.

Da ultimo, si deve appunto ricordare che, nella sua seduta dell’12 aprile 2024, il Bundestag ha approvato, con 372 voti favorevoli, 251 contrari e 11 astensioni, la legge “sull’autodeterminazione in relazione alla registrazione del sesso” (*Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag*), con cui si consente alle persone di genere non binario di cambiare il sesso registrato all’anagrafe senza dover presentare la doppia perizia medica finora richiesta dalla legge sulle persone transessuali, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia federale<sup>69</sup>, diversamente dal trattamento riservato, a seguito della summenzionata pronuncia del giudice delle leggi tedesco, agli intersessuali, cui era riservata, dal 2017, la possibilità di non indicare né il sesso maschile né quello femminile, ma di optare per la terza categoria “altro” – “diverse”.

La legge appena approvata rimuove tale disparità, unificando la procedura per ottenere il cambio anagrafico di sesso. Di conseguenza, sia gli intersessuali che i soggetti non binari oggi possono ottenere l’annotazione di tale mutamento, optando tra “maschio”, “femmina”, “altro” o “nessun dato”, e del nome con semplice dichiarazione resa all’ufficiale di stato civile, che deve essere preceduta da una comunicazione di preavviso fornita almeno tre mesi prima e che non può essere resa oltre i sei mesi dalla comunicazione di preavviso. Si sancisce, altresì, che un nuovo cambiamento di sesso non può, in ogni caso, essere effettuato prima che sia trascorso un anno dall’ultimo mutamento. Le persone che abbiano optato per “altro” o “nessun dato” possono, inoltre, sempre richiedere il rilascio di un passaporto in cui il sesso sia indicato maschile o femminile.

Si tratta, a ben vedere, di importanti innovazioni, che recepiscono, sulla scia dell’evoluzione socio-culturale, nuove istanze di tutela della cittadinanza. La legge entrerà comunque pienamente in vigore l’1 novembre 2024, abrogando del tutto la previgente disciplina del 1980.

66 Per tali soggetti si intendono persone che alla nascita presentano caratteri sessuali primari e/o secondari non definibili come esclusivamente maschili o femminili. Si tratta, a ben vedere, di un caso dissimile rispetto a quello che coinvolge i transessuali, che di per sé sono ascrivibili ad un preciso genere biologico, ma che si autopercepiscono come appartenenti ad un altro determinato sesso, sia esso maschile, femminile o, appunto, non binario. Elemento comune è, in ogni caso, tale discrepanza, che, a questo punto, rappresenta un dato di fatto, ineludibile per la scienza giuridica, tra “sesso” e “genere”: il primo costituisce “un semplice elemento di fatto”, “frutto di una banale osservazione alla quale il nostro corpo è sottoposto poco dopo la nascita”; il secondo attiene, invece, alla “definizione di quanto debba essere attribuito all’individuo incasellato quale maschio o femmina”, cui vengono assegnati “le costruzioni sociali, le aspettative e i pregiudizi propri della definizione binaria dei generi”. Così, P. Veronesi, *Se il potere plasma i corpi: le persone intersex tra antidiscriminazione e antisubordinazione*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull’impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 186. Da qui si può partire per trarre ulteriori conclusioni, volte ad inquadrare fenomeni “minoritari”, ma non per questo meno attuali nel nostro ordinamento, anche al fine di riflettere “sulla funzione della Costituzione e sui suoi utilizzi in ‘contesti umani’ sempre nuovi e ‘non convenzionali’”: *ivi*, p. 195, riprendendo B. Pezzini, *Costruzione del genere e Costituzione*, in B. Pezzini (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, vol. I, Studi, Bergamo, Bergamo University Press, 2012, p. 17.

67 Ci si riporta, in merito al caso tedesco, a F. Brunetta d’Usseau, *La Corte costituzionale tedesca dichiara l’illegittimità costituzionale della legge sullo stato civile*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (consultato il 3 aprile 2018); F. Brunetta d’Usseau, D. Ferrari, *La condizione intersessuale della “normalizzazione” della dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale della Corte costituzionale tedesca*, in questa *Rivista* n. 2, 2018, pp. 131 ss.; C.M. Reale, *Il binarismo di genere non è costituzionalmente necessario e viola i diritti fondamentali, storica sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 218 ss. e B. Pezzini, *La condizione intersessuale in Italia: ripensare le frontiere del corpo e del diritto*, in *Rivista Responsabilità Medica*, n. 4, 2017, pp. 447-452.

68 C.P. Guarini, «Maschio e femmina li credè»... o, forse, no, cit., p. 39.

69 Ci si riferisce a Corte di giustizia federale, sentenza del 22 aprile 2020 (XII ZB 383/19).



## 6. La soluzione del giudice delle leggi

Il giudice delle leggi italiano è giunto ad occuparsi della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, l. n. 164/1982 in relazione ai parametri summenzionati con la pronuncia n. 143 del 2024, che "concerne la dimensione – relativamente nuova per il diritto – della rivendicazione di un'identità di genere non binaria".

Si parte, dunque, dalla ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, ripercorrendo proprio i precedenti della Consulta, su cui ci si è già intrattenuti *ante* nella presente trattazione.

Ci si è pronunciati per l'inammissibilità della presente questione, nonostante si evidenzi in apertura "un problema di tono costituzionale". Purtroppo, alla luce delle ricadute sistemiche che essa implica, si definisce come eccedente il perimetro del sindacato della Corte costituzionale, accogliendo, quindi, una delle doglianze formulate dall'Avvocatura di Stato.

Si riconosce, in ogni caso, che diversi ordinamenti europei, tra cui segnatamente quello tedesco, hanno riconosciuto e disciplinato l'identità non binaria, seppure in forme diversificate. Si richiama, altresì, la più recente giurisprudenza belga, che "ha censurato la delimitazione binaria della disciplina legislativa della transizione di genere, stigmatizzando l'ingiustificata disparità di trattamento fra chi sente di appartenere al sesso maschile o femminile e chi invece non si identifica in alcuno dei predetti generi"<sup>70</sup>. Similmente si è mosso l'ordinamento europeo, il cui Regolamento n. 1191/2016 ha promosso la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione, dando la possibilità di inserire in moduli e formulari *standards* un'ulteriore dicitura, ovvero quella di "indeterminato" oltre a "maschile" o "femminile".

Si sottolinea, però, nell'apparato argomentativo impiegato, come siano presenti anche orientamenti dissimili in altri sistemi giuridici, oltre che nell'ordinamento internazionale. In specie, si rinvia al contenuto della sentenza della Corte Edu *Y c. Francia*<sup>71</sup>, che ha recentemente escluso che l'art. 8 della Convenzione ponga sugli Stati un'obbligazione positiva di registrazione non binaria, non potendosi ritenere ancora sussistente un *consensus* europeo al riguardo. In senso analogo è giunta ad esprimersi la Corte suprema del Regno Unito in merito all'identificazione non binaria tramite marcatore "X" sui passaporti<sup>72</sup>.

Tutto ciò premesso, la Corte non nega che il riconoscimento, non solo sociale, ma anche e soprattutto giuridico, delle persone non binarie sia fondamentale: tale condizione, infatti, "genera una situazione di disagio significativa rispetto al principio personalistico cui l'ordinamento costituzionale riconosce centralità (art. 2 Cost.)"<sup>73</sup>. Similmente si afferma che una mancata protezione di tali soggetti può indurre problematiche in tema di parità di trattamento o di garanzia del benessere psico-fisico, tutti elementi volti ad enucleare il concetto di "dignità sociale e di tutela della salute", di cui agli artt. 3 e 32 Cost.<sup>74</sup>. Ciò pare evidente dal momento che nel nostro Paese è emersa – sempre più negli ultimi anni e decenni – una nuova attenzione, ai fini di un corretto sviluppo della persona umana, al legame fra identità, anche non binaria, del singolo e genere percepito, sia in una dimensione interna che esterna.

Dopo aver formulato tali considerazioni, rammentando come tale sia anche l'orientamento del diritto comparato e dell'Unione europea, si giunge a sostenere che la condizione di non si iscriva in una logica duale "maschile/femminile" sia posta significativamente all'attenzione del legislatore, "primo interprete della sensibilità sociale"<sup>75</sup>. Questo il punto focale della sentenza: sta al Parlamento, in quanto primigenio autore e motore dei mutamenti che agitano l'ordinamento italiano, agire ed intervenire normativamente sul punto. Tale impostazione è giustificata dalla circostanza che il binarismo, per come è stato applicato ed interpretato nell'ordinamento, informa il diritto di famiglia, del lavoro, dello sport e della riservatezza, toccando, con le sue implicazioni, svariati ambiti. Da qui, la necessità di trovare una specifica disciplina legislativa in questi settori e, nell'alveo della disciplina dello stato civile, "di coniare una nuova voce di registrazione", "anche riguardo al nome della persona"<sup>76</sup>.

70 In questo senso Corte cost., sentenza del 23 luglio 2024, n. 143, riprendendo *Cour constitutionnelle, arrêt* n. 99/2019.

71 Corte Edu, *Y c. Francia*, del 31 gennaio 2023.

72 *United Kingdom Supreme Court, R c. Secretary of State for the Home Department*, sentenza del 15 dicembre 2021.

73 Corte cost., sentenza del 23 luglio 2024, n. 143.

74 *Ibidem*.

75 *Ibidem*.

76 *Ibidem*.

La ragione basilare per l'inammissibilità, dunque, risiede proprio nella discrezionalità da riconoscersi in capo al Parlamento, cui la Corte costituzionale non intende sostituirsi, al fine di preservare, in un difficile e delicato equilibrio, il proprio ruolo di "controllore". Ciò non toglie che siano presenti, all'interno della pronuncia in esame, numerosi spunti di riflessione, che evidenziano, ora più che mai, come sia quantomai opportuno procedere ad una revisione complessiva del sistema, chiamato a ripensare se stesso e le proprie categorie fondanti.

## 7. Opportunità e criticità della soluzione adottata

Alla luce di queste premesse pare, ora, opportuno trarre alcune conclusioni di carattere generale e sistematico, volte a rimarcare la rilevanza di questi profili, inerenti al possibile pieno riconoscimento giuridico del non binarismo. Si può, infatti, notare come la questione in esame, poiché coinvolgente profili particolarmente delicati e sensibili, non possa essere pacificamente risolta. È, dunque, necessario individuare opportunità e criticità in merito alla soluzione adottata dalla Corte costituzionale.

Elementi a supporto dell'inammissibilità sono i seguenti.

- a) Primo aspetto da tenere in considerazione attiene alla necessità – in un contesto tanto delicato ed etico – che sia il Parlamento a definire come operare un bilanciamento tra esigenze contrapposte, scegliendo se, come e in che misura riconoscere espressamente, con il procedimento di rettificazione di sesso e la conseguente annotazione sui registri civili, il non binarismo. Tale ambito non dovrebbe essere coperto dall'azione del giudice costituzionale, lasciato come "avanguardia isolata" in merito a questioni su cui non si attestano posizioni univoche e condivise. Piuttosto, la Consulta dovrebbe attestare ed individuare il "nuovo sentire" della collettività, senza, però, usurpare il trono del legislatore nazionale "che in un sistema democratico-rappresentativo dovrebbe essere la prima 'antenna' sensibile" ad intercettare tali mutamenti. È, infatti, a volte difficile comprendere se un'omissione normativa sia frutto di inerzia del soggetto decidente o, al contrario, di una precisa scelta di campo, che, se pure negativa, deve essere rispettata<sup>77</sup>.

È, quindi, opportuno allontanarsi da un diritto costituzionale "impennato sul ruolo dominante della giurisdizione"<sup>78</sup>, determinante un rapporto squilibrato tra "diritto giurisprudenziale" e "diritto legislativo"<sup>79</sup>.

L'impatto di sistema di un accoglimento della questione di legittimità in parola pare, infatti, essere profondo, dal momento che va ad investire una pluralità di aspetti inerenti alla persona come, ad esempio, la disciplina del nome, del matrimonio, della previdenza sociale, del diritto del lavoro e della materia sportiva.

Da qui, sembra incoraggiabile ricordare al legislatore, sulla scorta dell'esempio tedesco, in cui il giudice costituzionale federale ha individuato nel *Bundestag* il suo interlocutore, come sia il primo chiamato a normare un ambito così difficile e complicato. L'esperienza della Germania, quindi, se pure utilizzabile a fini comparatistici, non può essere semplicemente tradotta e "traslitterata" in Italia, dal momento che, nel nostro Paese, è necessario operare un distinto e autonomo bilanciamento tra esigenze contrapposte, frutto di precise ponderazioni e scelte del Parlamento. Si dovrebbe, quindi, optare per una disciplina legislativa specifica sul punto, volta a coniugare l'elemento volontaristico con il benessere psico-fisico del singolo e della collettività, fissando, quindi, un punto di "equilibrio tra l'interesse statale alla certezza dei generi e dei rapporti giuridici e l'interesse individuale allo sviluppo della propria identità personale e di genere"<sup>80</sup>.

- b) Secondo elemento problematico nell'alveo del riconoscimento di un'identità di genere non binaria è rappresentato dal persistere della nozione di "disforia di genere" come riferimento a chi abbia una personalità non binaria. Si tratta, infatti, di una definizione medica di stampo comunque patologico, che pare poco compatibile con una visione di piena inclusività di tali soggetti nella società contemporanea. Come dare, quindi, cittadinanza ad uno stato di malessere psico-fisico, come riconosciuto dalla scienza medica, all'interno del nostro ordinamento? È pure vero che non si discorre

77 N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, pp. 13-15.

78 G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, pp. 30-31.

79 A. Ruggeri, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in *Consulta online*, n. III, 2017, pp. 490 ss.

80 Così, A.C. Visconti, *Oltre la "logica binaria"*, cit., p. 289, riprendendo P. Zatti, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2011, p. 124.

più di un “disordine”, quindi di una malattia nel senso proprio del termine, ma la connotazione *latu sensu* patologica resta. *Quid iuris?*

- c) In terzo luogo, se, pure, potrebbe rivelarsi superabile il profilo relativo all’attuale disciplina dei registri anagrafici<sup>81</sup>, pare residuare una questione di “compatibilità ambientale”, in specie in quei contesti della vita umana organizzati secondo una logica di contrapposizione tra “maschile” e “femminile”, che presuppone la coincidenza tra il sesso anagrafico e i corrispondenti caratteri fisici e biologici. Basti pensare, a tal proposito, al contesto sportivo, o ai luoghi di costrizione o “di contatto”, come pure ha sottolineato la Corte costituzionale nella sua pronuncia. In questi luoghi e situazioni, si ravvisa una certa ritrosia a riconoscere transessuali e non binari, dal momento che la presenza di un soggetto che abbia caratteristiche fisiche e biologiche diverse da quelle del genere di appartenenza potrebbe essere avvertita quantomeno come inopportuna<sup>82</sup>. Tale problema potrebbe essere superabile, certo, ma sono necessari accorgimenti specifici del legislatore e delle autorità amministrative competenti.
- d) Da ultimo, ostacolo al riconoscimento di un mero principio di autodeterminazione individuale, intendendosi per esso una bastevole autopercezione del sé come unico fondamento dell’identità sessuale, sono pure alcuni rilievi filosofici. È necessario, infatti, che a tale elemento – di natura prettamente psicologica – si accompagni una componente “esterna”, di riassunzione del proprio sé anche sotto un profilo corporeo, con interventi inequivocabili volti a far assumere alla propria fisicità una nuova connotazione, corrispondente, o quantomeno più in linea, con l’identità di genere percepita<sup>83</sup>. In altre parole, diversamente optando si potrebbe parlare di un’“inafferrabilità dei generi”, foriera di importanti ricadute in termini di stabilità del sistema<sup>84</sup>.

Sono, sul punto, proprio alcune teorie femministe recenti ad aver individuato limiti ed ostacoli alle impostazioni filosofiche che riconoscono il disallineamento tra genere percepito e apparenza corporea, evidenziando, anzi, come l’eliminazione di qualsiasi differenziazione possa, a volte, comportare ulteriori discriminazioni, soprattutto a danno delle donne<sup>85</sup>.

Aspetti che, al contrario, potevano essere valorizzati e sviluppati ai fini di un accoglimento della questione si basano su quanto segue.

- a) In primo luogo, è d’uopo ricordare che la stessa Carta costituzionale italiana del 1948 non sia improntata ad una logica binaria. Analizzando, non a caso, il testo, a livello letterale, della legge fondamentale del Paese, basti osservare come si discorra, in tema ad esempio di famiglia, di “società naturale fondata sul matrimonio” (art. 29 Cost.) e, in tema di genitorialità, di come sia dovere dei “genitori” “mantenere, istruire ed educare i figli” (art. 30 Cost.). Nessun riferimento, dunque, nell’ambito dei rapporti etico-sociali, ad una netta separazione e distinzione tra uomo e donna, che, quindi, non rileva. Si propugna, al contrario, l’uguaglianza tra i due sessi, senza da ciò far discendere alcuna prospettiva dualistica<sup>86</sup>. Anzi, proprio l’evoluzione sociale ha condotto a nuove inter-

81 Che ancora adotta una logica binaria anche se tale impostazione sta venendo progressivamente meno. Basti pensare al fatto che, come si è già avuto modo di ricordare e come è stato ribadito nel corso dell’udienza pubblica, il codice fiscale sia stato sostituito dal nuovo identificativo (ID ANPR), che prescinde completamente da aspetti quali il nome, il cognome o il genere di appartenenza.

82 T. Mauceri, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretative e prospettive normative*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018.

83 “When we consider gender identity as a melancholic structure, it makes sense to choose ‘incorporation’ as the manner by which the identification is accomplished. (...) incorporation literalizes on or in the body and so appears as the facticity of the body, the means by which the body comes to bear ‘sex’ as its literal truth”: J. Butler, *Gender trouble*, cit., p. 93.

84 A.C. Visconti, *Oltre la “logica binaria”*, cit., p. 288.

85 Si tratta dei movimenti femministi cui ha pure aderito la scrittrice J.K. Rowling, che ha affidato ad un post sul suo blog personale (<https://www.jkrowling.com/opinions/j-k-rowling-writes-about-her-reasons-for-speaking-out-on-sex-and-gender-issues/>) un breve resoconto di ciò che sia il movimento da lei sostenuto (il TERF, l’acronimo di “Trans-Exclusionary Radical Feminist”), affermando che “I’ve read all the arguments about femaleness not residing in the sexed body, and the assertions that biological women don’t have common experiences, and I find them, too, deeply misogynistic and regressive. It’s also clear that one of the objectives of denying the importance of sex is to erode what some seem to see as the cruelly segregationist idea of women having their own biological realities or – just as threatening – unifying realities that make them a cohesive political class. The hundreds of emails I’ve received in the last few days prove this erosion concerns many others just as much. It isn’t enough for women to be trans allies. Women must accept and admit that there is no material difference between trans women and themselves”.

86 È stata la Corte costituzionale belga ad aver affermato significativamente che “La circostanza che la Costituzione attribuisca un’importanza particolare all’uguaglianza fra uomo e donna (...) non ha come conseguenza che ‘il dualismo sessuale fondamentale del genere umano’ possa essere considerato come un principio dell’ordine costituzionale belga. Nemmeno gli articoli 12 CEDU e 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici possono essere interpretati nel senso di obbligare

pretazioni di tali disposizioni della legge fondamentale italiana, ampliandone le maglie in ragione della necessità di tutelare nuove, emergenti, situazioni giuridiche soggettive e nuove “minoranze”, alla luce della mutata sensibilità del legislatore nazionale e del giudice costituzionale<sup>87</sup>.

Le uniche previsioni costituzionali che si appuntano sul sesso – tutelando quello femminile – consistono in previsioni di rango programmatico, inerenti a particolari categorie di soggetti “deboli”, come la donna lavoratrice e la madre. Si tratta, a ben vedere, di situazioni peculiari, in cui il trattamento differenziato si spiega in ragione della differenza di situazione di base<sup>88</sup>.

Ciò premesso, si può rimarcare come sia differente la *ratio* di queste ultime disposizioni, che non possono, quindi, essere invocate per sostenere la sussistenza di una logica strettamente binaria nella Carta del 1948.

- b) Pare, in secondo luogo, opportuno ripartire proprio da alcuni assunti raggiunti con la già citata sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale. In tale pronuncia si è, infatti, in maniera coraggiosa e chiara avuto modo di formulare una nuova definizione di “identità sessuale”, alla luce degli ap-prodi raggiunti dalla legge del 1982, “nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero ‘naturalmente’ evolutisi, sia pure con l’ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Presupposto della normativa impugnata è, dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l’equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti”. Si rimarca, altresì, che “il legislatore è intervenuto, senza certamente né provocarla né agevolarla, su di una realtà fenomenica nota, anche se di dimensioni quantitative assai modeste, per apprestare adeguata tutela ai soggetti affetti da sindrome transessuale”.

Da qui, si può agevolmente comprendere come il giudice delle leggi abbia sottolineato la pacifica esistenza dei transessuali, senza in alcun modo disconoscerne le peculiarità.

Tale diversità è da tutelarsi, quindi, non solo con riferimento al principio di eguaglianza e di pari dignità sociale di cui all’art. 3 Cost. e come componente del benessere psicofisico del singolo di cui all’art. 32 Cost., ma anche in funzione di una piena realizzazione sociale, come garantisce l’art. 2 Cost.

Proprio tale dimensione – prettamente collettiva – è da preservarsi: difficile ipotizzare una compromissione di altri interessi presenti nella società. Basti, sul punto, rammentare le parole della Consulta italiana della citata sentenza del 1985, laddove si è sostenuto che “Non si vede (...) quale possa essere il diritto fondamentale della persona che viene offeso quando un soggetto entra in rapporto con il transessuale che abbia vista riconosciuta la propria identità e conquistato – per quanto possibile – uno stato di benessere in cui consiste la salute; bene, quest’ultimo che la Costituzione, come si è ricordato, considera ‘interesse della collettività’”. Si sancisce, quindi, in capo a ciascun cittadino “il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale. Quanto, infine, al turbamento dei rapporti sociali che il giudice *a quo* sembra adombrare in conseguenza della rettificazione dell’attribuzione di sesso del transessuale, pur essendo arduo individuare il parametro di riferimento, è certo che il far coincidere l’identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali e, così, la certezza dei rapporti giuridici”.

Similmente sembra optare la pronuncia *Goodwin c. Regno Unito* della Corte Edu, che non ha ravvisato alcuna ragione di pubblica utilità per limitare o impedire il riconoscimento dell’identità

---

gli Stati contraenti a considerare il ‘dualismo sessuale fondamentale del genere umano’ come un fondamento del proprio ordine costituzionale”, come riporta A. Schuster, *L’abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità, filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 37.

87 Mi riferisco, invece, al più ampio ruolo del Parlamento nel cogliere le pulsioni evolutive della società pluralista, con le quali la Costituzione respira; pulsioni necessarie per adattarsi al continuo divenire della realtà. È anche in questa chiave che va letto il coinvolgimento del legislatore che questa Corte sollecita nell’assunzione di scelte che necessariamente richiedono una lettura dei parametri costituzionali non strettamente testuale, ‘non originalista’. Lo dico in sintesi: questa Corte è chiamata ad essere ‘custode della Costituzione’, ma è tenuta ad essere altrettanto attenta a non costruire, con i soli strumenti dell’interpretazione, una fragile ‘Costituzione dei custodi’: così, A. Barbera, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, cit., p. 12.

88 Basti, sul punto, accennare all’art. 37 Cost., che attiene alla tutela della donna lavoratrice, le cui prescrizioni attuative si rinvengono nelle disposizioni di cui alla l. n. 903/1977 e d.lgs. n. 151/2001. Nella prospettiva di garantire, poi, le pari opportunità tra uomini e donne è stato innovato l’art. 51 Cost., cui, poi, è stato dato seguito in svariati pubblici settori dell’ordinamento con apposite leggi.



di genere. Sembra, anzi, proprio questa giurisprudenza convenzionale ad aver evidenziato come sia necessario tenere conto delle diverse sensibilità degli Stati membri, tutelandone l'autonomia discrezionale nel bilanciamento fra interessi contrapposti, senza però dimenticare l'importanza di superare il binarismo di genere, dal momento che "più una società e il diritto sono egualitari, meno tali distinzioni hanno ragione di esistere"<sup>89</sup>.

- c) Nessun ostacolo pare porsi, in terzo luogo, nell'ambito della certezza dei rapporti giuridici in relazione ai registri anagrafici. Al contrario, queste "esigenze (...) sarebbero comunque soddisfatte dalla compiuta registrazione del genere di appartenenza sui documenti e sugli atti dello stato civile, e della sua conseguente, oggettiva, accertabilità tutte le volte in cui l'applicazione di una norma lo richieda"<sup>90</sup>. Aggiungere, quindi, una "third box" nei documenti ufficiali, come in tutti i luoghi pubblici e di contatto di rilievo, che paiono problematici, sembra un meccanismo possibile e, anzi, incoraggiabile per tutelare i diritti di tali "minoranze", che pure hanno cittadinanza nel nostro sistema giuridico<sup>91</sup>.

Si potrebbe, addirittura, giungere ad argomentare che non sia nemmeno necessaria la menzione del sesso o del genere nei documenti di identità, al fine di garantire, in maniera più piena, l'egualianza tra i cittadini<sup>92</sup>. L'indifferenza rispetto all'identità di genere pare, quindi, rappresentare la soluzione maggiormente idonea a tutelare i diritti dei non binari e di tutti coloro che si pongono in un segmento "intermedio" tra i due estremi – "uomo" e "donna" – presenti nel contesto giuridico contemporaneo<sup>93</sup>.

- d) Da ultimo, sembra doversi sostenere l'importanza dell'adozione di una prospettiva di ampia auto-determinazione dell'individuo, come testimonia il quadro comparato<sup>94</sup>. Ciò appare evidente sulla scorta di tre aspetti, dissimili ma componibili. In primo luogo, si può fare riferimento alle suggestioni provenienti dal quadro comparato, come la nozione di "s'épanouir" di matrice belga e la recente legislazione tedesca in tema di registrazione del sesso dell'individuo. In secondo luogo, ci si dovrà appuntare su quelle teorie che si basano su un mero "auto-riconoscimento" in capo al soggetto che percepisca di appartenere ad un genere diverso, in qualsiasi senso, rispetto al proprio sesso biologico<sup>95</sup>. Da ultimo, si dovrà rammentare il disposto della sentenza n. 221 del 2015 della Consulta, che ha escluso, ai fini del procedimento di rettificazione di sesso, la necessità dell'intervento chirurgico.

L'importanza dell'elemento auto-deterministico è rilevante sotto un duplice aspetto: da una parte, infatti, l'autopercezione di genere diviene componente della vita privata del singolo, in una dimensione individuale; dall'altra, tale aspetto è elemento costituente del riconoscimento pubblico, in una dimensione sociale<sup>96</sup>. Sono, quindi, questi due aspetti, cumulativamente considerati, che evi-

89 L. Pasquet, *Riconoscimento dell'identità di genere: i silenzi della Corte di Strasburgo e la rivolta dei giudici conservatori*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2019, pp. 210 ss.

90 V. Bonini, V. Calderai, E. Catelani, A. Sperti, E. Stradella, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, cit., p. 279.

91 Queste le considerazioni espresse da P. Cannoot, *The limits to gender self-determination in a stereotyped legal system*, cit., p. 51.

92 M. Albrich-Sales, *La liberté de choix de l'identité de genre*, cit., p. 103.

93 Sul punto, in maniera chiara, A.J. Neuman Wipfler, *Identity Crisis: The Limitation of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, n. 39, 2016, p. 502: "shifting from a binary to a tripartite system is not necessarily a solution in and of itself, as the existence of a third category may do more to reinforce its predecessors than to subvert them". Su questo elemento concorda P. Cannoot, *The limits to gender self-determination in a stereotyped legal system*, cit., pp. 51-52, in cui conclude per ammettere, come soluzione preferibile, l'indifferenza di genere, come ampliamento del principio di autodeterminazione del singolo.

94 Sono, ad oggi, undici i Paesi dotati di *self-determination laws*, che non impongono, ai fini della rettificazione di sesso, né sterilizzazione, né trattamenti medici obbligatori, né diagnosi di salute mentale. Si tratta di Belgio, Danimarca, Islanda, Irlanda, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Portogallo, Spagna e Svizzera, cui si è aggiunta, da ultimo, la Germania, come si è avuto modo di accennare *ante*. Sui restanti Stati si diffonde, A.C. Visconti, *Oltre la "logica binaria"*, cit., p. 286.

95 "The alternative perspective on identification that emerges from psychoanalytic theory suggests that multiple and coexisting identifications produce conflicts, convergences, and innovative dissonances within gender configurations which contest the fixity of masculine and feminine placements with respect to the paternal law": J. Butler, *Gender trouble*, cit., p. 91.

96 Qualsiasi altro tipo di adempimento, ulteriore rispetto ad una semplice autodichiarazione, sarebbe altrimenti foriera di numerose problematiche. Si afferma, non a caso, che "la richiesta di una semplice autodichiarazione è stata definita come maggiormente rispettosa del principio di autodeterminazione, del diritto al rispetto della vita privata, della libertà da costrizioni fisiche o psichiche": così, N. Palazzo, *Terre di mezzo e mine vaganti: il riconoscimento giuridico del genere della persona trans*, cit., p. 24, laddove si ammette, in ogni caso, che a tale autodichiarazione si potrebbe affiancare il consenso informato del soggetto che dia avvio al procedimento di rettificazione di sesso.

denziano l'importanza che l'identità di genere assume per tutte le persone<sup>97</sup>. Si tratta, a ben vedere, di un elemento che non può essere considerato in una logica a sé stante: allontanandosi, infatti, dalla "pura" teoria *gender*, è necessario ricordare che la situazione oggetto dell'attenzione della Corte attiene in ogni caso non al riconoscimento di una mera autopercezione, ma ad assumere come vevole a fini giuridici un'attestazione, di "disforia di genere" di carattere medico.

Ciò non toglie che tale definizione – di "disforia di genere" – non deve oggi assumere connotati patologici: è pur vero che consiste in una nozione di carattere eminentemente scientifica, ma se ne potrebbe sostenere la natura meramente descrittiva, che non può divenire, al contrario, elemento di discriminazione o di foriero di disparità di trattamento. Si badi, a tal proposito, che "La dimensione patologica e il supporto terapeutico non è *in re ipsa*, ma è un portato del contesto sociale stigmatizzante": da qui, "La patologia è esogena, indotta, non endogena all'essere trans"<sup>98</sup>. Per queste ragioni, si potrebbe incoraggiare, sulla scia di quanto già avvenuto nei passati decenni con riferimento agli omosessuali, un abbandono di tale dimensione "medico-diagnostica", a favore di una prospettiva che enfatizzi, in maniera più completa, la dignità dei singoli<sup>99</sup>. Non si possono, infatti, derubricare tali considerazioni a mere questioni terminologiche, "in quanto il cambio nella denominazione è sempre la conseguenza di un nuovo inquadramento teorico, il quale comporta a sua volta l'adozione di nuovi protocolli"<sup>100</sup>.

Appare, quindi, necessario mantenere, almeno per il momento, ben saldo un legame tra "accertamento" del giudice e diagnosi di "disforia di genere", laddove, però, quest'ultima non deve e non può divenire sinonimo di disturbo di stampo esclusivamente patologico. Si tratta, è vero, di un malessere psico-fisico, ma che è determinato non tanto dalla dissociazione tra sesso biologico e genere percepito, quanto, piuttosto, dalle ricadute, di ordine di mancata accettazione sociale, che consegue da tale discrepanza.

Per tali motivi, sembra opportuno adottare un approccio "de-patologizzante", che riconosca pacificamente il non binarismo, evidenziando come il dualismo maschile/femminile possa essere definito nei termini di consuetudine. Sul punto, riprendendo le teorie di Butler, si può affermare che il genere è, in realtà, un'"identità costituitasi debolmente nel corso del tempo e istituitasi attraverso la ripetizione stilizzata degli stessi atti"<sup>101</sup>. Si arriva, quindi, a sostenere che l'identità del singolo non sia altro che il frutto, complesso e composito, di una sequela di atti, di comportamenti e di accadimenti, naturali e umani, connotate da stabilità e coerenza, cui lo stesso soggetto attribuisce rilevanza ai fini di un riconoscimento giuridico<sup>102</sup>.

## 7.1. Considerazioni conclusive

Alla luce della disamina *ante* effettuata, non si può negare che siano molti i riflessi etici e morali che connotano le vicende relative alle soggettività "non binarie". Nonostante, infatti, lo studio del tema non possa prescindere dal ricorso agli strumenti tipici del diritto – ovverosia, l'analisi normativa e giurisprudenziale, l'uso della comparazione con altri ordinamenti, la considerazione degli orientamenti di stampo internazionale, le ragioni di ordine filosofico, le ricadute pratico/applicative – è, altresì, necessario rammentare che si tratta pur sempre di vicende che, prima di tutto, sono *umane*.

Quando si discorre, dunque, di tali situazioni, non si può essere dimentichi che si sta trattando di persone che vivono in una condizione di sofferenza, sofferenza che, come si è cercato di evidenziare nel presente lavoro, è "interna", anche se indotta e determinata "dall'esterno".

Quando si tratta della propria identità il riconoscimento sociale – da parte degli altri soggetti dell'ordinamento con cui ci si relaziona – è fondamentale e non può essere dequalificato a mero "capriccio". Di ciò è testimone pure la Corte costituzionale, che, nella propria recente sentenza, non ha disconosciuto né l'esistenza di soggettività non binarie né la rilevanza delle questioni giuridiche che le riguardano.

Come, però, ha avuto modo di evidenziare il giudice delle leggi si richiede non solo una presa d'atto di tale circostanza, ma anche e soprattutto che il legislatore si faccia carico, concretamente, della tutela

97 M. Albrich-Sales, *La liberté de choix de l'identité de genre*, cit., p. 104.

98 A. Schuster, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 luglio 2017, p. 8.

99 *Ivi*, pp. 8-9.

100 *Ivi*, p. 9.

101 J. Butler, *Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory*, in *Theatre Journal*, n. 4, vol. 40, 1988, pp. 77-78.

102 F. Saccomandi, *Spesso non binarie, sempre non conformi: la "piena depatologizzazione" delle soggettività trans*, in questa *Rivista*, n. 2, 2020, pp. 17-18.

dei diritti di queste nuove “minoranze”. Da qui, l’importanza dell’intervento normativo sul punto, al fine di attuare un bilanciamento tra interessi contrapposti, che si rivela, alla prova dei fatti, particolarmente delicato.

Per queste ragioni, al Parlamento sono due i “compiti” che spetterebbero.

In primo luogo, pare opportuno introdurre una specifica disciplina ai fini della possibilità di menzionare anche un “terzo genere” o una “terza categoria”, di “diverso”, nei documenti di identità, nei registri dello stato civile e nei moduli e formulati di stampo amministrativo/contabile. L’opzione di una “*third box*” non si deve intendere nel senso di indifferenza totale nei confronti del genere: essa, anzi, pare funzionale a dare compiutezza e completezza all’identità del singolo, quale elemento consustanziale al suo pieno riconoscimento, assieme a tutti gli altri aspetti che lo connotano, quali il nome, l’età, la provenienza, i caratteri fisiognomici e così via, che vanno a “disegnare” ciò che una persona è. Tra l’altro, un’innovazione di tal fatta non influirebbe in alcun modo sugli altri consociati, né in positivo né in negativo. Solo gli interessati ne trarrebbero, anzi, beneficio.

In secondo luogo, l’apparato legislativo si configura come quantomeno opportuno nei settori in cui i non binari entrano in contatto “qualificato” con gli altri individui. Come ha evidenziato la Consulta, sono diversi gli aspetti da innovare, alla luce del riconoscimento, che non può che provenire dal Parlamento, della “terza opzione”. Tra questi, si devono rammentare il campo del diritto di famiglia, del diritto del lavoro, dello sport e dei luoghi di comune convivenza, come ospedali, spogliatoi e carceri. Anche qui sarà necessario lasciare spazio al legislatore, che avrà il difficile, ma ormai ineludibile, incarico di operare le proprie valutazioni al fine di garantire i non binari e permettere che essi sviluppino, in piena coerenza con il dettato costituzionale, la propria personalità, sia come singoli sia nelle formazioni sociali.

Il principio, dunque, di cui all’art. 2 Cost. diviene chiave di volta e pietra angolare di tale possibile riforma normativa, che richiede impegno, attenzione e sensibilità, al fine di ponderare, con confronti e dibattiti, scervi da pregiudizi ideologici, esigenze contrapposte, ma non per questo inconciliabili.

---

# *Interventi*



Valentina Capuozzo\*

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

## Sommario

1. Introduzione. – 2. La registrazione anagrafica di un 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* e dalla Corte costituzionale italiana in materia di registrazione anagrafica del terzo genere<sup>1</sup>, 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 disegualianza.

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

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

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

tendenza recessiva della decisione politica, sempre più lenta nell'accogliere le istanze di una società in costante evoluzione<sup>2</sup>. 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 sessuale<sup>3</sup>.

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-biologico<sup>4</sup>. Secondo la medicina è possibile distinguere tre sessi in ciascun individuo: quello fenotipico, 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 genere<sup>5</sup>.

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*<sup>6</sup>. È importante sottolineare, inoltre, che il disallineamento non è declinabile in chiave

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, stigma 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-Kluwer, 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*

meramente binaria<sup>7</sup>. 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*)<sup>8</sup>.

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 sé<sup>9</sup>.

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 attribuito<sup>10</sup>.

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 scelta<sup>11</sup>.

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 binaria<sup>12</sup>.

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

---

*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 Statutes within EU Law. The Individual Statutes 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. 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".

una materia profondamente influenzata dai progressi della scienza e dal variare della percezione psico-sociale<sup>13</sup>.

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.

### 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 2013<sup>14</sup>, 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*<sup>15</sup>, 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*<sup>16</sup>. La decisione era stata confermata in secondo grado dall'*Oberlandesgericht* di Celle<sup>17</sup> e poi dalla Corte di giustizia federale (*Bundesgerichtshof – BGH*)<sup>18</sup>, 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 politica<sup>19</sup>.

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.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/comp-322-genere-non-binario-1_20240930145106.pdf).

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](http://www.articolo29.it), 27 novembre 2017.

16 AG Hannover 13 ottobre 2024 -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](http://www.articolo29.it).



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 fondamentale<sup>20</sup>. È in seguito a tale ricorso che il 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 incostituzionale<sup>21</sup>.

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*)<sup>22</sup>. Tale nullità, tuttavia, non può rappresentare un rimedio idoneo se il problema di costituzionalità 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 costituzionale<sup>23</sup>. Basti pensare alle conseguenze che sarebbero derivate da una caducazione *tout court* della normativa sulla registrazione anagrafica delle

20 Sulla *Verfassungsbeschwerde*, disciplinata agli articoli 90-95 della legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht* (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), 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 inconventionales*, 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.

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. Stammer, *Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2018, p. 483; M. Schwindt, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Lohmar-Köln, Josef

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 incostituzionale<sup>24</sup>.

### 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 transessuali<sup>25</sup>. 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*<sup>26</sup>.

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*

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.

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 Intersexualität“*, in *Verfassungsblog*, 24 maggio 2020.

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

in Bezug auf den Geschlechtseintrag – SBGG), approvata il 12 aprile 2024<sup>27</sup>. 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 vita<sup>28</sup>, 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 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 Italia<sup>29</sup>. La questione è stata sollevata dal Tribunale di Bolzano<sup>30</sup>, 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 fenotipico<sup>31</sup>.

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

27 Su cui cfr. V. Da Ros, *Germania – Legge n. 20/9049: autodeterminazione in relazione alla registrazione anagrafica del sesso*, in *BioDiritto*, 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.

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.

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 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 generi<sup>32</sup>.

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 punto<sup>33</sup>.

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"<sup>34</sup>, 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"<sup>35</sup> 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 legislatore<sup>36</sup>. 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"<sup>37</sup> sulla base di previsioni normative già presenti nell'ordinamento e rinvenibili nello specifico settore oggetto del giudizio<sup>38</sup>.

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. 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

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](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.



contro le omissioni del legislatore – sarebbe stata quella di un’additiva di principio<sup>39</sup>. 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 concreto<sup>40</sup>. 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 binario<sup>41</sup>.

Altra ipotesi che si sarebbe potuta considerare è quella della recente tecnica decisoria dell’incostituzionalità prospettata<sup>42</sup>, attraverso la quale il giudice delle leggi, “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”<sup>43</sup>, 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 impugnata<sup>44</sup>.

È una tecnica che ricorda le *unvereinbarkeitserklärungen* tedesche, tentando un dialogo collaborativo col legislatore sul quale tuttavia la Corte sa di non poter contare<sup>45</sup>. Finora l’ordinanza di incostituzio-

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*).

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](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 decisorie 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.

nalità prospettata è stata utilizzata in tre occasioni<sup>46</sup>, ottenendo riscontro soltanto in un caso<sup>47</sup>. Negli altri due, invece, essa ha condotto il giudice delle leggi a un'additiva a rime possibili<sup>48</sup>. 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"<sup>49</sup>, 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"<sup>50</sup> 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"<sup>51</sup> per cui la Corte non ha né titolo né mezzi<sup>52</sup>.

#### 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 transizione<sup>53</sup>.

La Corte accoglie la questione attraverso un percorso argomentativo che compie un'interpretazione sistematica della disposizione impugnata, contestualizzandola nel quadro normativo e giurisprudenziale attuale<sup>54</sup>. In particolare, il giudice delle leggi valorizza il precedente della sentenza n. 221 del 2015<sup>55</sup>, secondo cui la rettificazione anagrafica del sesso può prescindere da un trattamento chirurgico, essendo

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.

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.

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"<sup>56</sup> è divenuta un "possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico"<sup>57</sup>. 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"<sup>58</sup>.

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 giudiziale<sup>59</sup>, la quale tuttavia ha perso "ogni ragion d'essere"<sup>60</sup> 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.

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 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 disposizione<sup>61</sup>, 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"<sup>62</sup>.

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 interventismo<sup>63</sup>, 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.



Micol Ferrario\*

## Sui discorsi d'odio omofobi. Il caso della Svizzera in prospettiva comparata

### Sommario

1. Introduzione. – 2. La criminalizzazione dei discorsi d'odio omofobi in prospettiva comparata. – 3. I discorsi d'odio omofobi in Svizzera: la modifica dell'art. 261bis del Codice penale svizzero. – 4. La sentenza 6B\_1323/2023 del Tribunale federale svizzero. – 5. Riflessioni conclusive.

### Abstract

Il presente contributo offre un'analisi comparata di alcune delle più significative riforme sui discorsi d'odio omofobi e, attraverso l'approfondimento del caso svizzero, mette in evidenza la necessità di riconoscere una tutela anche contro gli atti perpetrati in base all'identità di genere. Dopo avere esaminato le legislazioni sui discorsi d'odio omofobi vigenti in alcuni Stati del Consiglio d'Europa, l'articolo si concentra sulla Svizzera ove, nel 2020, è stata estesa la portata dell'art. 261bis del Codice penale agli atti di discriminazione e incitamento all'odio perpetrati in forza dell'orientamento sessuale. Il Tribunale federale ha per la prima volta applicato questa fattispecie nella sentenza 6B\_1323/2023, dalla cui analisi si evince la necessità di dovere provvedere una tutela anche per le persone transgender e intersex.

*This article offers a comparative insight on some of the most meaningful revisions on homophobic hate speech and through the Swiss case study underlines the need to acknowledge a protection also against the violations grounded on gender identity. After the examination of the legislations on homophobic hate speech applied in some Member States of the Council of Europe, the paper focuses on Switzerland where, in 2020, the scope of art. 261bis of the Swiss Criminal Code has been extended to the acts of discrimination and incitement to hatred based on sexual orientation. The Swiss Federal Tribunal convicted for the first time a person for this offence in judgment 6B\_1323/2023, whose analysis brings out the need to provide a protection also for transgender and intersex people.*

### 1. Introduzione

Le leggi concernenti l'orientamento sessuale hanno subito, nel corso dei secoli, dei cambiamenti epocali.

Invero, mentre nell'Antica Grecia l'omosessualità non era considerata reato<sup>1</sup>, in epoca imperiale – in concomitanza alla designazione del cristianesimo come unica religione ufficiale – essa ha iniziato ad essere perseguita penalmente in quanto crimine religioso. Più precisamente, nel 390 d.c., Teodosio I adottò una legge per punire con la pena del rogo tutti coloro che venivano scoperti commettere un atto

\* Assegnista di ricerca, Università di Torino.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano, Feltrinelli, 2022, pp. 21 ss.

omosessuale passivo<sup>2</sup>, mentre quelli attivi iniziano ad essere perseguiti con le *Novellae constitutiones* di Giustiniano del 538 d.c. e del 559 d.c.<sup>3</sup>. Durante tutto il Medioevo e fino ai tempi moderni gli atti omosessuali continuano ad essere puniti con il rogo in quanto considerati “contro natura”<sup>4</sup>. È soltanto a partire dalla fine del Settecento che la pena di morte viene progressivamente sostituita con altre sanzioni<sup>5</sup>, ma si deve aspettare fino alla fine dell’Ottocento<sup>6</sup> affinché l’omosessualità inizi ad essere decriminalizzata in alcuni Stati<sup>7</sup>.

Ad oggi, la maggior parte<sup>8</sup> degli Stati nel mondo ha oramai depenalizzato le relazioni tra persone dello stesso sesso e alcuni hanno anche iniziato ad intervenire attivamente adottando o modificando il proprio diritto nazionale con lo scopo di ridurre le discriminazioni in capo ad esse<sup>9</sup>. Esemplicative in questo senso sono, tra le altre, le riforme concernenti l’introduzione dell’unione civile o del matrimonio per le persone dello stesso sesso; quelle relative all’omogenitorialità; o, ancora, la penalizzazione dei discorsi d’odio omofobi. Definibili come qualsiasi atto con cui si incita e si incoraggia all’odio, alla violenza o alla discriminazione verso una persona o un gruppo di persone in base al suo/loro orientamento sessuale<sup>10</sup>, i discorsi d’odio omofobi sono stati negli ultimi anni crescente oggetto di incriminazione in diversi paesi del Consiglio d’Europa, tra cui la Svizzera.

Dopo un’analisi comparata di alcune delle riforme più significative concernenti i discorsi d’odio omofobi (§ 2.), il presente contributo si sofferma su quella promossa in Svizzera (§ 3). Nel proseguo, viene analizzata la sentenza 6B\_1323/2023 del Tribunale federale svizzero con cui una persona è stata per la prima volta condannata per incriminazione e incitamento all’odio in base all’orientamento sessuale (§ 4). Seguiranno in chiusura delle brevi riflessioni conclusive (§ 5).

## 2. La criminalizzazione dei discorsi d’odio omofobi in prospettiva comparata

La criminalizzazione dei discorsi d’odio omofobi occupa oramai da tempo un posto rilevante nell’agenda politica europea e in quelle nazionali<sup>11</sup>.

Ad esempio, il Consiglio d’Europa (d’ora innanzi, CdE) ha adottato una serie di atti per incentivare gli Stati membri ad attuare delle misure volte a vietare le manifestazioni d’odio nei confronti

- 
- 2 J.-L. Adénor, T. De Rauglaudre, *Dieu est amour. Infiltrés parmi ceux qui veulent “guérir” les homosexuels*, Parigi, Editions Flammarion, 2019, p. 42.
  - 3 E. Cantarella, *Secondo natura*, cit., pp. 232 ss.
  - 4 L. Benadusi, *La storia dell’omosessualità maschile: linee di tendenza, spunti di riflessione e prospettive di ricerca*, in *Rivista di Sessuologia*, 2007, 1, p. 23.
  - 5 M. D’Amico, *I diritti dei “diversi”. Saggio sulla omosessualità*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2021, 6, p. 154.
  - 6 E questo in concomitanza al fatto che il ruolo centrale della religione nella persecuzione dell’omosessualità viene progressivamente sostituito dalla scienza, nel senso che gli omosessuali da “peccatori” acquisiscono l’identità di “malati”, i cui “disagi” non dovevano più essere condannati, bensì “curati”. Un contributo interessante è offerto da J. Boswell, *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, Londra, The University of Chicago Press, 2015.
  - 7 Tuttavia, in alcuni Stati come, ad esempio, la Francia, il reato di sodomia è stato abrogato già a partire dalla fine del Settecento: D. Borrillo, *La lutte contre les discriminations fondée sur l’orientation sexuelle en droit européen et français*, in *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, 2005, 1, pp. 132 ss.
  - 8 Secondo le stime offerte da ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*), al momento attuale le relazioni tra persone dello stesso sesso sono considerate illegali in 61 Stati membri delle Nazioni Unite: <https://database.ilga.org/criminalisation-consensual-same-sex-sexual-acts>.
  - 9 H. Lau, *Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination*, Leiden, Brill, 2018, pp. 2 ss.
  - 10 P. Godzisz, *State Responses to Anti-LGBT Violence. Poland in a European Context*, Leicester, Palgrave Macmillan, 2024, p. 161. Sulla difficoltà di trovare una definizione condivisa di discorsi d’odio si veda: M. Caielli, *Punire l’omofobia: (non) ce lo chiede l’Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*, in questa *Rivista*, 2015, 1, pp. 56 ss.
  - 11 Con riferimento a questa evoluzione si veda M. Caielli, *Tutelare l’identità di genere attraverso la repressione dell’hate speech: considerazioni a partire dal disegno di legge Zan*, in M. Pellissero, A. Vercellone (a cura di), *Diritti e persone LGBTQI+*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 218 ss.

delle persone LGBTI. Dapprima, con la Raccomandazione del Comitato dei Ministri 5/2010<sup>12</sup>, il CdE ha espressamente invitato gli Stati membri ad intervenire per proibire tutte quelle espressioni in grado di diffondere odio o altre forme di discriminazione nei confronti delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transessuali. Poco dopo, la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) ha adottato la Raccomandazione di politica generale 15/2015<sup>13</sup>, con cui gli Stati membri sono stati nuovamente incentivati a reprimere, tramite diverse misure (finanche di matrice penale), i discorsi d'odio fondati (tra gli altri) sull'orientamento sessuale. Di recente, il Comitato dei Ministri è nuovamente intervenuto con la Raccomandazione 16/2022<sup>14</sup> allo scopo di assistere gli Stati membri nella predisposizione di una serie di misure finalizzate alla prevenzione e al contrasto dei discorsi d'odio basati (tra gli altri) sull'orientamento sessuale.

Anche in seno all'Unione europea sono stati redatti diversi documenti con cui gli Stati membri sono stati esortati ad intervenire per criminalizzare i discorsi d'odio omofobi. In un primo momento, con la Risoluzione del 24 maggio 2012<sup>15</sup>, il Parlamento europeo ha espressamente condannato tutte le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e ha invitato gli Stati membri a garantire un'adeguata protezione a livello nazionale dai discorsi d'odio omofobi. Poco dopo, con la Risoluzione del 14 marzo 2013<sup>16</sup>, il Parlamento europeo ha sottolineato la necessità di implementare una strategia globale per contrastare questa tipologia di reato. La centralità di adottare delle azioni concrete per contrastare i discorsi d'odio omofobi è stata reiterata con la Risoluzione del 18 dicembre 2019<sup>17</sup>. Più di recente, la Commissione ha indirizzato una comunicazione<sup>18</sup> al Parlamento e al Consiglio con cui ha proposto di estendere la portata dell'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora innanzi, TFUE) anche agli atti di incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio a causa della razza, della religione, del genere e, per ciò che rileva qui, anche dell'orientamento sessuale. Visto che l'art. 83 TFUE permette al Parlamento e al Consiglio di stabilire delle prescrizioni minime con riferimento ai reati e alle sanzioni applicabili da tutti gli Stati membri dell'UE, secondo la Commissione questo ampliamento costituirebbe un primo passo concreto verso la creazione di una base giuridica comune per combattere l'incitamento all'odio e i reati d'odio in tutto il territorio dell'Unione europea.

A queste misure di *soft law* regionali si sono affiancate, nel corso degli ultimi anni, diverse misure di *hard law* a livello nazionale. Più precisamente, è interessante rilevare che svariati Stati del CdE sono intervenuti in maniera diversificata per criminalizzare e reprimere i discorsi d'odio omofobi.

Alcuni Stati hanno deciso di modificare la portata dei reati d'odio già previsti dai loro Codici penali estendendola a tutti quegli atti perpetrati in funzione dell'orientamento sessuale di una persona. Tra le esperienze più significative in tal senso vi sono quelle dell'Austria e della Spagna. In Austria, è la sezione 283 del Codice penale<sup>19</sup> (*Strafgesetzbuch*, StGB) a punire il reato di incitamento all'odio (*Verhetzung*). In origine, questo reato veniva perseguito soltanto in base all'appartenenza a una determinata chiesa o comunità religiosa, nonché ai criteri della razza, della religione o dell'etnia<sup>20</sup>. La sua portata è stata estesa nel 2012 ai criteri del colore della pelle, della lingua, dell'ideologia, del sesso, delle disabilità, dell'età ed anche dell'orientamento sessuale. Ad oggi, è pertanto previsto che anche chiunque incita

12 Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, 31 marzo 2010.

13 Raccomandazione di politica generale n. 15 dell'ECRI relativa alla lotta contro il discorso dell'odio, 8 dicembre 2015.

14 Raccomandazione CM/Rec(2022)16 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla lotta contro i discorsi d'odio, 20 maggio 2022.

15 Risoluzione del Parlamento europeo del 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa (2012/2657(RSP)).

16 Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013 sul rafforzamento della lotta contro il razzismo, la xenofobia e i reati generati dall'odio (2013/2543(RSP)).

17 Risoluzione del Parlamento europeo del 18 dicembre 2019 sulla discriminazione in pubblico e sull'incitamento all'odio nei confronti delle persone LGBTI, comprese le zone libere da LGBTI (2019/2933(RSP)).

18 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 9 dicembre 2021, Un'Europa più inclusiva e protettiva: estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'UE all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio (COM /2021/777).

19 "(1) Chiunque pubblicamente, in modo che diventi accessibile a molte persone, 1. incita alla violenza o all'odio contro una chiesa, una comunità religiosa o un altro gruppo di persone definito in base ai criteri di razza, colore della pelle, lingua, religione o credo, nazionalità, discendenza o origine nazionale o etnica, sesso, disabilità, età o orientamento sessuale, o contro un membro di tale gruppo espressamente a causa dell'appartenenza a tale gruppo [...] è punito con la pena della reclusione fino ad anni tre" (nostra traduzione).

20 M. Nowak, *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity – Thematic Study Austria*, Vienna, 2010, p. 25.

all'odio, alla violenza o insulta pubblicamente<sup>21</sup> una persona<sup>22</sup> o un gruppo di persone per il suo/loro orientamento sessuale può essere punito con la pena della reclusione fino a due anni. In tutti quei casi in cui il reato viene perpetrato per mezzo di stampa, radio o diventi in qualsiasi altro modo di dominio pubblico, la pena massima applicabile è elevata a tre anni (§ 283.2 StGB). Nei casi di istigazione - ossia quando una persona ne induce un'altra ad attaccare il membro di un gruppo proprio in forza del suo legame di appartenenza ad esso (§ 283.3 StGB) - è prevista una pena della reclusione fino a cinque anni. In Spagna i discorsi d'odio sono puniti a norma dell'art. 510 del Codice penale<sup>23</sup> (*Código penal español*, CpE). La portata del presente disposto è stata oggetto di una profonda revisione nel 2015<sup>24</sup> che, oltre ad avere ampliato le tipologie di condotte perseguibili, ha anche aggiunto nuovi criteri di discriminazione, tra cui la situazione familiare, il sesso, il genere, la disabilità, la malattia, l'identità di genere ed anche l'orientamento sessuale<sup>25</sup>. L'art. 510 CpE prevede due macro-tipologie di condotte<sup>26</sup>, ossia l'incitamento all'odio (art. 510.1 CpE) e l'ingiuria (art. 510.2 CpE). Per quanto attiene alla prima (incitamento all'odio), viene previsto che chiunque incoraggi, promuova o inciti pubblicamente all'odio, all'ostilità, alla discriminazione o alla violenza contro una persona o un gruppo di persone in forza dei criteri di cui sopra (tra cui l'orientamento sessuale) può essere punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni, oltre che con una multa. Nella seconda (ingiuria) rientrano invece tutti i comportamenti ingiuriosi (come, ad esempio, l'umiliazione o il discredito) che possono ledere la dignità umana della/delle persona/e coinvolta/e. Questi ultimi atti possono essere puniti con una pena detentiva da sei mesi a due anni, oltre che con una multa.

In altri Stati, pur non esistendo un articolo del Codice penale espressamente consacrato ai discorsi d'odio omofobi, essi vengono nondimeno perseguiti. In Germania, ad esempio, la sezione 130 del Codice penale<sup>27</sup> (*Strafgesetzbuch*, StGB) prevede la figura dell'incitamento all'odio (*Volksverhetzung*), ma nell'elenco dei gruppi espressamente previsti (nazionali, razziali, religiosi ed etnici) non figura la comunità LGBTI. Tuttavia, siccome dopo questa elencazione l'articolo prevede la clausola generale dell'odio nei confronti di "parti della popolazione" (*Teile der Bevölkerung*), la sua portata è stata estesa per via giurisprudenziale anche alle persone omosessuali<sup>28</sup>. Così, chiunque incita all'odio o alla violenza verso una persona anche in ragione del suo orientamento sessuale può essere punito con la pena della reclusione da un minimo di tre mesi fino ad un massimo di cinque anni.

Vi sono poi altri Stati in cui, pur non esistendo un articolo *ad hoc* nel Codice penale, i discorsi d'odio omofobi vengono comunque puniti tramite delle misure legislative o vengono fatti rientrare nel quadro più generico dei reati da discriminazione. Esemplificativa in questo senso è la situazione della Francia. Invero, da un lato, i discorsi d'odio omofobi possono essere perseguiti in forza della *Loi sur la liberté de*

21 Come di recente chiarito dall'*Oberste Gerichtshof*, il requisito della pubblicità è soddisfatto se l'atto viene commesso innanzi a circa dieci persone e diventa accessibile a circa trenta: OGH 14 Os 88/16x del 29.11.2016.

22 L'ambito di applicazione della sezione 283 StGB è stato esteso alle singole persone nel 2021 con la Legge sull'odio in rete (*Hass-im-Netz*): W. Fuchs, *Hate Crime in Österreich. Konzept, Rechtsrahmen, Datengrundlagen, Verbreitung und Auswirkungen von vorurteilsmotivierten Straftaten*, Vienna, 2021, p. 18.

23 "È punito con la reclusione da uno a quattro anni e con una multa da sei a dodici mesi: a) chiunque, pubblicamente, incoraggi, promuove o incita direttamente o indirettamente all'odio, all'ostilità, alla discriminazione o alla violenza nei confronti di un gruppo, di una parte di un gruppo o di una persona specifica a causa della sua appartenenza a tale gruppo, per motivi razziali, antisemiti, antirom o per altri motivi legati all'ideologia, alla religione o alle convinzioni, alla situazione familiare, all'appartenenza dei suoi membri a un gruppo etnico, a una razza o a una nazione, alla loro origine nazionale, al loro sesso, all'orientamento o all'identità sessuale, a motivi di genere, all'aporofovia, alla malattia o alla disabilità" (nostra traduzione).

24 Ley Orgánica 1/2015 del 30 marzo.

25 J.M. Tamarit Sumalla, *Los delitos de odio en las redes sociales*, in *Revista de derecho, internet, y política*, 27, 2018, p. 20. Si veda anche I.G. Domínguez, *El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada*, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 8, 2020, p. 1 ss.

26 Sulla criticità di questa distinzione si veda J.M. Landa Gorostiza, *El delito de incitación al odio (artículo 510 CP): quo vadis*, in *Azafea: Revista de Filosofía*, 23, 2021, pp. 57 ss.

27 "1) Chiunque, in modo idoneo a disturbare la quiete pubblica, 1. Incita all'odio contro un gruppo nazionale, razziale, religioso o un gruppo definito dall'origine etnica, contro parti della popolazione o individui a causa della loro appartenenza a uno dei suddetti gruppi o parti della popolazione, o invita a prendere misure violente o arbitrarie contro di loro [...] È punito con la pena della reclusione da tre mesi fino a cinque anni" (nostra traduzione).

28 P. Caroli, *Diritto penale e discriminazione delle persone lgbtqi+*, in questa *Rivista*, 2024, p. 17.



la *presse*<sup>29</sup> e della più recente *Loi Avia*<sup>30</sup>; dall'altro, essi possono essere puniti anche in base agli articoli 225-1, 225-2, 225-3 e 225-4 del Codice penale (Code pénal, CP) sui reati da discriminazione fondati (tra gli altri) anche sull'orientamento sessuale<sup>31</sup>.

Cionondimeno, è bene sottolineare che, in alcuni Stati, l'introduzione di una fattispecie penale per perseguire i discorsi d'odio omofobi è fallita. Emblematico in tal senso è il caso dell'Italia ove il c.d. Ddl Zan è stato respinto dal Senato nell'ottobre 2021 dopo essere stato approvato nel novembre dell'anno precedente dalla Camera dei deputati. Scopo principale<sup>32</sup> di questo disegno di legge era quello di estendere la portata dei delitti contro l'uguaglianza (ex artt. 604bis e 604ter del Codice penale) alle discriminazioni fondate sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulle disabilità. Per diversi ordini di motivi – come, ad esempio, i limiti posti alla libertà di manifestazione del pensiero o di espressione<sup>33</sup>, l'inclusione dell'identità di genere o, ancora, l'asserita esistenza di norme già adatte a perseguire suddette fattispecie criminali – questo progetto di revisione è stato fortemente contestato ed infine bocciato<sup>34</sup>.

### 3. I discorsi d'odio omofobi in Svizzera: la modifica dell'art. 261bis del Codice penale svizzero

In Svizzera, fino al 2020, i discorsi d'odio omofobi non venivano puniti. Invero, l'art. 261bis del Codice penale (c.p.) sugli atti di discriminazione e incitamento all'odio prevedeva come unici criteri di perseguibilità l'appartenenza a una determinata razza, etnia o religione. Poiché l'art. 261bis c.p. era stato introdotto nel 1995 in seguito alla ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale<sup>35</sup>, il parametro dell'orientamento sessuale era stato volutamente escluso in quanto si discostava troppo “dallo scopo della presente revisione del Codice penale”<sup>36</sup>. Siccome l'art. 261bis incorpora un elenco esaustivo<sup>37</sup>, questo ha in ultima istanza comportato che le persone della comunità LGBTI siano state per lungo tempo private di una protezione dai discorsi d'odio<sup>38</sup>. Per superare a questa mancanza, nel 2013 è stata presentata un'iniziativa parlamentare<sup>39</sup> che aveva lo scopo di estenderne il campo di applicazione anche all'orientamento sessuale. Una volta arrivata alla Commissione degli affari giuridici del Consiglio Nazionale, era stato proposto di affiancare al criterio dell'o-

29 *Loi sur la liberté de la presse*, 29 luglio 1881.

30 *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, 24 giugno 2020.

31 Sulla difficoltà di trovare un inquadramento penale in Francia per i discorsi d'odio omofobi si veda V. Malabat, *Quelles qualifications pénales pour les discours de haine?*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 10, 2024, p. 1 ss.

32 Accanto a questo fine “repressivo”, il Ddl Zan ne aveva anche uno di natura “preventiva e promozionale”, nel senso che mirava a sollecitare la sensibilità sociale con riferimento alle discriminazioni e alle violenze basate sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulle disabilità: sul punto si veda, G. Palmeri, *Brevi considerazioni introduttive*, in questa *Rivista*, 2021, 2, p. 6.

33 Per un approfondimento sul punto si veda M. Caielli, *Il Ddl Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero*, in questa *Rivista*, 2021, 2, pp. 19 ss.

34 S. Curreri, *Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan*, in questa *Rivista*, 2021, 2, pp. 48 ss.

35 Assemblea generale dell'ONU, *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* del 21 dicembre 1995.

36 Messaggio concernente l'adesione della Svizzera alla Convenzione internazionale del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e la conseguente revisione del Codice penale, 2 marzo 1992, p. 258.

37 M. Mazou, *Art. 261bis*, in A. Macaluso, L. Moreillon, N. Queloz (a cura di), *Commentaire Romand du Code Pénal II*, Basilea, 2017, § 6.

38 Invero, prima della modifica dell'art. 261bis c.p., non esisteva una disposizione che proteggesse le persone LGBT dai discorsi d'odio come comunità. Eventualmente, a titolo individuale, una persona poteva invocare la violazione dell'art. 28 del Codice civile svizzero (CC) sulla protezione della personalità o degli articoli 173 ss. c.p., in particolare l'ingiuria. Invero, il Tribunale federale ha sempre negato la legittimazione ad agire alle associazioni per la tutela dei diritti delle persone omosessuali e transessuali nell'ambito dei reati contro l'onore: si veda, ad esempio, Sentenza TF 6B\_361/2010 del 1° novembre 2010.

39 Iniziativa parlamentare 13.407 “Lottare contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale” del 7 marzo 2013.

rientamento sessuale anche quello dell'identità di genere<sup>40</sup>. Il Consiglio federale si è tuttavia opposto a questa aggiunta sostenendo che la nozione di identità di genere “è molto più vaga e corrisponde a un sentimento individuale e profondamente intimo, indipendente dal sesso biologico, dallo stato civile e dall'orientamento sessuale”<sup>41</sup>. Il progetto di modifica dell'art. 261bis c.p. è stato quindi adottato dalle Camere il 14 dicembre 2018 escludendo il criterio dell'identità di genere. Sottoposta a referendum il 9 febbraio 2020, la modifica dell'art. 261bis c.p. è stata accettata dal 63.1% delle cittadine e dei cittadini svizzeri<sup>42</sup>.

Così, al momento attuale, anche i discorsi d'odio omofobi e le discriminazioni perpetrate in base all'orientamento sessuale di una persona sono punite a norma dell'art. 261bis c.p.<sup>43</sup>. Più precisamente, oltre ai discorsi d'odio e agli atti discriminatori (cpv. 1), l'art. 26 bis c.p. condanna la propagazione di ideologie discriminatorie (cpv. 2), l'organizzazione o la partecipazione ad azioni di propaganda (cpv. 3), le discriminazioni dirette che ledono la dignità umana (tra cui, ad esempio, la minimizzazione del genocidio o di altri crimini contro l'umanità) (cpv. 4) e, infine, anche il rifiuto di fornire dei servizi destinati al pubblico (cpv. 5)<sup>44</sup>. È necessario, affinché questi atti siano punibili, che essi avvengano pubblicamente<sup>45</sup> e intenzionalmente.

#### 4. La sentenza 6B\_1323/2023 del Tribunale federale svizzero

Con la sentenza 6B\_1323/2023<sup>46</sup>, il Tribunale federale svizzero ha per la prima volta condannato una persona per discriminazione e incitamento all'odio in base all'orientamento sessuale ex art. 261bis CP.

Questo caso riguarda il saggista franco-svizzero Alain Soral che, nel settembre 2021, aveva pubblicato sul suo sito internet (*Égalité & Réconciliation*, E&R) e sulla sua pagina Facebook un video in risposta all'articolo scritto da Cathy Macherel (del giornale *Tribune de Genève*) sui trascorsi di Alain Soral e di E&R con la giustizia. Nel suddetto video, Alain Soral sosteneva quanto segue: “Ritengo che questo articolo sia [...] firmato da un'attivista comunitaria, che è un'attivista queer che si batte anche per i migranti. [...] Io sono uno svizzero nel mio paese, che difende l'animo svizzero e lo spirito svizzero, [...] e mi trovo a battermi contro persone che rappresentano un'estrema minoranza. E voglio ricordare che queer in inglese significa, io credo, disadattata. Di conseguenza ritengo che tra la mia visione del mondo e quella di una grossa lesbica militante per i migranti, io penso di essere un combattente per la pace, la fraternità e l'anima svizzera [...]”<sup>47</sup>. In prima istanza, il Tribunale di Polizia di Losanna condanna Alain Soral per diffamazione ex art. 173 cpv. 1 c.p., mentre in appello viene dichiarato colpevole anche per incitamento all'odio ex art. 261bis cpv. 1, c.p.

Contro quest'ultima accusa, Alain Soral interpone ricorso innanzi al Tribunale federale.

In apertura alla sentenza, i giudici del Tribunale federale si soffermano sul nuovo tenore dell'art. 261bis c.p. sottolineando che, a partire dal 1° luglio 2020, la sua portata è stata estesa anche alle discriminazioni e all'incitamento all'odio perpetrati in base all'orientamento sessuale di una persona o di un gruppo di persone (consid. 1). A seguire, il Tribunale federale riprende brevemente il ragionamento a

40 Rapporto della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale del 3 maggio 2018, FF 2018 3209, p. 3220.

41 Parere del Consiglio federale del 15 agosto 2018, FF 2018 5327, p. 4435.

42 Votazione popolare del 9 febbraio 2020 sul divieto della discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

43 “Chiunque incita pubblicamente all'odio o alla discriminazione contro una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale, chiunque propaga pubblicamente un'ideologia intesa a discreditarla o calunniare sistematicamente tale persona o gruppo di persone, chiunque, nel medesimo intento, organizza o incoraggia azioni di propaganda o vi partecipa, chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità, chiunque rifiuta ad una persona o a un gruppo di persone, per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale, un servizio da lui offerto e destinato al pubblico, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria”.

44 Per una descrizione dei singoli comportamenti criminosi di veda F. Aubert, *L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale*, in *Aktuelle Juristische Praxis /Pratique Juridique Actuelle*, 1994, 9, p. 1079 ss.

45 Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale questo criterio è soddisfatto quando l'atto viene commesso di fronte ad un gruppo di persone che non hanno alcun legame personale tra di loro: si veda, ad esempio, DTF 130 IV 111. Di conseguenza, il numero di persone presenti non è di per sé considerato come un dato rilevante.

46 Sentenza TF 6B\_1323/2023 dell'11 marzo 2024 (destinata a pubblicazione).

47 Nostra traduzione.

cui si è attenuto il Tribunale cantonale (consid. 2), per poi soffermarsi specificatamente sulle contestazioni sollevate da Alain Soral (consid. 2.1).

Il primo rilievo di Alain Soral atteneva al termine *queer* che, secondo lui, faceva riferimento all'identità di genere e non all'orientamento sessuale della persona coinvolta e, quindi, non godeva della protezione *ex art. 261 bis c.p.* Con riferimento a ciò, il Tribunale federale, dopo avere ripreso le definizioni di orientamento sessuale<sup>48</sup> e di identità di genere<sup>49</sup> fornite dai Principi di Yogyakarta, conclude che il termine *queer* include in realtà entrambe. In aggiunta, il Tribunale federale ricorda che Alain Soral non si è limitato a qualificare la giornalista Cathy Macherel come una "*militante queer*", ma l'ha anche appellata "*grossa lesbica militante*" termine che si riferisce inconfutabilmente al suo orientamento sessuale (consid. 2.1.2). La seconda contestazione di Alain Soral concerneva il fatto che il suo discorso non esprimeva alcun disprezzo nella misura in cui i termini *queer* e *lesbica* sono utilizzati anche dalla stessa comunità LGBTI e per il fatto che, effettivamente, la parola *queer* veniva in origine tradotta con il termine *disadattato/a* (consid. 2.2.1). A questo proposito, il Tribunale federale osserva che, a differenza di quanto sostenuto dal ricorrente, il linguaggio da lui utilizzato è avvilente, disumanizzante, oltraggioso ed è in grado di incitare gli utenti di Internet a disprezzare la persona in questione proprio per il suo orientamento sessuale. Il Tribunale federale aggiunge che il suo discorso risulta essere apertamente omofobo anche perché insinua che Cathy Macherel e tutta la comunità gay sono nemici dei valori ("*la pace, la fraternità e i valori svizzeri*") che lui, invece, dice di volere difendere. Alla luce di ciò, il Tribunale federale conclude dicendo che il suo discorso è in grado di fomentare dei sentimenti d'odio in ragione dell'orientamento sessuale (consid. 2.2.2).

Poi, Alain Soral contesta che il Tribunale cantonale abbia preso in considerazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 261bis c.p., i commenti e le reazioni degli utenti al suo video. Con riferimento a questo aspetto, il Tribunale federale sottolinea che, seppure queste espressioni non gli siano direttamente imputabili, esse rappresentano nondimeno un parametro di valutazione efficiente dell'impatto del suo discorso su un utilizzatore medio di Internet. Detto diversamente, i commenti e le reazioni rilasciati sotto al suo video dimostrano chiaramente la capacità delle sue parole di alimentare l'odio omofobo (consid. 2.3).

Una volta chiarito che il suo comportamento integra, sotto il profilo oggettivo, una delle condotte perseguibili *ex art. 261bis c.p.* (cpv. 1) e, posto che non vi è dubbio che esso sia avvenuto pubblicamente (consid. 2.4), il Tribunale federale si concentra sull'elemento soggettivo, ossia si focalizza sull'intenzionalità di queste dichiarazioni. Anche in questo passaggio, il Tribunale federale conferma quanto statuito da quello cantonale, ossia che Alain Soral è volontariamente e coscientemente ricorso a quelle parole con il fine di fomentare l'odio e la discriminazione verso la giornalista e la comunità lesbica nella sua interezza (consid. 3.1). In aggiunta, il Tribunale federale avvalga il fatto che il Tribunale cantonale abbia tenuto conto dei precedenti penali di Alain Soral, già più volte punito per avere insultato e diffamato delle persone (anche per il loro orientamento sessuale). Invero, queste condanne, testimoniano chiaramente che il ricorrente ha la propensione ad adottare dei comportamenti discriminatori nei confronti delle minoranze protette dalla legge (consid. 3.2).

Infine, Alain Soral contesta la violazione della sua libertà di espressione *ex artt. 16* della Costituzione federale svizzera<sup>50</sup> (d'ora innanzi, Cost. fed.) e *10* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino<sup>51</sup> (d'ora innanzi, CEDU) e, in particolare, della protezione riconosciuta ai giornalisti nel quadro di un dibattito politico. Con riferimento a ciò, il Tribunale federale rammenta innanzitutto che, seppure la libertà di espressione sia garantita, essa può nondimeno essere ristretta nel rispetto delle

48 Consid. 2.1.1: "L'orientamento sessuale si riferisce alla capacità di ogni individuo di provare una profonda attrazione emotiva, affettiva e sessuale verso individui di sesso opposto (eterosessuali), dello stesso sesso (gay, lesbiche) o di più di un sesso (bisessuali), e di mantenere relazioni intime e sessuali con questi individui" (nostra traduzione).

49 Consid. 2.1.1: "Per identità di genere si intende l'esperienza intima e profondamente personale di ogni persona del proprio sesso, indipendentemente dal fatto che corrisponda o meno al sesso assegnato alla nascita, compresa la coscienza corporea personale (che può comportare, se liberamente acconsentita, la modifica dell'aspetto o della funzione corporea con mezzi medici, chirurgici o di altro tipo) e altre espressioni del sesso, compresi l'abbigliamento, il linguaggio e i modi di fare" (nostra traduzione).

50 "1. La libertà d'opinione e d'informazione è garantita".

51 "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive".

condizioni poste dall'art. 36 Cost. fed.<sup>52</sup> e dell'art. 10.2 CEDU<sup>53</sup>. In relazione a quest'ultimo, il Tribunale federale aggiunge che, nel rispetto della giurisprudenza della Corte EDU, i discorsi politici o quelli attinenti a questioni di interesse generale devono essere fortemente protetti. Tuttavia, il video in questione non è stato girato e diffuso in un contesto politico. Di conseguenza, il Tribunale federale conclude sancendo che i commenti contestati non rientrano né nell'ambito di un dibattito politico, né in uno di interesse generale e, pertanto, stabilisce che le restrizioni alla libertà di espressione del ricorrente sono legittime (considd. 4.1 – 4.2).

In conclusione, essendo integrati sia l'elemento oggettivo, sia l'elemento soggettivo dell'art. 261bis c.p., il Tribunale federale condanna Alain Soral a 40 giorni di prigione, oltre che al pagamento di un'amenda.

## 5. Riflessioni conclusive

Come visto in questo contributo, negli ultimi anni, le leggi a tutela dell'orientamento sessuale sono proliferate. In particolare, si sono registrati plurimi sforzi per perseguire i discorsi d'odio omofobi: ad esempio, in Austria, Spagna e Svizzera è stata estesa la portata delle relative disposizioni dei Codici penali anche all'orientamento sessuale; in Germania, questo risultato è stato invece raggiunto per via giurisprudenziale; in Francia, oltre a delle disposizioni legislative, i discorsi d'odio omofobi possono essere perseguiti per analogia tramite il reato di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Questo incremento è da accogliere positivamente in quanto, come chiaramente documentato nell'*Annual Review 2024 di ILGA Europe*<sup>54</sup>, i discorsi anti-LGBTI sono in costante aumento. Ad esempio, nel 2023, sono state segnalate diverse esternazioni da parte di politici motivate da pregiudizi omofobi, discorsi transfobici e la diffusione nei media di articoli anti-LGBTI. A fronte di questo aumento, anche il numero di sentenze con cui le Corti si sono occupate di questi casi è incrementato.

La Svizzera, così come altri Stati, si inserisce perfettamente in questa tendenza. Invero, in occasione dell'IDAHOBIT (Giornata internazionale contro l'omo-, bi-, inter- e transfobia), le organizzazioni LGBTQ Rete Transgender Svizzera (TGNS), Organizzazione Lesbica Svizzera (LOS) e *Pink Cross* hanno dichiarato che, secondo il loro rapporto sui crimini d'odio anti-LGBTI<sup>55</sup>, nel 2023 le segnalazioni ricevute sono più che raddoppiate (305 contro 134 nel 2022). Tra queste, circa il 70% consisteva in ingiurie ed insulti di cui, secondo i dati forniti dall'Ufficio federale di statistica<sup>56</sup>, 45 erano casi di violazione dell'art. 261 bis c.p. in base all'orientamento sessuale (a fronte di 29 nel 2022 e 27 nel 2021). All'aumentare delle denunce, sono incrementate anche le pronunce dei Tribunali svizzeri<sup>57</sup>. A tale riguardo, con la sentenza 6B\_1323/2023, il Tribunale federale svizzero ha per la prima volta riconosciuto colpevole di discorso d'odio e discriminazioni omofobe un cittadino franco-svizzero che, attraverso un video diffuso su Internet, aveva qualificato la giornalista Cathy Macherel come una queer disadattata e grossa militante lesbica, insinuando altresì che il suo operato potesse minare "la pace, la fraternità e i valori svizzeri".

Questa sentenza su cui ci si è focalizzati risulta essere interessante almeno sotto due profili.

Il primo attiene al valore che si dà alla percezione esterna di queste tipologie di dichiarazioni. Invero, secondo il Tribunale federale, contribuiscono a determinare il loro carattere discriminatorio il signifi-

52 "1. Le restrizioni dei diritti fondamentali devono avere una base legale. Se gravi, devono essere previste dalla legge medesima. Sono eccettuate le restrizioni ordinate in caso di pericolo grave, immediato e non altrimenti evitabile. 2. Le restrizioni dei diritti fondamentali devono essere giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui. 3. Esse devono essere proporzionate allo scopo. 4. I diritti fondamentali sono intangibili nella loro essenza".

53 "2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

54 ILGA Europe, *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe and Central Asia*, 2024: <https://www.ilga-europe.org/report/annual-review-2024/>.

55 *Rapport sur les crimes de haine 2024. Rapport sur le monitoring e la discrimination et de la violence anti-LGBTQ en suisse en 2023*: [https://www.pinkcross.ch/unser-einsatz/politik/hate-crime/hate\\_crime\\_bericht\\_2024\\_fr.pdf](https://www.pinkcross.ch/unser-einsatz/politik/hate-crime/hate_crime_bericht_2024_fr.pdf).

56 I dati sono disponibili al seguente link: <https://www.bfs.admin.ch/asset/it/30887579>.

57 C. Montavon, *À propos des crimes de haine anti-LGBT: théorisation, législation et perspectives en droit pénal suisse*, in *Nouvelle Revue de Criminologie et de Politique Pénale*, 2023, 2, p. 9.



cato e l'impatto che esse hanno su un "cittadino medio non informato" (considd. 1.5. e 2.3). Detto diversamente, il Tribunale federale sottolinea che, per capire se una dichiarazione è discriminatoria o meno, ci si deve avvalere dell'interpretazione che un navigatore medio di Internet darebbe a questo messaggio, ossia se appare anche agli occhi di quest'ultimo come basato su un'ostilità verso una persona a causa del suo orientamento sessuale. È proprio rivalendosi sui commenti rilasciati sotto al video che il Tribunale federale dimostra che non solo le sue parole erano state interpretate come odiose e discriminatorie, ma che sono state addirittura in grado di ingenerare una catena d'odio verso Cathy Macherel per il suo orientamento sessuale.

Il secondo aspetto riguarda invece l'omissione del criterio dell'identità di genere tra quelli invocabili a norma dell'art. 261*bis* c.p. Soffermandosi in apertura sul suo nuovo tenore, il Tribunale federale ripercorre le tappe e i motivi che hanno spinto il Legislatore ad escludere il criterio dell'identità di genere dalla revisione, ossia il fatto che si trattasse di un concetto troppo fluido, dai contorni non chiari. È interessante però notare che, a differenza del Legislatore, il Tribunale federale, rifacendosi ai principi di Yogyakarta, fornisce in questa sentenza una definizione molto precisa di identità di genere (consid. 2.1.1). Quest'ultimo aspetto invita a ripensare la portata dell'art. 261*bis* c.p. e, più in generale, dimostra l'importanza e la possibilità di prendere in considerazione il criterio dell'identità di genere nelle future riforme legislative<sup>58</sup> a tutela della comunità LGBTI. Questo risulta essere ancora più necessario se si considera che, nel 2023, i casi di ostilità registrati nei confronti delle persone trans corrisponde al 40% dei totali (a differenza del 18% dell'anno precedente)<sup>59</sup>.

In conclusione, si può affermare che, seppure la riforma dell'art. 261*bis* c.p. rappresenti uno sforzo importante per la protezione dell'orientamento sessuale, essa risulta essere tuttavia parziale per il fatto di non contemplare il criterio dell'identità di genere. Come emerge chiaramente dalla sentenza del Tribunale federale, è configurabile un'estensione della sua portata, ciò che risulta essere ancora più necessario se si considera il fatto che le persone transgender e intersex sono sempre più spesso vittime di crimini d'odio<sup>60</sup> (tra cui i discorsi d'odio) anche in Svizzera

58 Ciò che in passato è stato spesso trascurato: M. Ferrario, *The Principle of Equality Amidst the Protection of Sexual Orientation and Gender Identity: The Case of Switzerland*, in V. Carlino e G. Milani (a cura di), *The Principle of Equality. New and Old Challenges*, Genova, 2024, pp. 37 ss. Sul punto si veda anche C. Montavon, *La transidentité dans les politiques pénales suisses: de l'impensé à l'effacement?*, in D. Fink, A. Kuhn, J. Vuille (a cura di), *La criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir*, Basilea, 2024, pp. 1 ss.

59 *Rapport sur les crimes de haine 2024*, cit., 4.

60 Per una panoramica a livello internazionale si veda: J. Jamel, *Transphobic Hate Crime*, Leicester, Palgrave, 2018.

*Stefano Malpassi\**

## «Ecco il guaio!» Brevi note su donne e cittadinanza nel regime fascista, a partire dalla discussione parlamentare per l'«Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo» (l. 22 novembre 1925, n. 2125)

### Sommario

1. Premessa, o di come una legge mai attuata possa rappresentare un terreno d'indagine per parlare di cittadinanza e fascismo. – 2. In breve: come si è arrivati alla proposta di legge per la «Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo»? – 3. La discussione parlamentare del 14 e 15 maggio 1925. – 3.1. Di voto alle donne e di fascisti (I): le relazioni Lupi e Acerbo. – 3.2. Un dibattito a più voci. Gli interventi in aula. – 3.3. Di voto alle donne e di fascisti (II): Acerbo, Lupi, Mussolini e la conclusione della discussione parlamentare. – 3.4. Dopo l'approvazione: una scienza giuridica distratta? – 4. Qualche notazione conclusiva a margine di una vicenda minore.

### Abstract

Nel lungo e travagliato percorso che ha condotto al riconoscimento del diritto di voto alle donne in Italia, la legge 22 novembre 1925, n. 2125 – che estendeva il suffragio con riferimento al solo voto amministrativo – costituisce una tappa a cui troppo spesso si è guardato con scarsa attenzione. La legge, e più ancora il dibattito parlamentare che ne accompagnò l'approvazione, può offrire, invece, un interessante spaccato di quella che fu la peculiare visione fascista della cittadinanza, e di quella femminile in particolare. Sarà allora interessante notare come molte delle voci che si levarono in aula sembravano in fondo continuare a perpetrare la costante marginalizzazione del discorso sull'uguaglianza, mentre a riemergere con forza era piuttosto il discorso sulla capacità femminile e sulla funzione che il voto andava a integrare. Agli occhi di buona parte della riflessione giuspolitica fascista, infatti, l'allargamento del suffragio sembrava costituire uno degli strumenti utili a ripensare l'ordine, favorendo una partecipazione (anche femminile, appunto) alla vita della nazione che non costituiva tuttavia un diritto. Il voto, insomma, e persino quello amministrativo e femminile, poteva servire ad alimentare la sempre più stretta e feconda relazione tra Stato e società, a riprova del fatto che il complesso nodo voto-cittadinanza-diritti potesse essere risolto variamente e non necessariamente in senso democratico. A fare da sfondo al dibattito stava poi la costante tendenza della riflessione giuridica nostrana – e non solo di quella di regime – a ricondurre la partecipazione femminile entro schemi che finivano per mortificare qualsiasi dimensione emancipatoria. Da tale prospettiva anche la vicenda del 1925 potrà contribuire a una più complessa comprensione anche delle successive tappe di un percorso – quello della cittadinanza femminile – ancora tutt'altro che compiuto.

*An examination of the extensive and arduous path that culminated in the establishment of the right to vote for women in Italy reveals a significant yet often overlooked landmark: Law No. 2125 of November 22, 1925, which*

\* Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno, Università di Ferrara.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

merely extended suffrage to the administrative vote. However, a thorough examination of the law, as well as the parliamentary debates that accompanied its passage, reveals a distinctive Fascist perspective on citizenship, particularly with regard to women's citizenship. The paper will demonstrate how many of the voices raised in parliament appeared to perpetuate the constant marginalization of the discourse on equality, while the discourse on women's capacity and the function that the vote was going to integrate resurfaced forcefully. From the perspective of fascist jus-political reflection, the expansion of suffrage was regarded as a means to reimagine the established order, fostering citizens' participation in the nation's life, including the involvement of women, though not necessarily as a right. The practice of voting was rather regarded as a means to fortify the bond between the state and society, thereby confirming the complexity of the nexus between vote, citizenship, and rights, which could be resolved in diverse ways, including non-democratic ones. The debate was further characterized by the persistent tendency within Italian legal discourse — both fascist and non-fascist — to circumscribe women's involvement within boundaries that effectively stifled any emancipatory potential. From this perspective, renewed attention to the 1925 debate can be seen as a factor contributing to a more complete understanding of the later stages of the trajectory toward substantive female citizenship in Italy, a journey that has remained unfinished.

E potremmo trarre auspici, che, dopo questo primo esperimento, si possa pensare al più grande, cioè al riconoscimento di tutti i diritti...  
(Oh ! oh !)

Voci. Ecco il guaio ! (Commenti).

A.P., XXVII Legislatura, Tornata di giovedì 14 maggio 1925

## 1. Premessa, o di come una legge mai attuata possa rappresentare un terreno d'indagine per parlare di cittadinanza e fascismo

Quando si parla di voto alle donne in Italia, il pensiero va immediatamente alle elezioni del 2 giugno 1946, durante le quali agli elettori si affiancarono anche le elettrici rappresentando, anche per questo, un evento simbolo della storia italiana<sup>1</sup>. Il raggiungimento di un suffragio finalmente universale, del resto, appariva come la necessaria premessa della svolta repubblicana che proprio quella votazione avrebbe realizzato, e da cui sarebbe emersa una Carta costituzionale che ha declinato gli stessi diritti fondamentali attraverso la lente della piena partecipazione alla vita della comunità. E anche se non mancarono nel successivo dibattito costituente alcune rilevanti resistenze verso una piena equiparazione dei sessi<sup>2</sup>, quella del voto femminile è sembrata – a partire da allora e per lo meno sulla carta – una conquista acquisita, anche in ragione di un lungo e tormentato passato.

Il voto politico del 2 giugno 1946, infatti, era stato preceduto da altre – note e meno note – vicende che non soltanto hanno costituito tappe progressive della lotta socio-politica per l'allargamento del suffragio, ma che si presentano anche come le «spie» di una complessa vicenda storico-giuridica che non si esaurisce nella 'sola' rivendicazione della partecipazione al momento elettorale, ma che coinvolge la più ampia nozione di cittadinanza e che, dunque, connette al voto anche il riconoscimento di diversi e ulteriori diritti.

In particolare, una vicenda forse non troppo indagata riguarda l'ammissione a un particolare tipo di elettorato, quello amministrativo, che aveva costituito la vera 'prima volta' delle donne alle urne a pochi mesi dalla tornata elettorale del 2 giugno 1946, e il cui formale riconoscimento era invero avvenuto già nel 1925, e su iniziativa del secondo governo Mussolini allora impegnato nella propria opera di «fascistizzazione» integrale dello Stato e della società italiana<sup>3</sup>; un contesto, insomma, in cui di diritti appariva difficile poter parlare se non per la loro progressiva e sistematica violazione.

- 
- 1 Si tratta, del resto, della prima elezione politica successiva all'introduzione del suffragio universale per opera decreto legislativo luogotenenziale 1 febbraio 1945, n. 23 «Estensione alle donne del diritto di voto».
  - 2 Emblematica è, per esempio, la vicenda dell'ammissione delle donne alla magistratura: sul punto si vedano, tra gli altri, F. Tacchi, *Eva togata. Donne e professioni giuridiche in Italia dall'Unità a oggi*, Torino, UTET, 2009, in particolare le pp. 85-104; e I. Stolzi, *Donne e magistratura*, in *Storia della magistratura*, Quaderno 6, SSM, Roma, 2022, 89-110.
  - 3 È proprio il 1925 l'anno della definitiva svolta autoritaria del regime e che, proprio a livello parlamentare, si inaugura con la tristemente nota assunzione di responsabilità per l'omicidio Matteotti e dando avvio a quella serie di riforme della struttura costituzionale dello Stato e della società noto come «leggi fascistissime». È dunque lecito chiedersi: anche la legge 22 novembre 1925, n. 2125 può considerarsi una di esse?

Tuttavia, la legge 22 novembre 1925, n. 2125 – intitolata appunto «Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo» – sembrava proporsi come un deciso passo in avanti per quanto riguardava il coinvolgimento delle donne nella vita civile della nazione, pur non costituendo il riconoscimento di una cittadinanza piena e paritaria, ma mostrando, invece, come il complesso nodo voto-cittadinanza-diritti potesse essere guardato da molteplici prospettive, non tutte necessariamente qualificabili come democratiche.

Del resto, proprio la distinzione tra voto amministrativo e voto politico, lo si vedrà brevemente, ha rappresentato uno dei motivi fondamentali che hanno caratterizzato la lunga lotta per l'accesso al voto da parte delle donne in Italia, una vicenda ripercorsa oramai da diversi e accurati studi<sup>4</sup>. Allo stesso modo, anche quello della condizione femminile sotto il fascismo è un campo d'indagine che la storiografia ha da tempo cominciato a coltivare proficuamente, ricostruendo con sempre maggiore attenzione sia il ruolo giocato dalle donne all'interno delle diverse istituzioni fasciste, sia la peculiare dimensione socio-culturale attribuita alla figura femminile dal regime stesso<sup>5</sup>.

Questo breve contributo non ha dunque la pretesa di offrire un'analisi approfondita di queste due questioni; le pagine che seguono intendono semplicemente ripercorrere un'animata discussione parlamentare che, tra allusioni, «ilarità»<sup>6</sup>, e più serie riflessioni storico-sociologiche sul ruolo della donna, faceva emergere una varietà di posizioni, anche interne agli stessi gruppi parlamentari, che spesso rifletteva «una profonda ambiguità tra il ruolo pubblico e il ruolo privato assegnato alla figura femminile»<sup>7</sup>.

Proprio per questo, la discussione sul disegno di legge per l'«Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo» può rivelarsi non solo una vicenda significativa per ripercorrere la travagliata storia dell'elettorato femminile in Italia, ma può anche costituire una preziosa chiave interpretativa di quel processo di trasformazione giuridica della cittadinanza portato avanti dal regime, e che coinvolgeva direttamente anche la questione femminile.

Se, infatti, per quanto riguarda il primo aspetto la vicenda si presenterà sì marginale alla luce della riforma podestarile dell'anno seguente che, abolendo l'elezione di sindaci e consigli comunali<sup>8</sup>, di fatto svuotava di qualsiasi significato politico (e forse persino storico) il riconoscimento in capo alle donne di

4 Molte sono state negli anni le ricerche di carattere generale e ricostruttivo dedicate al tema, a partire dal noto lavoro di A. Rossi-Doria, *Diventare cittadine. Il voto alle donne in Italia*, Firenze, Giunti, 1996, fino al più recente G. Galeotti, *Storia del voto alle donne in Italia. Alle radici del difficile rapporto tra donne e politica*, Roma, Viella, 2022. Di taglio più specificatamente giuridico sono, invece, alcuni lavori dedicati al diritto di voto e alla cittadinanza come quello di G. Brunelli, «*Foemina ab omnibus officiis civilibus et publicis remotae sunt*»: l'esclusione delle donne dalla sfera pubblica nello Stato liberale italiano, in L. Desanti, P. Ferretti, A. D. Manfredini (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e colleghi di facoltà*, Milano, Giuffrè, 2009, 31-59; *Ead.*, *Donne e politica. Quote rosa? Perché le donne in politica sono ancora così poche*, Bologna, Il Mulino, 2006; o, da ultimo, G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, Roma, Tre-Press, 2018. Una ricognizione storico-giuridica del tema è ben delineata in L. Garlati, *Uomini che decidono per le donne. Il suffragio femminile nel dibattito parlamentare dell'Italia post unitaria (1861-1920)*, in *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, 2015, 9, 79-123.

5 Si vedano, tra gli altri, i saggi contenuti in M. Addis Saba (a cura di), *La corporazione delle donne. Ricerche e studi sui modelli femminili nel ventennio fascista*, Firenze, Vallecchi, 1988; e i fondamentali lavori di V. De Grazia, *How Fascism Ruled Women. Italy, 1922-1945*, Berkeley, University of California Press, 1992; e H. Ditttrich-Johansen, *Le «militi dell'idea»*, *Storia delle organizzazioni femminili del Partito Nazionale Fascista*, Firenze, Olschki, 2002.

6 Il sostantivo si è posto qua tra virgolette proprio perché nel resoconto stenografico della discussione parlamentare il termine *ilarità* è (assieme all'espressione *si ride*) il più ricorrente tra gli incisi – in corsivo appunto – con cui il redattore dava conto della reazione dell'aula agli interventi dei parlamentari: nelle poche pagine dedicate alla discussione si sono contate, infatti, quindici ricorrenze della prima espressione (nelle 'varianti' *ilarità*, *viva ilarità*, e persino una *vivissima ilarità* scatenata dall'intervento conclusivo del capo del governo) e dieci ricorrenze della seconda (*si ride*, appunto). Questa piccola indagine quantitativa può apparire inutile o sicuramente non essenziale, certamente; ma nella convinzione che il linguaggio non sia mai di per sé neurale, segnalare queste ricorrenze può servire infine a evidenziare ulteriormente come l'atteggiamento tipico tenuto dai parlamentari, e anche da parte dei sostenitori della questione femminile, fosse il più delle volte quello di una paternalistica o irridente concessione e non, al contrario, una 'seria' questione di diritto e, men che meno, di ridefinizione di diritti (individuali e collettivi).

7 S. Salustri, «*Noi non vogliamo donne all'università ma le vogliamo nude distese sul sofà*». *La presenza femminile nei Gruppi fascisti universitari*, in *Annali di storia delle università italiane*, 1/2022, p. 46.

8 La legge 4 febbraio 1926, n. 237, *Istituzione del Podestà e della Consulta municipale nei Comuni con popolazione non eccedente i 5000 abitanti*, prevedeva infatti una figura, quella del Podestà, che ai sensi dell'art. 5 «esercita le funzioni che la legge comunale e provinciale conferisce al sindaco, alla Giunta ed al Consiglio comunale» mentre «la Consulta municipale ha attribuzioni meramente consultive», e la cui nomina e attività era legata a doppio filo alla volontà del PNF e del Prefetto (si veda, per esempio, l'art. 2 ai sensi del quale «il Prefetto può trasferire il Podestà da un Comune all'altro della Provincia e proporlo al Ministero dell'interno la revoca» o, ancora, l'art. 13 «tutte le altre deliberazioni del Podestà sono sottoposte all'approvazione del Prefetto»). La riforma verrà estesa nel giro di pochi mesi a tutti i comuni d'Italia, a prescindere dalla numerosità degli



questo diritto (*rectius*, accesso) al voto amministrativo, la discussione parlamentare che ne aveva accompagnato l'approvazione può offrire comunque un interessante spaccato dello stato dell'arte della riflessione giuspolitica sul tema, lasciando anche intravedere alcune tensioni ancora (e forse a lungo) irrisolte nella più generale riflessione giuridica fascista in materia di governo della società e, più in generale, di ripensamento della nuova cittadinanza fascista.

Un'occasione, dunque, per disvelare ancora una volta la vocazione del fascismo a interpretare il nuovo tempo e a costruire modalità di relazione con le masse coerenti con una concezione non democratica della partecipazione sociale e politica<sup>9</sup>.

## 2. In breve: come si è arrivati alla proposta di legge per la «Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo»?

Prima di ripercorrere la discussione parlamentare – vero fulcro di queste poche pagine – e, in particolare, quella avvenuta nelle due giornate del 14 e 15 maggio 1925, un'ulteriore, minima premessa è forse necessaria. Infatti, pur non essendo questo il luogo in cui dar conto della lunga e travagliata vicenda delle proposte di legge per l'allargamento del suffragio – peraltro, come già detto, ottimamente ripercorse altrove<sup>10</sup> – non è possibile ignorare due aspetti essenziali della questione. Si tratta di due aspetti diversi, eppure connessi tra loro: il problema della definizione della capacità giuridica della donna, da un lato, e la distinzione tra voto politico e voto amministrativo, dall'altro.

Il primo costituisce il nucleo giuridico-formale della *minorità* femminile durante tutta la stagione dello Stato liberale: come è stato osservato con riferimento alla partecipazione femminile, per esempio, al mondo del lavoro «per molto tempo non è stato quello dell'uguaglianza l'osservatorio adottato da legislatori e interpreti per affrontare la questione della cittadinanza [lavorativa] delle donne», bensì è stato «il riferimento alla diversa categoria della capacità giuridica che ha consentito agli ordinamenti di quadrare il cerchio»<sup>11</sup>. Ne conseguiva un'esclusione dell'universo femminile da un esteso novero di attività (e, dunque, di diritti) senza che venisse formalmente intaccato il principio di uguaglianza, elemento fondante della convivenza liberale ottocentesca<sup>12</sup>. E così, come ha ben riassunto Giuditta Brunelli, ancora a inizio Novecento anche «la sfera pubblica è *per tradizione* riservata agli uomini, pur in assenza di una esplicita previsione normativa in tale senso»<sup>13</sup>, perché, come dichiarava la Corte d'Appello di Firenze ancora nel 1906, per le donne «l'incapacità è la regola e la capacità è l'eccezione»<sup>14</sup>.

Con più preciso riferimento alla questione elettorale, l'esclusione dalla cittadinanza politica era pertanto un ulteriore riflesso di una «esclusione dalla individualità»<sup>15</sup>. Come detto, dunque, le donne non venivano considerate dall'ordinamento quali soggetti giuridici alla stregua degli uomini, poiché prive di quella capacità naturalmente riconosciuta ai cittadini di sesso maschile e che per loro continuava invece a dipendere da una serie di condizioni ulteriori, a partire da quelle familiari e personali.

Così, il discorso sull'elettorato femminile finiva per risentire molto spesso delle limitazioni imposte dal diritto civile come, per esempio, nel caso delle proposte di estensione del suffragio alle sole donne vedove o nubili e non invece per quelle «maritate» per le quali, di nuovo, l'incapacità rimaneva «la

---

abitanti, con il Regio decreto 3 settembre 1926, n. 191, ponendo fine dunque all'eleggibilità delle rappresentanze locali e amministrative su tutto il territorio nazionale per oltre un ventennio.

9 Si veda, da ultimo, il lavoro di G. Vacca, *La tragica modernità del fascismo*, nel quale si dà conto, attraverso le letture di Gramsci, Togliatti e Tasca, della capacità del regime di rispondere alle crisi del Novecento con una peculiare risposta di stampo antideocratico.

10 Si vedano i rimandi presenti in nota 4.

11 I. Stolzi, *La parità ineguale. Il lavoro delle donne in Italia fra storia e diritto*, in *Studi storici*, 2019, 2, p. 256.

12 In definitiva, il discorso sulla capacità finiva per riflettere comunque «una visione dei diritti e delle libertà nella quale risulta sempre prevalente la tutela dell'ordine e in funzione del quale l'emancipazione femminile non può che essere ragione perturbatrice», S. Malpassi, *Il coniuge (troppo) debole. Aporie e persistenze dell'ordinamento familiare ottocentesco*, in *La Nuova Giuridica – Florence Law Review*, 2022, 2, p. 123. Sul tema più generale della «capacità» si rinvia a quanto ripercorso in F. D'Alto, *La capacità negata. Forme giuridiche e complessità della persona nella giurisprudenza tra Otto e Novecento*, Torino, 2020.

13 G. Brunelli, «*Foemina ab omnibus ...*», cit., p. 37.

14 La citazione qui riportata si trova in *ivi*, p. 36.

15 A. Rossi Doria, *Diventare cittadine*, cit., p. 7.

regola»<sup>16</sup>. Insomma, pur quando incline alla ricerca di alcune soluzioni al problema del voto femminile, la riflessione liberale è sembrata a lungo incapace di farsi promotrice di un ripensamento dei diritti e della cittadinanza in senso ampio e, si potrebbe persino osar dire, genuinamente democratico.

Seppure la Prima guerra mondiale aveva segnato un punto di svolta nella partecipazione attiva delle donne alla vita della nazione – anche con ripercussioni giuridiche tutt'altro che irrilevanti quali, per esempio, l'abolizione dello stesso istituto dell'autorizzazione maritale<sup>17</sup> – tali trasformazioni sembravano comunque arrestarsi di fronte a situazioni in cui più evidenti erano i «risvolti pubblicistici»<sup>18</sup> e, di conseguenza, nella «sfera pubblica per eccellenza, quella della cittadinanza politica»<sup>19</sup>.

È proprio su questo aspetto che si innesta, dunque, il secondo e connesso tema ricorrente delle riflessioni sull'allargamento del suffragio dall'Unità d'Italia al Novecento inoltrato: la distinzione tra voto politico e voto amministrativo<sup>20</sup>. Mentre nel primo caso, come detto, l'apertura al sesso femminile rimaneva per lo più un'utopia o una battaglia 'd'avanguardia' combattuta da pochi (e poche), in campo amministrativo, al contrario, il novero dei sostenitori dell'allargamento del suffragio si ampliava proprio in ragione di una distinzione tra le due tipologie di partecipazione elettorale che spesso si fondava sugli stessi assunti teorici che portavano a sancire altrove l'incapacità femminile.

Come ha efficacemente riassunto Anna Rossi-Doria, infatti, «la distinzione tra i due tipi di suffragio era legata da un lato alla concezione europea di *ancien régime* in cui le donne erano presenti nelle forme di rappresentanza locale legate agli interessi patrimoniali, e, dall'altro lato, alla concezione liberale italiana per cui i poteri degli enti locali non dovevano rivestire alcun significato politico»<sup>21</sup>. Questa assenza di politicità dell'amministrazione locale permetteva anche di considerare meno inopportuna la possibilità di una rappresentanza femminile (e qui si instaurava il tema, pur complesso e lungamente dibattuto, dell'elettorato passivo), poiché il governo amministrativo era per lo più percepito come un'estensione del governo familiare verso il quale, dunque, poteva estendersi senza troppe criticità la 'naturale' capacità domestica della donna<sup>22</sup>. E sebbene già in occasione dell'introduzione del suffragio universale maschile nel 1912 queste ragioni, per così dire 'tradizionali', risultavano «aver perso credibilità e mordente»<sup>23</sup>, era anche a cause di esse che, persino nel primo Novecento, il favore per le proposte di legge per l'estensione del voto politico anche alle donne non pareggerà mai quello verso più modeste proposte di ammissione al solo voto amministrativo<sup>24</sup>.

- 
- 16 A incidere qui era, ovviamente, la presenza all'interno del Codice civile dell'istituto dell'autorizzazione maritale che, come ricorda ancora Anna Rossi Doria, aveva contribuito ad «accentuare la separazione tra sfera domestica e sfera pubblica, estranea alla donna», *ivi*, cit. p. 15.
- 17 Il riferimento è ovviamente alla Legge 17 luglio 1919, n. 1176, «Disposizioni sulla capacità giuridica della donna», la quale tuttavia non realizzava una definitiva equiparazione giuridica dei sessi, pur rappresentando un traguardo considerevole soprattutto perché, come ricordato da Giovanni Cazzetta, «conteneva nell'art. 7 un'innovazione per molti aspetti più rilevante della stessa abrogazione dell'autorizzazione maritale: ammetteva le donne, "a pari titolo degli uomini", all'esercizio di "tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici". Non lasciamoci ingannare però da quel riferimento a "tutte le professioni", non mancavano, infatti, le eccezioni», G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 60. Peraltro, anche nel discorso giuridico la legge non sembrava il risultato di una 'maturità' culturale in quanto evidente risultava «l'intenzione 'retributiva' del disegno di legge, volto a ricompensare l'impegno delle donne negli anni della guerra», G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale ...*, cit., p. 97. Sulla la legge «Sacchi» e, più in generale, sulla questione femminile alla luce della disciplina prevista dal codice civile unitario si vedano i contributi raccolti in S Bartoloni, *Cittadinanze incomplete. La parabola dell'autorizzazione maritale*, Roma, Viella, 2021.
- 18 G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 77.
- 19 A. Rossi-Doria, *Diventare cittadine*, cit., p. 77.
- 20 La distinta vicenda delle proposte di estensione del suffragio politico e amministrativo è ben riassunta in G. Galeotti, *Storia del voto alle donne in Italia*, p. 20 s., cui opportunamente si rinvia.
- 21 A. Rossi-Doria, *Diventare cittadine*, cit., p. 76.
- 22 Il punto è ben riassunto anche all'interno del primo intervento pronunciato nella discussione parlamentare che più avanti si ripercorrerà: il deputato liberale Amedeo Sandrini infatti si domandava «che cosa è poi la vita amministrativa, onorevoli colleghi? La vita amministrativa è igiene, e per l'igiene la prima interessata è la donna che può e deve essere sentita, con sicuro vantaggio, nei problemi relativi. La vita amministrativa locale è beneficenza, e nella beneficenza già la donna italiana esercita direttamente la sua azione intervenendo nell'amministrazione delle Opere pie. La vita amministrativa è educazione dell'infanzia, e non potete negare alla donna il diritto di intervenire nelle vicende della scuola dove i suoi figliuoli sono maturati a diventare cittadini», A.P. Legislatura XVII, 1° Sessione, Discussioni, Tornata del 14 maggio 1925, p. 3568.
- 23 M. Bigaran, *Il voto alle donne in Italia dal 1912 al fascismo*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1987, 16, 2, p. 240.
- 24 Per una ricognizione dei molti progetti di estensione del suffragio tra Otto e Novecento, si veda il già citato, L. Garlati, *Uomini che decidono per le donne*, cit., p. 93 ss.

In conclusione, prendendo ancora a prestito le parole di Anna Rossi-Doria, «il voto politico, malgrado alcuni progetti [...], non fece mai realmente parte dell'orizzonte delle possibilità; il voto amministrativo ne ebbe invece molte»<sup>25</sup>; e uno in particolare, costituirà la premessa della futura legge n. 2125 del 1925, la cui discussione ci si appresta ora a ripercorrere. Il riferimento è, ovviamente, al disegno di legge presentato nel giugno 1923 a firma proprio del capo del fascismo, e già allora primo ministro, Benito Mussolini.

La battaglia per il voto, del resto, costituiva uno di quei temi tipici della retorica 'rivoluzionaria' del fascismo che, una volta salito al potere, era stato chiamato a fare i conti con l'irrisolta «questione femminile». La proposta Mussolini, tuttavia, non trovò definitiva approvazione prima della scadenza della XXVI legislatura, e l'ipotizzata estensione del suffragio si risolse in un nulla di fatto, proprio come era avvenuto per le numerose (e talvolta persino ben più ambiziose) proposte che l'avevano preceduta. Tuttavia, i suoi contenuti principali, che riflettevano «una concezione di suffragio non universale»<sup>26</sup>, verranno sostanzialmente ricalcati nel disegno di legge intitolato «Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo» e presentato nuovamente dalle fila del governo nella successiva legislatura, la XXVII<sup>27</sup>.

La 'nuova' proposta apparve dunque in Parlamento, questa volta su iniziativa del Ministro dell'interno Federzoni, precisamente il 18 novembre 1924<sup>28</sup>, dando via a un *iter* parlamentare che porterà a una piuttosto rapida approvazione di un testo, a dire il vero, sostanzialmente inalterato. Ma il dibattito che precedette il voto alla Camera sul testo si dimostrò ben più acceso di quanto il risultato conclusivo possa far immaginare.

### 3. La discussione parlamentare del 14 e 15 maggio 1925

Una delle principali ragioni d'interesse per la 'riscoperta' della discussione avvenuta alla Camera dei deputati nelle due giornate di giovedì 14 e venerdì 15 marzo 1925 sulla proposta di legge Federzoni risiede nella stessa composizione di quell'aula parlamentare. Pur essendo, infatti, la XVII Legislatura il risultato di quelle elezioni falsate non solo dalle violenze e dai brogli, ma anche *ab origine* da una legge elettorale – la celeberrima legge che prende il nome di Giacomo Acerbo che, lo si vedrà, sarà protagonista anche di questa vicenda – ideata per allontanare il rischio di resistenze parlamentari all'attività di governo, vide comunque la presenza di esponenti appartenenti ad altri partiti politici rispetto al, di lì a poco, partito unico. Ciò che però risulta ancora più interessante è il fatto che la divisione che sembrava sorgere intorno a questa proposta di legge governativa provenne, soprattutto e in primo luogo, dagli stessi esponenti del PNF e non tanto dalle fila delle opposizioni.

Nelle pagine che seguono, allora, si ripercorreranno, per primo e brevemente, i contenuti del disegno di legge che riflettevano la posizione rivoluzionar-conservatrice portata avanti dal regime sul ruolo della donna che si tradurrà in due relazioni alla proposta di legge – una di maggioranza, l'altra di minoranza – entrambe a firma fascista che, sebbene sembravano far emergere «la contrapposizione retorica tra fascismo-rivoluzione e fascismo-continuità», manifestavano infine la capacità di «risolve[re] le differenze e i contrasti in momenti di unitario processo ascendente», come già ottimamente evidenziato da Pietro Costa<sup>29</sup>. In seguito si darà risalto, invece, agli interventi in aula, che solo in parte vennero

25 A. Rossi-Doria, *Diventare cittadine*, cit., p. 76.

26 G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale ...*, cit., p. 100.

27 Come già accennato *supra* in nota 3, non si tratta di una legislatura qualunque: è la «costituente» del fascismo (si vedano i contributi di L. Lacchè, *Un groviglio costituzionale. Fasi e problemi della costituzione "fascista" nelle trasformazioni del regime*, 17-38, e di M. Gregorio, *La costituzione fascista*, 39-54, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 43 / I semestre 2022), è la legislatura che produce le «leggi fascistissime» e la trasformazione costituzionale dello stato. Inoltre, la XXVII sarà anche l'ultima legislatura del regno d'Italia a vedere una rappresentanza delle opposizioni all'interno dell'aula parlamentare, prima che la riforma elettorale c.d. «del listone», introdotta nel 1928 ponga interamente nelle mani del GCF il compito di selezionare i futuri membri – ovviamente tutti fascisti – della Camera. Anche per tale ragione, dunque, la discussione parlamentare appare una fonte di maggiore interesse perché consente, ancora, di vedere le diverse prospettive giuspolitiche del discorso politico negli ultimi mesi che precedono la fine del pluralismo parlamentare.

28 A.P., XVII, Tornata di martedì 18 novembre 1924, ddl n. 146.

29 P. Costa, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, 28, I, p. 87. In linea con quanto espresso eccellentemente da Pietro Costa con riferimento alla statualità fascista – in riferimento alla quale anche altrove aveva già affermato la lucida «appropriazione selettiva dei materiali della tradizione» utile a realizzare, invece, una visione tutt'altro che tradizionale della stessa statualità (Id., *Lo Stato immaginario*.

dai banchi del fascismo: qui emergeranno alcuni elementi già noti del dibattito sul voto alle donne e, in parte, anche i contorni della novità fascista sul punto; infine, un breve cenno sarà fatto all'apparente disinteresse della giuspubblicistica italiana nei confronti dell'approvazione di una legge la cui rilevanza sembrava essere mortificata dalla stessa dottrina prim'ancora che dall'inattuazione figlia della riforma podestarile dell'anno seguente.

### 3.1. Di voto alle donne e di fascisti (I): le relazioni Lupi e Acerbo

Il disegno di legge «Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo» venne presentato in aula il 18 novembre del 1924 su iniziativa governativa e ricalcava, come detto, la proposta già avanzata da Mussolini, e mai approvata, nel corso della precedente legislatura. A ricordarlo era lo stesso proponente, l'allora ministro dell'interno Federzoni, che non mancava anche di sottolineare come «con esso il Governo non si era proposto di risolvere in modo esauriente e definitivo il grave e delicato problema del suffragio femminile; ma di compiere un primo esperimento che potesse indicare gli ulteriori sviluppi della materia per l'avvenire»<sup>30</sup>. Nei primi anni di governo, infatti, lo stesso Mussolini più volte aveva fatto riferimento al voto alle donne quale punto fermo del programma rivoluzionario fascista: come ricorda, tra gli altri, Mariapia Bigaran, fu «Mussolini, come primo ministro, ad accettare la presidenza onoraria del congresso dell'Alleanza femminile tenutosi a Roma nel 1923 e a promettere “solennemente” il voto»<sup>31</sup>.

Un'apertura nei confronti del nuovo ruolo assunto dalle donne nella vita sociale ed economica del Paese appariva del resto improcrastinabile alla luce di «quella magnifica manifestazione di capacità data durante gli anni della guerra dalle donne»<sup>32</sup>, come ancora richiamava Federzoni nella sua presentazione in aula. Eppure, già quest'affermazione palesava nuovamente una concezione «retributiva» dell'ammissione delle donne al voto, che dunque si legava soltanto ad alcune contingenze particolari e non poteva, per definizione, riferirsi a tutte le donne.

La proposta di legge era, infatti, ben lontana dal promuovere un suffragio universale femminile. Per primo, l'ammissione delle donne al voto politico, in passato già discussa anche in Parlamento, non veniva qua neppure menzionata. Ciò che la legge si proponeva era, invece, di intervenire sul testo unico della legge comunale e provinciale, ammettendo dunque le donne al solo voto amministrativo<sup>33</sup>. Qui s'innestava poi un'ulteriore discriminazione rispetto all'altro sesso: laddove già dal 1918 nessuna limitazione di sorta era imposta per il voto maschile, tanto amministrativo quanto politico, per le donne, invece, l'iscrizione alle liste elettorali era ora possibile ma soltanto se si dimostrava il possesso di precise «qualità di ordine morale»<sup>34</sup>. Queste «qualità» dipendevano da alcuni requisiti di istruzione e di censo ma, anche e soprattutto, dall'aver avuto un coinvolgimento, più o meno diretto, nel precedente conflitto mondiale e certificato da onorificenze, o da rapporti di parentela (madri o vedove) con i caduti al fronte<sup>35</sup>. Per di più, un'ulteriore discriminazione permaneva con riferimento all'elettorato passivo: l'eleggi-

---

*Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 100) – si sono qui usati gli aggettivi *rivoluzionaria* e *conservatrice* per indicare la peculiare visione della donna per come sembrava infine emergere dalla riflessione fascista sul tema. I due termini, infatti, per quanto possano sembrare incompatibili, stanno a indicare la capacità del regime di far leva sia su elementi di conservazione (il mantenimento dell'ordine familiare, la donna come 'angelo del focolare'), sia su elementi di forte innovazione (per esempio, la mobilitazione delle donne nelle organizzazioni del regime) e che non necessariamente fanno capo a una tensione irrisolta ma che possono, invece, efficacemente risolversi nella costruzione della nuova cittadinanza, anche femminile, fascista.

30 L. Federzoni, *Presentazione del disegno di legge «Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo»*, AP 146/A, ora in *Donne e diritto: due secoli di legislazione*, Roma, Presidenza del consiglio dei ministri, 1988, p. 468.

31 M. Bigaran, *Il voto alle donne in Italia dal 1912 al fascismo*, cit., p. 260.

32 L. Federzoni, *Presentazione del disegno di legge*, cit., p. 469.

33 La legge di riferimento era dunque il R.D. 4 febbraio 1915, n. 148.

34 Sono le parole pronunciate in aula da Mussolini, come anche riportate in M. Bigaran, *Il voto alle donne in Italia dal 1912 al fascismo*, cit., p. 260.

35 Il testo definitivo del nuovo art. 24 del T.U. prevederà la revisione delle liste elettorali ammettendo l'iscrizione delle donne «che si trovino in una delle seguenti condizioni: 1° che siano decorate di medaglie al valore militare o della croce al merito di guerra; 2° che siano decorate di medaglie al valore civile, o della medaglia dei benemeriti della Sanità pubblica o di quella dell'istruzione elementare o di quella per servizio prestato in occasione di calamità pubbliche, conferita con disposizione governativa; 3° che siano madri di caduti in guerra; 4° che siano vedove di caduti purché non siano state private del diritto alla pensione a termini e per effetto dell'art. 23 del R. decreto 12 luglio 1923, n. 1491; 5° che abbiano l'effettivo esercizio della patria potestà o della tutela e sappiano leggere e scrivere; 6° che abbiano, se nate antecedentemente al 1894, superato l'esame di promozione della 3a elementare; se nate posteriormente, che producano un certificato di promozione dell'ultima classe



bilità delle donne era sì riconosciuta, ma restava comunque loro precluso l'accesso ad alcune cariche, «compresi i ruoli apicali ed esecutivi dell'amministrazione comunale»<sup>36</sup>.

Ciò che emergeva con chiarezza era, allora, il «gradualismo»<sup>37</sup> della proposta che mal si conciliava con le velleità rivoluzionarie del movimento fascista che, invece, anche sulla questione femminile aveva invocato una rottura radicale con il passato: occorreva superare le incertezze liberali e accogliere la donna quale elemento costruttivo dell'ordine nuovo. Nonostante la proclamata discontinuità, la proposta fascista appariva però in realtà riposare sulle stesse premesse teoriche tipiche della condizione giuridica femminile già proprie del liberalismo ottocentesco. L'ammissione al voto amministrativo non costituiva il risultato di una rinnovata visione della donna né rappresentava l'occasione per ripensare il principio di uguaglianza che, al contrario, si sosteneva non fosse neppure messo in discussione con il permanere dell'esclusione di alcune cittadine dal voto.

Prendendo a prestito le parole di Victoria de Grazia, insomma, la questione femminile sembrava rivelare, una volta di più, il perenne «conflitto tra ansia di modernità e desiderio di restaurazione tradizionale che attraversa l'intera storia del regime»<sup>38</sup>. E così Mussolini mentre, da un lato, «celebrava la "Nuova italiana"» che non poteva essere esclusa dalla vita pubblica, dall'altro confermava una visione profondamente patriarcale tesa a «riportare le donne al focolare domestico, confinarle al loro destino di madri»<sup>39</sup>; un binomio che troverà ulteriore sviluppo nelle successive politiche femminili varate dal regime e tese a esaltare l'apporto che le donne potevano offrire alla «potenza nazionale» proprio in quanto madri<sup>40</sup>.

Era questa apparente contraddizione che si rifletteva allora nelle stesse relazioni al disegno di legge redatte in sede di commissione parlamentare e presentate in aula il 10 marzo 1925. In quell'occasione il relatore per la maggioranza, l'onorevole Dario Lupi<sup>41</sup>, segnalava un «impressionante pronunciamento contrario» alla proposta di legge che pur essendo «di iniziativa di quel Governo che tutta gode la fedeltà granitica e la devozione senza limite della maggioranza parlamentare»<sup>42</sup>.

L'opposizione alla legge, del resto, non sorgeva da questioni di natura politica o, ancora, di teorizzazione giuridica: stando alle parole di Lupi il diniego dell'accesso al voto non costituiva una «questione di capacità» né «questione di libertà», in quanto «la tutela dei diritti di naturali civili e sociali della donna, trova già nell'elaborato sistema nostro legislativo le più ampie garanzie»<sup>43</sup>. La contrarietà, insisteva il deputato fascista, era dunque dovuta a una condivisa riluttanza culturale e sociale per la

---

elementare esistente, al momento dell'esame, nel Comune o frazione di loro residenza. [...] 7° che paghino annualmente nel Comune nel quale vogliono essere iscritte, per contribuzioni dirette erariali di qualsiasi natura ovvero per tasse comunali esigibili per ruoli nominativi, una somma non inferiore complessivamente a 100 lire e sappiano leggere e scrivere. Alla madre si tien conto delle contribuzioni pagate pei beni dei figli di cui abbiano l'amministrazione per disposizione di legge. Alla moglie si tien conto delle contribuzioni pagate pei beni del marito di cui abbia l'amministrazione per disposizione di legge.»

36 G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale...*, cit., p. 102. Come reciterà il definitivo art. 24-ter, infatti, «Le donne iscritte nelle liste elettorali, che non siano colpite dalle ineleggibilità previste dagli articoli 26 e 28 della legge comunale e provinciale, sono eleggibili agli uffici designati dalla legge stessa ad eccezione dei seguenti: 1° sindaco, assessore; 2° presidente dell'Amministrazione provinciale e deputato provinciale; 3° componente della Giunta provinciale amministrativa; 4° componente del Consiglio di leva; della Commissione per la requisizione dei quadrupedi, per la revisione delle liste dei giurati, componente della Direzione provinciale del tiro a segno nazionale, e del Comitato forestale».

37 L. Federzoni, *Presentazione del disegno di legge*, cit., p. 470. Ivi si replicava a «l'appunto di gradualismo» fatto dalla minoranza nei confronti della precedente proposta Mussolini, sottolineandone invece l'opportunità. Anche in seguito si vedrà come quella della «moderazione» sarà una cifra recuperata in senso positivo nella successiva discussione parlamentare da parte di molti intervenienti favorevoli all'estensione del suffragio.

38 V. de Grazia, *Le donne nel regime fascista*, Venezia, Marsilio, 1993, p. 18.

39 *Ibidem*.

40 Non a caso, come sottolineato dalla stessa de Grazia, il primo vero intervento in materia di donne operato dal regime sarà l'istituzione dell'Opera Nazionale Maternità ed Infanzia (ONMI), che comunque rientrava nelle più ampie politiche sociali finalizzate a rafforzare lo Stato, anche in funzione delle politiche imperialiste, «obbedendo allo slogan fascista di 'Molti, sani e forti'», come ricordato, tra gli altri, da C. Giorgi, *Le politiche sociali del fascismo*, in «Studi Storici», Anno 55, n. 1 (gennaio-marzo 2014), *Fascismo: itinerari storiografici da un secolo all'altro*, p. 98.

41 Aderente ai primi fasci di combattimento, dopo la marcia su Roma fu sottosegretario all'istruzione e parlamentare per tre legislature. Per una nota biografica si rinvia al profilo del portale storico della Camera dei deputati e alla scheda presente all'indirizzo web <https://www.societastoricaretina.org/biografie/GGLupiDario160508.pdf>.

42 D. Lupi, *Presentazione del disegno di legge «Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo»*, AP 146/A – Relazione di maggioranza, ora in *Donne e diritto*, cit., p. 476.

43 *Ivi*, p. 477.

partecipazione femminile alla vita pubblica: l'accesso delle donne al voto, e per di più solo di alcune, avrebbe semplicemente aumentato quella conflittualità alla quale solo grazie al governo fascista si sembrava aver finalmente trovato risposta. In conclusione,

andare incontro ad un suffragio universale femminile, è cosa che deve semplicemente spaventare quanti non sanno dissimularsi il grave pregiudizio arrecato alla serenità e serietà della vita politica della nostra Nazione dal non richiesto, e pur concesso, ma mai di fatto esercitato, suffragio universale maschile<sup>44</sup>.

È quantomeno degno di nota il fatto che la questione dei diritti venga qui sollevata per affermare la totale assenza di connessione tra il loro godimento da parte delle donne italiane e l'esercizio di un diverso e, appunto, non correlato diritto di voto. Nonostante questo, però, l'ipotesi di un'apertura al genere femminile della partecipazione politica pareva spaventare anche gli esponenti più 'fedeli' del regime: l'ordine, anche se «nuovo», si poteva tutelare soltanto mantenendo viva la tradizionale sottomissione delle donne, il loro confinamento all'interno della dimensione familiare. Ogni tentativo di superare il passato in tal senso veniva invece vista come una forzatura, lontana dalle stesse esigenze realistiche della società contemporanea, di cui il fascismo invece si vantava di essere principale interprete.

Non a caso la relazione di minoranza, presentata, invece, da Giacomo Acerbo<sup>45</sup>, nel sostenere il progetto di legge, muoveva proprio dalla notazione dello «spirito di prudente gradualismo che lo ispira» confermando, ancora, che trattavasi di «un primo prudenziale esperimento»<sup>46</sup>. Le ragioni addotte a giustificazione del diniego della maggioranza, relazionava Acerbo, erano dunque tutte da respingersi: a partire dall'asserzione dell'inesistenza in Italia di un movimento nazionale per il suffragio che, al contrario, si poteva persino far risalire ai primi anni del Regno quando «vi fu un cospicuo risveglio negli studi della questione femminile»<sup>47</sup>. Ma ciò che appare più interessante era l'aspetto giuridico della questione, allorché si affermava che «nessuna valida ragione di ordine morale e giuridico può essere ulteriormente oppugnata in Italia al riconoscimento del diritto della donna alla diretta partecipazione, sia pur graduale, alla vita pubblica, specie oggi che, con provvide leggi, lo Stato ha eliminato la disparità di trattamento di essa di fronte al diritto civile, e di fronte alle leggi disciplinari delle carriere amministrative e professionali», arrivando persino ad affermare «che in nessun paese del mondo la uguaglianza culturale dei due sessi è così completa come in Italia»<sup>48</sup>.

Agli occhi dell'interprete contemporaneo, la posizione difesa da Acerbo appare quantomeno incoerente: sebbene il riconoscimento del diritto di voto apparisse la logica conseguenza dell'equiparazione giuridica dei sessi in ambito civilistico, la soluzione proposta non sembrava comunque tendere a una piena equiparazione in ambito pubblicistico e, dunque anche a un ripensamento dello stesso principio d'uguaglianza. Al contrario, la disuguaglianza sostanziale che, comunque e fino ad allora, aveva continuato a intercorrere tra i sessi in moltissimi settori dell'ordinamento avrebbe trovato semmai ulteriore conferma con l'Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo, dimostrando nuovamente come il discorso sull'uguaglianza rimanesse ai margini del dibattito sulla partecipazione femminile, persino di quello giuspolitico fascista intorno alla nuova cittadinanza femminile.

Del resto, la 'rivoluzione' della donna fascista appariva connessa – stando alle parole di Acerbo – piuttosto a una serie di ragioni di ordine sociale ed economico che la avevano condotta a esser sempre più protagonista della vita, in senso lato, pubblica tanto da «indurre il Parlamento italiano a non indugiare più oltre ad operare la consacrazione legislativa di tale diritto inoppugnabile»<sup>49</sup>.

In questa intensa nuova vita sociale e politica italiana anche per la donna si sono creati nuovi numerosi interessi particolari da tutelare, e nuovi problemi da discutere, e risolvere, i quali hanno bisogno di trovare un mezzo che li ponga in luce: e questo non può essere che la concessione del voto. Con questa concessione essa potrà sentirsi veramente cittadina del suo paese per assolvere sempre meglio i suoi doveri<sup>50</sup>.

44 *Ivi*, p. 478.

45 La biografia politica di Giacomo Acerbo è assai più nota, anche se per lo più legata alla legge elettorale del 1923 che porta, appunto, il suo nome. Per un profilo biografico riassuntivo si veda la voce a cura di A. Parisella in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 1988, Vol. 34, ora online ([https://www.treccani.it/enciclopedia/giacomo-acerbo\\_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/giacomo-acerbo_(Dizionario-Biografico)/)).

46 G. Acerbo, *Presentazione del disegno di legge «Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo»*, AP 146/A – Relazione di minoranza, ora in *Donne e diritto*, cit., p. 478.

47 *Ivi*, p. 484.

48 *Ivi*, p. 485.

49 *Ivi*, p. 486.

50 *Ivi*, pp. 486-87.

Le parole di Acerbo ora richiamate non sembrano prive di significato. Se neppure per i fascisti favorevoli alla legge quella del voto era una questione d'uguaglianza – perché, di nuovo, formalmente mai intaccata né dalle limitazioni alla capacità, né da quelle alla diversa e ancora negata partecipazione politica – a emergere qui era una diversa interpretazione della cittadinanza, che sarà centrale nel disegno a vocazione totalitaria del regime. Quello che la legge realizzava non era il riconoscimento di un diritto (anche se il termine veniva utilizzato dallo stesso relatore), quanto la «concessione» di un preciso *status* – quello di potenziale partecipante alla vita amministrativa – che permetteva di dare rilevanza pubblicistica alle esigenze, queste sì, nuove delle donne nella vita, soprattutto economica, del Paese.

Infine, la concessione del voto era lo strumento migliore a garantire, anche da parte delle donne, l'adempimento di doveri nei confronti dello Stato. Questo era dunque il cuore del ripensamento fascista della cittadinanza, e persino di quella femminile: è ancora una volta la chiusura statualistica a ribadire che nella riflessione giuridica fascista non era tanto la categoria dei diritti a mutare rispetto alla passata stagione liberale, bensì il rapporto tra Stato e cittadini. Si trattava, in fondo, di quella «nazionalizzazione» delle donne descritta poi efficacemente da Victoria de Grazia<sup>51</sup>.

Non a caso, Acerbo citava qui proprio Mussolini che già in passato aveva affermato come «lo Stato non [abbia] interesse di escludere gli individui dalla sua vita [...] ma all'opposto [abbia] interesse di legarli tutti alla sua sorte»<sup>52</sup>. Anche con riferimento alla «questione femminile», dunque, ciò che si intendeva perseguire era un disegno di governo della società lucidissimo e che forse permette anche di ridimensionare la stessa portata contraddittoria delle due relazioni ora ripercorse poiché, in definitiva e a prescindere dal favore o meno verso l'allargamento del suffragio, entrambe risultavano infine ispirate da una visione non democratica della partecipazione elettorale.

### 3.2. Un dibattito a più voci. Gli interventi in aula

Come già accennato, l'interesse per questa legge risiede anche nel vivace scambio parlamentare che ne accompagnò la genesi. Nelle due giornate di giovedì 14 e venerdì 15 maggio, un nutrito gruppo di deputati appartenenti a diversi schieramenti parlamentari, e per lo più sostenitori dell'allargamento del suffragio, presero la parola in aula<sup>53</sup>.

Oltre a ripercorrere le tappe fondamentali della questione del voto femminile in Italia, gli interventi sembravano soprattutto andare a insistere sulla spaccatura, tutta interna al fascismo, tra il riconoscimento di una nuova dimensione – in verità, sociale prim'ancora che giuridica – della donna nella vita della nazione e, di contro, la conservazione di un ordine familiare e, dunque, anche politico massimamente patriarcale e tradizionale che, dunque, si scontrava anche con la concezione 'nuova' della cittadinanza femminile a cui la proposta di legge sembrava potenzialmente spalancare le porte.

Fu questo – si vedrà – il *leitmotiv* della due giorni di discussioni, con affermazioni che provocheranno più volte le reazioni anche dello stesso Mussolini che con i suoi interventi finirà per palesare una visione in verità tradizionalissima, spesso macchiettistica (e certamente patriarcale) del ruolo della donna; insomma, una visione tutt'altro che 'rivoluzionaria' e che, di nuovo, non portava comunque a rinunciare a un diverso e ulteriore coinvolgimento della figura femminile nella vita della nazione pur mantenendo una rigida (e inalterata) gerarchia familiare.

A puntare per primi il dito verso il conservatorismo della maggioranza fascista furono Amedeo Sandrini e Luigi Gasparotto, entrambi «veteran[i] [...] di questa battaglia»<sup>54</sup>. Pur dichiarandosi favore-

51 La quale notava come «il regime di Mussolini abbia perseguito l'obiettivo della nazionalizzazione delle donne con la stessa tenacia con la quale nel secolo precedente, in Italia e altrove i governi borghesi avevano perseguito la nazionalizzazione degli uomini», V. de Grazia, *Le donne nel regime fascista*, cit., p. 23.

52 Sono parole di Mussolini pronunciate in occasione della proposta di legge a suo nome nella precedente legislatura e riprese opportunamente da Acerbo nella sua relazione di minoranza, G. Acerbo, *Relazione di minoranza*, cit. p. 487.

53 Gli interventi di seguito ripercorsi si trovano tutti in A.P. Legislatura XVII, 1° Sessione, Discussioni, Tornata del 14 maggio 1925, 3555-3586 (di seguito A.P. 14 maggio 1925), e A.P. Legislatura XVII, 1° Sessione, Discussioni, Tornata del 15 maggio 1925, 3603-3637 (di seguito A.P. 15 maggio 1925).

54 Così Luigi Gasparotto (A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3568) definisce il collega Amedeo Sandrini che era intervenuto prima di lui, e che è infatti noto soprattutto per la sua proposta di legge del 1916 «Per l'abolizione dell'autorizzazione maritale». Più rilevante è invece la vicenda biografica e politica dello stesso Gasparotto: già ministro e vicepresidente della Camera, di estrazione democratica e radicale, si avvicinerà dopo la guerra agli ambienti fascisti venendo eletto nelle Liste nazionali; dal fascismo prenderà progressivamente le distanze dopo il delitto Matteotti e sarà, infine, membro dell'Assemblea costituente e ministro dei primi governi repubblicani, si veda L. D'Angelo, *Luigi Gasparotto*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 52 (1999). La 'militanza' di Gasparotto per l'estensione del suffragio lo vide, inoltre, quale proponente della proposta di legge del 1920 «Per l'estensione dell'elettorato politico ed amministrativo alle donne».

voli al disegno in discussione entrambi non mancavano però di sottolinearne la «timidezza», in quanto esso prevedeva «molte limitazioni; limitazioni per l'elettorato, limitazioni per l'eleggibilità», al punto che lo stesso Sandrini non temeva di affermare come «di fronte a queste limitazioni, un po' di ripugnanza, l'antico presentatore delle proposte di legge sulla estensione del voto amministrativo e politico alla donna la sente»<sup>55</sup>.

Per quanto egli stesso si fosse in apertura affrettato a notare, pragmaticamente, come «sia stato molto opportuno e saggio informare il disegno di legge a questo principio [della gradualità]»<sup>56</sup>, egli stesso non mancava in seguito di evidenziare la necessità che ciò costituisse soltanto un passaggio preliminare, nella speranza, in conclusione, «che, dopo questo primo esperimento, si possa pensare al più grande, cioè al riconoscimento di tutti i diritti»<sup>57</sup>. Tale affermazione, per quanto provocatoria, finiva comunque per evidenziare come, specialmente in buona parte della riflessione liberale, il discorso sull'elettorato si legava anche a quello più ampio sui diritti e le libertà, una dimensione in verità in passato ignorata da molti e adesso rinnegata persino dagli stessi fascisti.

Così, anche Gasparotto si dichiarava favorevole a questo «primo e parziale riconoscimento dei diritti fondamentali a quella parte del genere umano che lavora con l'uomo, e spesso più dell'uomo, nei campi, nella scuola, nella casa e, in questi ultimi tempi, anche nelle officine e negli uffici»<sup>58</sup>, aprendo dunque un tema fondamentale della discussione parlamentare: il ruolo nuovo giocato dalla donna nella società italiana. A bene vedere ciò sembrava persino porre in secondo piano «lo sterile dibattito sulla uguaglianza ed equivalenza dei due sessi» in favore di «un'impostazione nuova del problema [...] che si fonda su ragioni realistiche»<sup>59</sup>. Una prospettiva condivisa da molti e che per di più portava a tenere in conto, di nuovo, la «limitatezza» del disegno in discussione: «vogliamo ancora discutere del diritto della donna ad esercitare questo *minimum* di partecipazione alla vita pubblica, rispetto cioè a quella amministrativa locale?», domandava un risoluto Sandrini.

Dopo che abbiamo ammesso l'eguaglianza della donna nel diritto civile, dopo che abbiamo ammesso l'eguaglianza della donna nelle professioni, dopo che abbiamo affidato alla donna la scuola, la educazione dei nostri figli, dopo che abbiamo dato alla donna la più ampia partecipazione a tutto quello che è scienza, arte, coltura; dopo che la donna può entrare nelle pubbliche amministrazioni limitatamente alle istituzioni pubbliche di beneficenza, alla donna – che crea i figli, continuatori della razza, dell'umanità, (*Commenti – Interruzioni*) e imprime a essi l'impronta del proprio carattere, vogliamo ancora porre l'obiezione della inconvenienza per negarle la partecipazione alla vita amministrativa locale?<sup>60</sup>

Infine, quasi provocatoriamente, egli concludeva rassicurando gli oppositori: un'eventuale estensione del suffragio non avrebbe causato «guai», anzi «la donna italiana resterà la donna riservata, prudente, devota alla famiglia come è sempre stata». Con queste parole Sandrini poneva così l'accento su una delle più evidenti contraddizioni del fascismo e della sua dimensione conservatrice.

Considerate, o amici della maggioranza, che quando voi avete percorso le vie e le piazze d'Italia per portare il verbo della nuova era e per propagandare le idee della nuova vita italiana, una grande quantità di consensi, e di plausi vi sono venuti dalle donne italiane, che furono capaci, in certi momenti, di influire sulle correnti dell'opinione pubblica, indirizzandola in un senso piuttosto che nell'altro<sup>61</sup>.

Chiamati in causa, allora, alcuni parlamentari fascisti non potevano che replicare e rivelare, da parte loro, l'assenso alla legge in discussione. Umberto Gabbi<sup>62</sup> per primo tentava di rivendicare una visione tutt'altro che conservatrice della questione femminile affermando come «noi vediamo fascisticamente la donna in una maniera un po' diversa dal passato; voi la considerate con tutta la tradizione della storia: nei rispetti della quale la moglie un tempo era schiava, mentre oggi è compagna. Questa è la differenza fondamentale»; e insisteva nel ricordare come «il nostro [sia] un Governo non soltanto di rinnovamento della vita e della coscienza nazionale, ma anche di valorizzazione. Il Governo su questo

55 A.P. 14 maggio 1925, *cit.*, p. 3567.

56 A.P. 14 maggio 1925, *cit.*, p. 3566.

57 A.P. 14 maggio 1925, *cit.*, p. 3568. È a questa affermazione che l'Aula, stando al resoconto stenografico, reagì con un corale: «Oh! oh! Ecco il guaio!», esclamazione che, per la sua efficacia, si è scelto di utilizzare anche quale titolo di questo contributo.

58 A.P. 14 maggio 1925, *cit.*, p. 3569.

59 *Ibidem*.

60 A.P. 14 maggio 1925, *cit.*, p. 3567.

61 A.P. 14 maggio 1925, *cit.*, p. 3568.

62 Medico, nazionalista, interventista, Umberto Gabbi confluì ben presto nel PNF venendo eletto deputato e poi nominato senatore. Per un profilo biografico si veda M. Crespi, *Umberto Gabbi*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 50 (1990), ora online ([https://www.treccani.it/enciclopedia/umberto-gabbi\\_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/umberto-gabbi_(Dizionario-Biografico)/)).



punto ha tenuto fede a un programma suo, la valorizzazione non solo nell'elemento maschile ma anche nell'elemento femminile»<sup>63</sup>.

Pur plaudendo all'operato del Governo che, a suo avviso, «è stato un ardito nella moderazione. Non ha chiesto il tutto. Ha detto: procediamo lentamente e giustamente», Gabbi non temeva di scagliarsi con feroce ironia contro il conservatorismo dei colleghi di partito e, in particolare, nei confronti del relatore Lupi la cui «molle relazione, mi ha ricordato una forma morbosa: l'edema bleu del sentimento esclusivamente conservatore, eccessivamente conservatore»<sup>64</sup>.

Allo stesso modo, anche Marco Arturo Vicini<sup>65</sup>, poco dopo, accusava i membri della maggioranza della commissione di aver sostenuto un'«opposizione [...] aprioristica, direi quasi sentimentale»<sup>66</sup>. Pur comprendendo «la minaccia di perturbamento dell'ordine delle famiglie» che la legge potenzialmente poteva realizzare, un timore che – ammetteva Vicini – «ho condiviso anch'io per lungo tempo», non si poteva fare a meno di rilevare che «due fatti di eccezionale importanza, [...] hanno modificato radicalmente il mio pensiero: la concessione del suffragio universale agli uomini e la guerra mondiale. E sono in buona compagnia, perché questi argomenti, e specialmente il secondo, hanno fatto cambiare parere ad un illustre maestro di diritto costituzionale, a Vittorio Emanuele Orlando»<sup>67</sup>.

Si capisce, dunque, come la riflessione di Vicini costituisca un'ulteriore lettura della partecipazione femminile non particolarmente originale perché, fondandosi su una visione antidemocratica della rappresentanza politica, finiva per confermare, pur negandole, le stesse premesse liberali della tradizionale esclusione delle donne dal voto:

Quando poteva pensarsi, come ho sempre pensato, che il voto non costituisce un diritto naturale, come farneticava il giacobinismo francese, e neppure un diritto politico, ma bensì una funzione, [...] una funzione sociale affidata ai più capaci, si poteva anche essere riluttanti ad affidare tale funzione alle donne, allora anche assai più che non oggi aliene alla politica ed alla vita pubblica. Ma quando si è concesso il suffragio universale, quando si è dato il voto a chi non ha neppure quella embrionale istruzione necessaria per saper leggere e scrivere, io penso che ne siano ben più degne le donne che ricoprono uffici, che tengono cattedre, che occupano impieghi privati e pubblici, che gestiscono negozi e commerci, quelle che hanno adorna la mente di una larga cultura<sup>68</sup>.

Insomma, al centro della questione tornava nuovamente la capacità, anche se la prospettiva veniva ora ribaltata: se il voto era oramai concesso a tutti gli uomini in ragione del suffragio universale maschile, e dunque anche i non capaci (per censo e istruzione) tra questi erano chiamati alle urne, tanto valeva che votassero anche le donne, incapaci per definizione; la premessa liberale dell'incapacità femminile, dunque, non spariva, e né sembrava emergere di contro una riflessione sul voto quale strumento di equiparazione giuridica o persino quale diritto. Infatti, anche la tradizionale (e liberale) idea orlandiana del voto come funzione esercitata nell'interesse dello Stato sembrava in fondo essere confermata dalla tesi esposta da Vicini, il cui unico elemento di novità, allora, stava nel parziale ripensamento della funzione che il voto stesso andava ora a realizzare. In linea con il più generale ripensamento della cittadinanza fascista che ambiva a funzionalizzare gli apporti individuali in modo da renderli strumentali rispetto alla realizzazione delle finalità dello Stato, quella del voto veniva adesso descritta come «una funzione sociale, quindi lo Stato può e deve, quando lo creda necessario e utile per i propri fini, conce-

63 A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3573.

64 A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3574. Tutto l'intervento di Gabbi si muove su una ricostruzione dai toni scanzonati, provocando ripetuta ilarità nei colleghi e dimostrando una certa immaturità dei discorsi sulla questione femminile, ritenuta in fondo un argomento 'leggero'. Si veda, per esempio, l'affermazione «chi sa non avremo un giorno una ministressa della pubblica istruzione!» (p. 3575) che pare anche in quel caso giocare tra la convinzione della rilevanza delle figure femminili nel campo dell'istruzione e la volontà di dileggiare l'aula (che reagisce, di nuovo, con ilarità) con ipotesi ritenute al limite dell'irreale.

65 Dopo una gioventù liberale Vicini fu un fascista «antemarcia» (come egli stesso si definirà nelle memorie difensive del procedimento) aderendovi nel novembre del 1920 e in seguito venendo eletto deputato sia nelle elezioni del 1921 e del 1924. Nel 1929 venne nominato senatore carica da cui verrà dichiarato decaduto con sentenza dell'*Alta corte di giustizia per le sanzioni contro il fascismo* in quanto rientrante in quella categoria di soggetti che «indubbiamente contribuirono a mantenere il regime fascista e a rendere possibile la guerra» e cioè «quei Senatori che dal 3 gennaio 1925 in poi fecero funzionare il Senato e vi fecero approvare le leggi che gradualmente distrussero tutte le libertà italiane». Proprio dal fascicolo dell'*Alta corte* si possono ora ricavare le principali informazioni biografiche dello stesso Vicini (<https://patrimonio.archivio.senato.it/inventario/scheda/alta-corte-justizia-sanzioni-contro-fascismo-affari-general-e-fascicoli-personali/IT-AFS-002-000092/12-62-senatore-marco-arturo-vicini>).

66 A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3577.

67 A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3578.

68 A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3579.

dere il voto anche a chi non lo chiede»<sup>69</sup>; era questa peraltro la ragione per la quale il riconoscimento del voto alle donne sarebbe dovuto prescindere dalla volontà delle masse, e delle donne stesse, concludeva lo stesso Vicini.

Era dunque all'interno del processo di ricostruzione dell'ordine già avviato dal regime che si doveva inscrivere l'estensione del suffragio qui proposta, perché solo

contemperando tutte le forze e tutte le attività della Nazione, chiamando tutti i cittadini a partecipare alla vita della Nazione, valorizzando veramente, come diceva l'onorevole Gabbi, tutte le forze vive della Nazione, il Fascismo che – non lo dimentichino gli onorevoli colleghi, specialmente coloro che come noi, onorevole Lupi, appartengono al Fascismo dalla prima ora – fin dal suo sorgere, nel 1919, scriveva nel suo programma la concessione dell'elettorato integrale alle donne<sup>70</sup>.

Ecco emergere con chiarezza, dunque, quella riflessione sulla cittadinanza di matrice fascista, che legava l'accesso al voto alla realizzazione degli interessi dello Stato: un elemento comune anche alla riflessione di Gabbi che, pur affermando trionfalmente che «il voto deve essere concesso dal punto di vista del diritto», in realtà riconduceva le ragioni di diritto alle già note determinazioni legislative sulla capacità femminile, ribadendo di fatto la connessione tra voto e capacità, una connessione che trovava ulteriore conferma nelle «ragioni di ordine culturale, di giustizia sociale e di opportunità politica» che, alla luce della Guerra, avevano spinto l'ordinamento verso «una specie di uguaglianza» e al riconoscimento in capo alle donne di «questo suo diritto, che è diritto naturale, perché è diritto umano, è diritto morale e diritto di giustizia»<sup>71</sup>.

Nonostante questa insistenza retorica sui diritti, in conclusione, nessuna riflessione sull'uguaglianza veniva nuovamente proposta se non in maniera strumentale: nella «questione femminile» a rilevare veramente, a costituire la ragione per la quale esprimere «un voto di plauso al nostro Governo e al Presidente del Consiglio», era l'aver portato avanti «un punto del programma fascista, quello della valorizzazione tecnica»<sup>72</sup>.

Non questione di diritti, ma di organizzazione «tecnica» (e politica) dello Stato e della società.

La discussione non poteva tuttavia considerarsi conclusa, e nella giornata successiva a farsi sentire per prima fu la voce di chi, tra le fila del fascismo, non vedeva con favore la legge proposta dal governo.

Era il caso del deputato Angelo Manaresi<sup>73</sup> che, tuttavia, annunciava subito come il suo non fosse un vero e proprio «discorso di opposizione, perché è tanta la fede che io ho nell'uomo che ci guida, al quale noi abbiamo demandato tutta la somma dei poteri in momenti difficili, e che ha dimostrato, nei momenti tragici della nostra storia, di essere veramente il veggente mandato all'Italia dal destino, che darò voto favorevole al progetto di legge, se quest'uomo lo chiederà»<sup>74</sup>.

Si affermava, insomma, una pomposa e militaresca disciplina da parte della maggioranza del partito, pronta a rinunciare alla propria contrarietà ai contenuti e alle ragioni della legge qualora il governo avesse insistito per la sua approvazione.

Fatta questa premessa, lo stesso Manaresi affermava il contemporaneo «dovere di esprimere le ragioni per le quali io sono contrario al progetto di legge, anche perché non sembri che quella votazione degli Uffici sia stata frutto di un impulso momentaneo o di un non meditato pensiero, e non invece, come fu veramente, prodotto di un convincimento radicato nella coscienza della maggioranza dei deputati della Camera italiana»<sup>75</sup>.

Il «convincimento radicato» non sembrava però poi trovare un vero e proprio svolgimento giuridico, poiché si affermava che la contrarietà non si legava a una «questione di capacità», così come «nemmeno noi facciamo questioni di libertà»<sup>76</sup>, fino ad arrivare persino a sostenere che «nemmeno in-

69 A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3585.

70 A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3586.

71 A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3574.

72 A.P. 14 maggio 1925, cit., p. 3577.

73 Anch'egli reduce del primo conflitto mondiale e fascista della prima ora, fu deputato per quattro legislature (XXVI-XXIX) e in seguito podestà di Bologna (1935-38) e membro della Camera dei fasci e delle corporazioni (1939-43). Victoria de Grazia nel suo volume ricorda anche come lo stesso Manaresi sarà poi noto come «podestà demografico» per la sua attenzione verso le politiche demografiche del regime, V. de Grazia, *Le donne nel regime fascista*, cit. p. 113.

74 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3611.

75 *Ibidem*.

76 *Ibidem*. Lo sfuggente e improprio riferimento alla libertà rappresentava, in verità, un'ulteriore occasione per sminuire l'importanza della questione attraverso il ricorso a una, davvero poco originale, ironia: «tutte le libertà devono essere concesse alla donna», affermava Manaresi scatenando l'ilarità dei colleghi (il consueto *si ride* riportato negli atti).

tendiamo unire il problema del voto politico amministrativo femminile agli altri problemi, già superati, della capacità della donna nell'ambito del diritto privato», palesando un'ulteriore confusione (voluta?) del voto amministrativo e politico qui indicati senza alcuna distinzione, quasi che fossero la stessa cosa. La questione, dunque, veniva ricondotta principalmente a un calcolo politico e una precisa e tradizionalissima visione politica e culturale del ruolo della donna nella società: mentre, infatti, si dava conto dell'inevitabile fatto «che, col progresso della vita civile, la donna si verrà sempre più portando all'identico livello dell'uomo, in tutti i campi della privata attività»<sup>77</sup>, non si voleva a questa constatazione legare il riconoscimento della necessità del voto femminile, quasi che la questione non fosse percepita come rilevante da parte delle stesse donne.

Ebbene, onorevoli colleghi, ritenete voi veramente che la maggioranza delle donne lavoratrici d'Italia voglia oggi il voto; che le donne, le madri di famiglia, quelle che, nelle officine, nei campi nelle scuole, guadagnano con dolore la vita, vogliano oggi il voto, o non piuttosto che a volere il voto sia oggi una esigua schiera di nobili, gentili ed egregie donne, avulse però dalla vita delle classi femminili lavoratrici?<sup>78</sup>

La polemica fascista contraria alla legge, dunque, sembrava voler insistere sul carattere elitario della lotta per l'allargamento del suffragio, elemento che dunque doveva spaventare il fascismo stesso che, invece, vantava di essere attento interprete della società di massa.

Le ragioni che dunque avrebbero dovuto allontanare la prospettiva dell'allargamento del suffragio si traducevano tutte in una visione della figura femminile idealizzata e tradizionale: quella della «regina della casa e del cuore dell'uomo che ama»<sup>79</sup>, nella quale «il sentimento prevale sul raziocinio»<sup>80</sup>. Per di più – insisteva il deputato fascista – nella realtà dei fatti il voto della donna avrebbe ricalcato quello del marito<sup>81</sup>, o altrimenti si sarebbe creato un ancor più pericoloso risvolto per la tenuta dell'ordine, vero fine di tutte le politiche del regime: il dissidio familiare.

La donna ritornando dal lavoro trova oggi nella famiglia, insieme all'uomo che ama, la serenità che ristora: toglietele anche questo tranquillo rifugio e vedrete il soffio delle passioni agitare ancor più le genti e turbare la pace della casa<sup>82</sup>.

Anche se, infine, la linea politica dettata dal governo porterà comunque tutti i deputati fascisti ad approvare l'estensione del suffragio amministrativo, non si può mancare ora di notare come l'atteggiamento culturale (e giuridico) cui si informeranno tutte le future politiche femminili del regime non si distanzierà di molto da quanto qui esposto. Una visione nostalgica della famiglia patriarcale, dunque, che in parte veniva condivisa anche da chi al fascismo non aderiva direttamente. È il caso, per esempio, di Egilberto Martire<sup>83</sup>, deputato del Partito Popolare, il quale, pur assumendo la stessa nostalgica prospettiva, concludeva però in senso opposto rispetto al fascista Manaresi che lo aveva preceduto. A ben vedere, il voto femminile era un esito necessario in un contesto sociale, quello novecentesco, ove i compiti femminili non potevano più limitarsi ai tradizionali confini familiari.

Amici miei, oggi la donna non può più filare la lana a casa, perché la lana non si fila più in casa; c'è l'officina che fila la lana. È il fatto, il fatto tipico e caratteristico, del secolo; è la macchina che ha distrutto il focolare come entità produttiva<sup>84</sup>.

Se questa era la realtà socio-economica con cui fare i conti, dunque, Martire non poteva non notare che l'immediata conseguenza fosse quella di aver definito «il concetto nostro nazionale della donna» che «è un concetto che afferma anche nel campo giuridico e anche nel campo politico la capacità della donna ad assumere funzioni ed uffici di governo»<sup>85</sup>.

77 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3611.

78 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3612.

79 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3613. «Sono contrario al voto alle donne, non per vieto misoneismo o per maschile egoismo, ma anzi per permettere alla donna di rimanere la regina della casa e del cuore dell'uomo che ama, nella serenità del lavoro e dei più intimi affetti».

80 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3612.

81 Proseguiva Manaresi: «difficilmente essa sarà di partito diverso dell'uomo che fedelmente ama; la disparità di opinioni politiche si avvererà solo là dove non sia sentimento di amore, ma freddezza e indifferenza», *ibidem*.

82 *Ibidem*.

83 Membro della componente «di destra» del Partito popolare e favorevole alla collaborazione col PNF e col primo governo Mussolini, venne espulso dal partito e riletto nel 1924 nel «listone» aderendo al Centro nazionale italiano. Si veda il profilo biografico curato da G. Ignesti, *Egilberto Martire*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 71 (2008), ora online ([https://www.treccani.it/enciclopedia/egilberto-martire\\_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/egilberto-martire_(Dizionario-Biografico)/)).

84 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3615.

85 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3614.

Se questa era perciò la conclusione, quali le ragioni?

Nello svolgere la propria «valutazione politica e giuridica di tanto rivolgimento», non si poteva certo negare, *in primis*, che il movimento Popolare vedeva con favore l'allargamento del novero di elettori (*rectius*, elettrici) potenziali nella convinzione che tale estensione si ripercuotesse positivamente sul proprio bacino elettorale<sup>86</sup>. Una valutazione che certamente finirà per apparire quanto meno ingenua – o persino miope – alla luce dello stravolgimento della rappresentanza che il regime aveva già iniziato a realizzare e stava ulteriormente sviluppando in quegli anni, ma che comunque costituiva un elemento rilevante della questione. Nella visione di Martire l'apertura verso forme di partecipazione femminile alla vita pubblica non si limitava, però, solo a questo motivo elettorale; ridefinire il ruolo pubblico delle donne si dimostrava un elemento chiave del ripensamento giuspolitico dell'ordine anche dalla prospettiva dei cattolici, e infatti il deputato insisteva nell'affermare la precipua necessità di «trovare noi pure nella nostra visione critica della democrazia le ragioni positive per inquadrare il fatto nuovo in una concezione nuova della realtà nazionale e politica. Questo è il "regime" nuovo», chiosava<sup>87</sup>.

La «novità» derivava, come già detto, interamente dall'osservazione della realtà socio-economica novecentesca, una realtà che non concedeva più la possibilità di confinare le figure femminili all'interno «[de]l chiostro e [de]l la casa patriarcale»<sup>88</sup> ma che richiedeva di individuare soluzioni diverse, capaci di far esprimere la naturale diversità dei sessi al di fuori di quei contesti in cui tradizionalmente si limitava la partecipazione femminile:

questo medesimo spirito che la donna nell'antico regime era chiamata ad attuare e ad affermare fra le pareti chiuse della vita domestica; questo medesimo spirito oggi la donna è chiamata ad affermare nell'officina, nella scuola, nella amministrazione!<sup>89</sup>

Nel descrivere una realtà nuova e una rottura col passato, è interessante notare come a costituire il principale bersaglio critico della riflessione qui sviluppata fosse quel principio di uguaglianza – si potrebbe dire «formale» – sancito dall'età delle rivoluzioni e che, nella visione del deputato della destra cattolica, «segna[va] un regresso, il regresso più doloroso e più deformante di questa limpida linea di ascensione umana e spirituale che attraverso il pensiero romano e cristiano riconosce l'eguaglianza spirituale della donna attraverso la differenziazione effettiva della sua funzione e delle sue caratteristiche fisiche e spirituali»<sup>90</sup>.

Era qui la critica all'individualismo il terreno comune ove si edificano, allo stesso modo, tanto la critica cattolica, quanto quella fascista alla tradizione liberale<sup>91</sup>. Con riferimento al voto, dunque, la polemica anti-individualistica portava ad accogliere favorevolmente un ruolo pubblico della donna, chiamata a 'elevare' la sua tradizionale diversità anche oltre il mero contesto familiare. In questo senso, di nuovo, l'ammissione al voto diventava non solo una doverosa conseguenza dell'impegno profuso durante la Guerra (come ammesso dallo stesso Martire), ma anche uno specifico contributo alla Nazione<sup>92</sup>. Si potrebbe concludere, dunque, che persino dalla diversa prospettiva del parlamentare cattolico l'ammissione al voto si traduceva in termini non di diritti ma di funzione.

86 «Noi abbiamo fiducia nella politica delle madri, perché sappiamo che, a parità di condizioni, la politica di una madre è sempre più sentitamente nazionale, tradizionale e religiosa», A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3618.

87 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3616.

88 Qui Martire esprimeva tutta la propria 'nostalgia' ma anche la coscienza di una realtà sociale diverse – quella contemporanea – che doveva essere interpretata coerentemente, senza tentativi di ritorno al passato. «Il problema, il medio evo e l'antico regime l'avevano risolto mediante il chiostro e la casa patriarcale. [...] Questo mondo è scomparso. Possiamo noi farne l'evocazione letteraria poetica e sentimentale; nessuno più di me può sentire tutto il fascino vivo, estetico, religioso, se volete, di questo mondo che non è più», A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3615.

89 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3617.

90 A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3614.

91 Non è casuale il riferimento al sindacalismo nell'intervento di Martire: sul punto, infatti, la critica anti-individualistica aveva favorito un primo sviluppo delle teorie corporative, accolte dal regime, e che erano viste con favore anche da molti esponenti del sindacalismo cattolico: «Dobbiamo cercare noi di trovare una valutazione specifica a questo fatto, come la cerchiamo nel sindacalismo. Qualunque sia la valutazione politica, giuridica, filosofica, del fatto che si ricostituiscono modernamente le unità corporative che la rivoluzione francese spezzò nell'idolatria individualistica dei diritti del cittadino resta indiscusso che il divenire sindacale è un fatto», A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3615.

92 «E questo ci auguriamo, ricordando quello che la donna italiana ha fatto durante la guerra. Non per parlare di premio (non si riconosce un diritto, dando un premio e non si dà un premio per riconoscere un diritto); ci vogliamo augurare che come la donna italiana madre, infermiera, sposa, suora di carità, ha saputo nella guerra e nella vigilia aspra della vittoria portare questo contributo del suo sentimento, della sua preghiera, della sua attività per l'adempimento dei fatali destini della patria, così vogliamo, che nei cimenti, non meno aspri e non meno luminosi della pace, la donna possa recare il suo dono», A.P. 15 maggio 1925, cit., p. 3619.



Di segno ovviamente opposto fu, invece, l'intervento di Ruggero Grieco<sup>93</sup> deputato del Partito Comunista, la cui diversa visione della questione emergeva dallo stesso ordine del giorno da lui posto in discussione: «La Camera afferma la eguaglianza dei sessi di fronte al suffragio amministrativo e politico basato sul principio del diritto di voto a tutti i produttori che non sfruttano lavori altrui».

Nonostante la retorica della lotta di classe tipica del discorso pubblico comunista<sup>94</sup>, l'intervento di Grieco rappresenta con molta probabilità una delle analisi più lucide qui offerte dell'intera questione, riassumendo efficacemente le posizioni espresse dai colleghi, disvelandone la scarsa attenzione alla dimensione dell'uguaglianza e, in definitiva, il loro portar avanti una concezione della donna tutt'altro che emancipatoria.

Seguendo i discorsi fatti qui da alcuni tra i tanti oratori, non si sa dove cominci la serietà politica e dove finisca la pornografia. (*Rumori*). Qui non mi riferisco soltanto a coloro che sono contrari al progetto di legge e nemici dell'elettorato e della [eleggibilità] della donna, ma anche ai pseudo amici o quasi amici. Si parla con sottintesi, con allusioni, con molta superficialità<sup>95</sup>.

La critica feroce di Grieco non si limitava, dunque, soltanto alle voci contrarie – e in particolare alla «relazione stillata dall'onorevole Lupi» che veniva qui causticamente definito «un documento particolarmente raccapricciante di grettezza piccolo borghese» – ma si rivolgeva anche a coloro che, pur favorevoli alla norma in discussione, «assumono che la donna abbia diritto al voto appunto perché femmina» e che, dunque, si limitavano a «considerazioni di carattere fisiologico». Insomma, per il deputato comunista le ragioni fin ad allora esposte dimostravano come l'allargamento del suffragio rappresentasse in definitiva «una delle solite trappole democratiche», «un espediente di conservazione politica di classe»<sup>96</sup>. Nella visione comunista, invece, «è la donna che lavora che ha diritto al voto; è il lavoro che determina questo diritto»<sup>97</sup>, e dunque il compito del parlamento sarebbe dovuto essere quello di «rendere la politica accessibile alla donna lavoratrice»<sup>98</sup>, sforzo che invece non sembrava minimamente emergere dal testo di legge in discussione.

«Noi siamo contrari al vostro progetto perché assicura il voto alle signore e lo nega alle donne lavoratrici e alle donne di casa; siamo contrari al vostro progetto che nega la capacità politica alle donne lavoratrici»<sup>99</sup>, chiosava Grieco terminando il proprio intervento. Ma al di là della polemica di classe, a essere davvero rilevante nella sua analisi era la capacità di cogliere quello che – si pensa – sia l'elemento davvero più rilevante che emergeva dall'intera discussione parlamentare e, più in generale, dalla

93 Tra i più importanti dirigenti del PCI durante gli anni del regime e nell'immediato dopoguerra, per un approfondito profilo biografico si rimanda alla voce curata da G. Sircana, *Ruggero Grieco*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 59 (2002), ora online ([https://www.treccani.it/enciclopedia/ruggero-grieco\\_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/ruggero-grieco_(Dizionario-Biografico)/)).

94 «Dove permanga il regime della proprietà privata la donna sarà sempre schiava. Lottare per i diritti della donna in regime borghese vuol dire mettere in moto le masse femminili, ma non vuol dire risolvere i problemi della donna operaia. La democrazia borghese, anche là dove ha concesso il suffragio alla donna, non ha, e del resto non lo poteva, affrontato e risolto il problema sociale della donna. [...] Noi diciamo che la donna lavoratrice deve avere il salario eguale a quello dell'uomo. A lavoro eguale salario eguale. [...]», A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3622.

95 A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3620.

96 *Ibidem*.

97 È ovviamente alla lotta di classe che si legano le rivendicazioni principali dell'intervento di Grieco che insiste come sia lo stesso fatto che la donna sia «elemento della produzione nella società capitalistica» a costituire la ragione prima «che dà il diritto alla donna d'intervenire alla vita politica dove si difendono gli interessi delle classi». Nella rivendicazione «di classe» c'è spazio, poi, persino per una, si potrebbe dire, modernissima attenzione non solo agli «interessi delle operaie e delle contadine» ma persino a quelli «di quell'enorme numero di donne che compiono il lavoro faticoso della casa che è il meno produttivo, il più barbaro e il più penoso». La riflessione del deputato comunista, peraltro, è l'unica che insiste anche sulla necessità di un allargamento anche del suffragio politico: «a questa massa non solo non deve essere limitato il voto amministrativo, ma deve essere anche dato il voto politico. Gli uomini della politica borghese, gli uomini della cultura borghese, per giustificare la loro riluttanza a favorire l'entrata diretta delle donne lavoratrici nelle lotte politiche ripetono che le donne lavoratrici non sono mature per la conquista del voto», A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3621. È innegabile che la tematizzazione del nodo lavoro-cittadinanza che sembra già qui emergere sarà poi fondamentale nel successivo dibattito costituente; e tuttavia, la polemica dell'Onorevole sembra ora richiamare soprattutto le classiche formule del discorso comunista anti-borghese piuttosto che una già matura riflessione sul rapporto donne-lavoro-partecipazione politica. Ciò che senz'altro sembra già cogliere lo stesso Grieco è il fatto che il problema della donna lavoratrice sia già elemento degno di nota persino sulla base di una semplice osservazione della realtà socio-economica e già negli anni Venti. L'apporto della riflessione comunista sul punto necessiterebbe di un più approfondito studio anche del dibattito costituente – per esempio con riferimento alla formulazione, tra gli altri, dell'articolo 37 – di cui, però, non è possibile dare di conto in questa sede.

98 A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3622.

99 *Ibidem*.

questione del voto femminile per il fascismo e che Grieco riassume nella semplice notazione per cui «anche i fautori e le fautrici di questo progetto di legge hanno la preoccupazione di rafforzare il regime. Il problema sta nel trovare la forma più adatta per rafforzare il regime»<sup>100</sup>.

### 3.3. Di voto alle donne e di fascisti (II): Acerbo, Lupi, Mussolini e la conclusione della discussione parlamentare

L'ordine del giorno Grieco verrà liquidato rapidamente a chiusura della discussione parlamentare che, come si è già detto, vedrà anche i contrari tra le fila fasciste allinearsi infine alla volontà del governo accettando di votare, invece e su invito dello stesso Mussolini, l'ordine del giorno Acerbo.

Era lo stesso Acerbo, allora, a prendere la parola a conclusione del dibattito parlamentare, cercando di ricomporre i ranghi del proprio partito e, più in generale, dell'intera aula, respingendo le accuse per cui «il provvedimento odierno non è un provvedimento fascista, cioè un provvedimento che si inquadri con le teorie, con gli alti ideali e con la prassi politica del nostro partito»<sup>101</sup>.

Invece il problema odierno, sia nella sua parte formale, sia per il suo contenuto, è tale che *si inquadra con tutta la teoria del fascismo*; si inquadra con la teoria del fascismo, formalmente, in quanto che esso è uno di quei tanti problemi che da un cinquantennio venivano dibattuti nella pubblica opinione e nel Parlamento e che non erano mai stati risolti per incertezza dei partiti e per debolezza dei governi e che infine il nostro Governo affronta per avviarlo alla definitiva sua risoluzione. È fascista per il suo contenuto essenziale, in quanto il provvedimento odierno non deve esser considerato soltanto nell'aspetto elettorale, ma *deve essere invece valutato come una continuazione di quell'azione del Governo fascista che intende mano a mano di fare accedere verso la responsabilità nazionale elementi sempre nuovi*, attività vivaci attraverso, oggi, relativamente alla donna, il meccanismo elettorale che ci offre la costituzione del nostro paese, domani dando precise e più concrete attribuzioni ai Sindacati, e così via via per assolvere a quel grandioso programma che consiste nel dare una organizzazione sempre più omogenea, sempre più vasta, sempre più potente, alla nostra Patria<sup>102</sup>.

In poche righe sembra qui racchiudersi il vero senso dell'intera operazione condotta per mezzo dell'ammissione delle donne all'elettorato amministrativo: lungi da voler effettivamente rifiutare quella «concezione arcaica e tradizionale della famiglia patriarcale [che] disgraziatamente non esiste più»<sup>103</sup>, la legge costituiva un ulteriore tassello della trasformazione «totale» dello Stato e della società operate dal regime, ove ogni elemento – e, dunque, persino le donne – era chiamato essere inquadrato organicamente e a contribuire, così, all'«interesse della Nazione»<sup>104</sup>.

Di avviso diverso era l'altra corrente, quella dei contrari, che nell'intervento conclusivo del relatore di maggioranza Lupi esprimeva soprattutto la preoccupazione «non della portata della legge in sé stessa, ma dei pericoli di sviluppo che può presentare»<sup>105</sup>. A essere temuta dunque era la prospettiva che la legge potesse aprire a ulteriori rivendicazioni<sup>106</sup>, incrinando invece che rafforzando l'autorità del regime.

100 A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3620.

101 A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3623.

102 *Ibidem*. I corsivi sono nostri.

103 A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3624.

104 Si tratta di un'espressione tipica della retorica corporativa che dà corpo all'idea della funzionalizzazione dei diritti soggettivi – e non solo – durante il regime. L'esempio forse più noto e rilevante lo si può trovare nella Dichiarazione VII della Carta del lavoro ove si affermava il rispetto dell'iniziativa economica privata ma soltanto in quanto «lo strumento più efficace e utile nell'interesse della Nazione».

105 A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3627.

106 «La nostra opposizione, che è di principio, e quindi ha carattere assoluto, ci dispenserebbe di entrare nel merito del disegno di legge, che nella sua assennata, saggissima limitazione, sembra a noi contenga dei gravi pericoli, sui quali è opportuno meditare. Le categorie escluse, non ci facciamo illusione, si agiteranno... (*Voce a destra. Ma se non è sentita!*) – Ma quando voi avete stabilito il principio, quando avete sanzionato che esiste un privilegio a favore di alcune categorie, voi darete modo ai demagoghi d'ogni colore di mettere in subbuglio tutto l'elemento femminile nazionale. E tanto è vero questo fatto (che per me è il più grave), che l'onorevole Gasparotto, l'onorevole Sandrini, e sopra tutto l'amico Vicini, non hanno fatto mistero che questo è un primo passo, che si dovrà andare molto innanzi, che si dovrà arrivare al suffragio universale! Ora io sono certo che noi non andremo oltre i limiti del disegno di legge attuale; ma anche se non molleremo, come potremo impedire, onorevoli colleghi, che l'agitazione sorga, e che il fermento si produca? Noi coll'approvazione di questa legge avremo creato il titolo legale per questa fermentazione; e vedo già il sorriso ambiguo di Don Sturzo e di qualche capoccione della demagogia

A emergere era allora una diversità di vedute interna allo stesso fascismo, tra chi, come Acerbo si dimostrava pronto ad accogliere una dimensione si potrebbe persino dire «totalitaria» del disegno giuridico e costituzionale del regime e chi, invece, non riusciva o non voleva concepire una dimensione dell'ordine autenticamente nuova e ulteriore rispetto al 'semplice' mantenimento (o alla restaurazione) della gerarchia, familiare e non solo, tradizionale. Eppure, entrambe le letture appaiono comunque fedeli, in qualche modo, all'ideologia (ambigua) del fascismo degli anni Venti: non a caso nel difendere la propria posizione Lupi si appellava alla definizione di fascismo quale «aderenza immediata alla necessità storica che si evolve e si matura» e di conseguenza sollevando dubbi in merito all'estensione del suffragio: «giova effettivamente il voto alla donna? la nobilita, le conferisce dignità e considerazione, o non si avrà, nell'amara pratica, un risultato del tutto contrario?»<sup>107</sup>. E la fedeltà e il perseguimento di una società ancora fortemente patriarcale continuerà a costituire uno, se non il principale, motivo delle politiche femminili del regime negli anni a venire: una posizione che rispecchiava del resto una concezione della donna tutt'altro che raffinata da parte dello stesso Mussolini<sup>108</sup>.

Sarà proprio il capo del governo a intervenire per ultimo in aula, chiarendo alcuni punti e invitando al voto sul disegno di legge<sup>109</sup>. Per primo si teneva a sottolineare «che noi siamo un partito di massa, oramai [...], ed accettiamo, di questa situazione, tutti i danni ed anche gli enormi vantaggi»<sup>110</sup>, e sebbene non si possa che constatare la «diversità» della donna<sup>111</sup>, «non vi è dubbio, dunque, che il posto occupato dalla donna nella vita sociale è oggi estesissimo e tende ad aumentare»<sup>112</sup>, necessitando, pertanto, di essere non soltanto 'accettato' ma disciplinato.

«Non si tratta dunque di dare dei premi; si tratta del semplice riconoscimento di una realtà di fatto che non è in nostro potere di ignorare e meno ancora di modificare»<sup>113</sup>, chiosava Mussolini.

Anche alla luce delle politiche femminili tutt'altro che emancipatorie che il regime si impegnerà in seguito a realizzare, appare possibile concludere che l'apertura al voto costituisse una scelta per lo più funzionale alle ambizioni totalitarie del regime e mai, invece, rivolta alla formulazione di nuove categorie di diritti, politici e sociali, né tantomeno a un ripensamento dell'uguaglianza.

### 3.4. Dopo l'approvazione: una scienza giuridica distratta?

Dopo aver ripercorso il dibattito parlamentare nelle due sedute del 14 e 15 maggio 1925, si vogliono qui dedicare poche righe alla ricezione che tale dibattito ebbe sulle pagine delle riviste giuridiche e, in particolare, su una delle più note e autorevoli: la *Rivista di diritto pubblico e della Pubblica Amministrazione in*

---

rossa (*Commenti*), vedo il mal dissimulato compiacimento, perché è in essi la speranza che le loro falangi elettorali saranno per essere accresciute», *ibidem*.

107 A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3628.

108 Che non mancava di sottolineare la propria misoginia anche intervenendo in aula. Per esempio quando lo stesso Lupi difendendosi dalle accuse affermava «tengo a dichiarare che in tutti gli Uffici questa questione non fu affatto sollevata; non c'è nessuna differenza, per noi, nell'ordine intellettuale, fra l'uomo e la donna» lo stesso Mussolini interveniva per dicendo: «Per me sì, ad esempio».

109 Il capo del governo esordiva con un pragmatica e tutt'altro che raffinata notazione sullo stato di avanzamento del dibattito: «la materia del contendere è così matura, che si potrebbe anche dire fradicia», A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3630.

110 *Ibidem*.

111 «Non divaghiamo a discutere se la donna sia superiore o inferiore; constatiamo che è diversa», chiosava Mussolini insistendo ulteriormente in una descrizione decisamente misoneista: «io sono piuttosto pessimista; più pessimista dell'onorevole Lupi: io credo ad esempio che la donna non abbia grande potere di sintesi, e che quindi sia negata alle grandi creazioni spirituali». A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, pp. 3630-31.

112 A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3631. Interessante notare come, fin dal 1925, vi è sempre nelle riflessioni del regime una certa attenzione alle mire imperialiste e belliciste che infatti portava Mussolini a notare che « un'altra cosa c'è da considerare, signori, ed è che nella deprecabile guerra di domani (è un'ipotesi che noi dobbiamo sempre tener presente al nostro spirito) il posto della donna sarà ancora più ampio», A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3632.

113 *Ibidem*. L'accettazione del ruolo sociale della donna non significa accogliere una concezione d'uguaglianza come traspare ancora dalle parole dello stesso Mussolini: «Noi viviamo in questo secolo: un secolo arido, trite, se volete; ma noi lo accettiamo perché non possiamo modificarlo: è il secolo del capitalismo; del capitalismo, cioè di in un determinato sistema di vita sociale. E questo determinato sistema di vita sociale; che ha ormai un secolo di vita, ha strappato le donne al focolare domestico, le ha cacciate a milioni nelle fabbriche (*Commenti*) le ha cacciate a milioni negli uffici, le ha immesse violentemente nella vita sociale. E, mentre voi siete atterriti di sapere che ogni quattro anni una donna metterà una scheda in un'urna, non siete affatto atterriti quando vedete delle maestre, delle professoresse, delle avvocatesses, delle medichesses, che invadono metodicamente tutti i campi dell'attività umana. (*Approvazioni*). E non lo fanno, o signori, per un capriccio: lo fanno per una necessità!», A.P. 15 maggio 1925, *cit.*, p. 3631.

*Italia*. Si tratta di una davvero breve ricognizione anche perché – per lo meno stando a una primissima e rapida indagine – ben poche sembrano essere state le reazioni e i commenti che i giuristi rivolsero al provvedimento e, più in generale, alla questione del suffragio femminile.

Nei numeri del 1925, per esempio, si dava semplicemente conto dell'approvazione della norma dedicando tre paginette che ripercorrevano per sommi capi i contenuti della legge all'interno della sezione intitolata «Cronaca della P.A. in Italia»<sup>114</sup>. L'unico approfondimento lo si doveva, invece a Mariano D'Amelio, altro «veterano» della battaglia per l'allargamento del suffragio, il quale pubblicava un più ampio contributo nel numero dell'anno successivo della stessa Rivista. Qui, nuovamente dopo una breve descrizione dei contenuti della norma, si ripercorrevano i (molti) precedenti parlamentari che avevano riguardato la questione dell'elettorato femminile, a partire dal lontano 1861<sup>115</sup>, passando per un esame delle ragioni favorevoli e contrarie al voto amministrativo nella proposta «Nicotera» del 1876 – e che, peraltro, sembravano ricalcare in parte le stesse che ancora emergevano nel dibattito del 1925 appena ripercorso<sup>116</sup> –, e chiudendo semplicemente con la constatazione che «neppure il progetto Nicotera, frutto di tanto diligente studio, arrivò alla discussione e la stessa sorte ebbero successivamente i tre progetti presentati dal ministro Depretis il 24 febbraio, il 30 maggio 1880 ed il 25 novembre 1882»<sup>117</sup>.

L'articolo si concludeva, infine, con una rassegna comparata della legislazione sul voto femminile, senza invero soffermarsi in alcuna riflessione ulteriore sulla legge appena approvata in Italia. Anche nel suo contributo, dunque, di diritti e di uguaglianza non si faceva menzione se non nella 'semplice' constatazione in apertura per cui «la concessione del diritto elettorale amministrativo alle donne segna un notevole avvenimento nel nostro diritto pubblico ed una fase importante del processo di parificazione del regime giuridico dei due sessi»<sup>118</sup>.

Ma nel generale silenzio della scienza giuridica, a D'Amelio si deve comunque riconoscere d'aver per lo meno dato conto di un lungo percorso che, tuttavia, alla fine sembrava aver partorito il proverbiale 'topolino'.

#### 4. Qualche notazione conclusiva a margine di una vicenda minore

Voi sapete che financo il lessico ci soccorre: il femminile di uomo pubblico non è certo un'aggettivazione molto lusinghiera! (*Ilarità*)<sup>119</sup>

I toni tenuti per larga parte del dibattito parlamentare riflettevano un grado di superficialità nell'affrontare la questione femminile che sembrerebbero decretare una generale irrilevanza della questione, in special modo per il giurista dedito agli studi così detti «di genere». Tuttavia, il confronto in aula palesava anche una serie di elementi tutt'altro che secondari dell'ideologia giuridica fascista, dai quali sembrava emergere un'idea nuova della cittadinanza – e della cittadinanza femminile, in particolare – rispetto alla tradizione liberale.

Prima di liquidare l'intera vicenda alla luce della sostanziale inattuazione della legge per quanto riguardava l'effettiva partecipazione elettorale delle donne negli anni seguenti, appare quanto meno opportuno allora tentare di ricavarne alcune notazioni di sintesi. L'auspicio è quello che la rilettura appena proposta della due giorni di discussione parlamentare del maggio 1925 possa comunque contribuire ad alimentare la più ampia discussione sulla partecipazione femminile, non soltanto negli anni

114 E. Gatta, *Ammissione delle donne all'elettorato amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, Anno XVII, I, fasc. 6 (1925), p. 302-305.

115 Si trattava della proposta del ministro Minghetti, che prevedeva il voto «soltanto per la donna maritata, ma separata di corpo e di beni dal marito, e la donna nubile maggiorenne», M. D'Amelio, *Il suffragio elettorale femminile*, in *Rivista di diritto pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, Anno XVIII, fasc. 4-5 (1926), p. 147.

116 «Affermavano gli oppositori che il comune non è una pura amministrazione di interessi locali e negavano che dalla quasi pienezza dei diritti civili, riconosciuti alla donna, potesse trarsi la conseguenza che ad essa dovessero pur riconoscersi i diritti politici», mentre replicavano «i fautori del voto femminile, i quali sostennero con successo in seno alla Commissione parlamentare che la donna ha diritto di ingerirsi, colla elezione degli amministratori, nella gestione degli interessi collettivi, poiché i comuni sono associazioni di contribuenti, i cui diritti si esercitano principalmente deliberando delle spese», *ivi*, p. 149.

117 *Ivi*, p. 150.

118 *Ivi*, p. 146.

119 Intervento on. Martire, AP XXVII, 1, 15 maggio 1925, p. 3619.



del regime, ma anche nelle diverse stagioni liberale e repubblicana alla luce proprio degli elementi tipici che sembrano emergere dalle parole ora ripercorse.

In tal senso, il primo elemento che preme evidenziare riguarda la peculiare concezione fascista del voto: si potrebbe concludere, in estrema sintesi, che l'allargamento del suffragio proposto e, almeno sulla carta, realizzato dalla legge n. 2125 del 1925 si connotava principalmente quale congegno di governo, e non di emancipazione delle donne.

Insomma, nel più ampio processo di ripensamento della statualità inaugurato negli stessi anni dal regime, il voto – e persino quello amministrativo e femminile – poteva (e doveva) costituire uno dei molti meccanismi approntati per inserire efficacemente elementi ‘nuovi’ all’interno dello Stato. La nuova rilevanza, soprattutto socio-economica, progressivamente assunta dalle donne nel primo Novecento avrebbe così costituito, se correttamente incanalata, un’ulteriore strumento utile a legare società e Stato e, di conseguenza, a rafforzare il regime. In altre parole, prendendo a prestito una felice definizione di Irene Stolzi, «la conversione delle minacce in risorse ordinanti»<sup>120</sup> doveva passare, anche e necessariamente, da una risposta da parte del regime alla questione femminile. Risposta che in prima battuta il fascismo offrì attraverso la legge per l'ammissione delle donne all'elettorato amministrativo che, per quanto limitata, si dimostrò soluzione utile, anche e soprattutto, a evitare che una questione annosa potesse condurre a diverse e ulteriori rivendicazioni di stampo democratico che certamente divergevano dal disegno di governo fascista.

Oltre all'ovvia rilevanza propagandistica del tema, dunque, il riconoscimento del voto amministrativo alle donne – per quanto privo, come già più volte sottolineato, di una concreta ricaduta politico-elettorale – contribuiva all'inquadramento di una nuova e più ampia porzione della società all'interno della vita del regime.

Le donne sembravano ora assumere una rilevanza pubblicistica, tanto da potersi persino definire cittadine. Una cittadinanza che, però, non conduceva a un ripensamento sostanziale della figura femminile, e soprattutto non nei termini di una piena equiparazione in termini di partecipazione politica. In tal senso, un ulteriore elemento non può essere qui ignorato: anche per il fascismo la tradizionale distinzione tra voto amministrativo e voto politico restava quale argine ultimo a una completa equiparazione (seppur anche solo sul piano giuridico-formale) tra uomo e donna. Tuttavia questo non rappresentava una contraddizione agli occhi della stessa dottrina fascista: infatti, a emergere quale comune denominatore di molti degli interventi in aula – e, in verità, non solo di quelli provenienti dai banchi del PNF – era una concezione del voto che, seppur tutt'altro che in linea con la tradizionale esclusione figlia della riflessione liberale, non poteva al contempo egualmente definirsi democratica. A emergere con forza, allora, era una lettura della partecipazione elettorale che non si legava più a doppio filo al discorso sulla capacità – che pure talvolta sembra qui riemergere anche nelle riflessioni di alcuni esponenti del regime – quanto piuttosto a quello della «funzionalizzazione» del voto stesso<sup>121</sup>.

Allo stesso modo era la stessa cittadinanza femminile a mutare adesso secondo una «concezione dualistica»<sup>122</sup> che, di nuovo, non risultava contraddittoria ma perfettamente funzionale all'ambizione totalitaria del fascismo: legare le masse allo Stato, perseguire le finalità autarchiche e imperialiste del regime<sup>123</sup>.

120 I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 28.

121 La funzionalizzazione dei diritti soggettivi è, del resto, uno dei temi giuridici ricorrenti in dottrina in quegli anni: si pensi, per esempio, al diritto di proprietà e alla riflessione inaugurata da Enrico Finzi su «la proprietà solo o prevalentemente come una funzione sociale» (E. Finzi, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio giuridico*, XC (1923), p. 57). Non deve dunque stupire che un altro diritto tradizionale per eccellenza, il voto, ne venga allora egualmente condizionato.

122 Come, ancora una volta, evidenziato da Victoria de Grazia, «come riproduttrici della razza, le donne dovevano incarnare i ruoli tradizionali, essere stoiche, silenziose, e sempre disponibili; come cittadine e patriote, dovevano essere moderne, cioè combattive, presenti sulla scena pubblica e pronte alla chiamata», V. de Grazia, *Le donne nel regime fascista*, cit., p. 228.

123 Nello stesso solco, allora e per esempio, si inseriranno certamente anche le politiche sociali capillari – e per certi versi modernissime – che il fascismo rivolse specificatamente alle donne: così, come riassunto efficacemente da Victoria de Grazia, «gli anni tra le due guerre videro non solo una proliferazione di servizi assistenziali pubblici alle famiglie – tra i quali l'ONMI e tre scuole gestite dal partito per addestrare le assistenti sociali – ma anche la professionalizzazione della pediatria (l'ordine fu fondato nel 1932), dell'ostetricia, delle levatrici e persino delle balie» (*ivi*, p. 104). Tuttavia, anche in questo caso, piuttosto che parlare del riconoscimento di alcuni «diritti sociali, anche se nella forma della tutela della maternità e non del riconoscimento dei diritti individuali delle madri, [che] erano arrivati prima dei diritti politici con la legislazione protettiva» (A. Rossi-Doria, *Diventare cittadine*, cit., p. 8), appare più opportuno parlare di politiche sociali aventi lo stesso fine delle politiche sul voto: governare e organizzare la società in modo ritenuto coerente rispetto alla realizzazione delle finalità statuali. Del resto, come ancora ricorda de Grazia, nel mettere in piedi le politiche femminili e di tutela della maternità, «i servizi sociali italiani ricevettero un'impronta tipicamente fascista», V. de Grazia, *Le donne nel regime fascista*, cit., p. 228.

Il «bifrontismo»<sup>124</sup> che il fascismo sembrava riservare alla questione femminile, dunque, finiva per inquadrare perfettamente il tema del voto amministrativo all'interno di un altrettanto duplice rapporto continuità-discontinuità con la stagione liberale. Pur non mutando di troppo il tradizionale atteggiamento nei confronti delle donne, specialmente con riferimento alla loro dimensione domestica e familiare, e perciò rimanendo di fatto ai margini qualsiasi riflessione sull'effettiva parità dei sessi, era l'attenzione ora posta alla dimensione pubblica e collettiva della figura femminile a segnare una forte discontinuità con la tradizione liberale, e a far sì che anche la legge del 1925 potesse allora annoverarsi tra quelle iniziative giuridico-istituzionali, poi note con l'aggettivazione di «fascistissime», che in quegli anni stavano contribuendo a realizzare la rivoluzione giuridico-costituzionale fascista.

È forse, e ancora una volta, proprio questo a rendere tutt'altro che priva d'interesse tale vicenda: il perseguimento delle politiche elettorali (e sociali) in campo femminile si traducevano, comunque e in qualche modo, in un deciso ripensamento della cittadinanza rispetto al passato liberale. Ma al contempo questa vicenda ci restituisce di nuovo un'ulteriore prova del fatto che la modernità del fascismo sembrava comunque (e volontariamente) arrestarsi alle soglie del discorso sui diritti, il cui eventuale ripensamento non poteva comunque che realizzarsi nell'interesse dello Stato.

È proprio quello dell'uguaglianza a costituire allora il principale nodo problematico: a ben vedere, infatti, nel dibattito parlamentare ripercorso in precedenza il tema sembra rimanere ai margini, a prescindere dall'appartenenza politico-parlamentare degli intervenienti. Se in passato si era giustificata l'esclusione femminile facendo riferimento alla diversa nozione della capacità che permetteva di negare l'accesso alla cittadinanza senza formalmente rinnegare l'uguaglianza di fronte alla legge, adesso che la concezione fascista della cittadinanza premeva per una partecipazione elettorale il più ampia possibile seppur in senso antidemocratico – quale strumento, cioè, per organizzare e controllare la società e realizzare un legame tra governo e società – identica rimaneva l'irrelevanza della dimensione egitaria: il voto si riduceva a una questione di funzioni e non di diritti.

La costante marginalizzazione del discorso sull'uguaglianza costituisce, allora e con molta probabilità, uno tra i caratteri più tipici della riflessione giuridica sulla questione femminile in Italia, condizionandone lo sviluppo persino quando il discorso sull'uguaglianza finalmente emergerà, nel secondo dopoguerra, quale presupposto fondamentale per l'effettiva partecipazione civile e politica delle donne alla vita della Repubblica. Eppure persino allora, come Anna Rossi Doria ha già riassunto perfettamente, «la originaria contrapposizione dei termini “donna” e “cittadino” fa sì che le donne si trovino davanti al dilemma [...] tra diventare come gli uomini o rivendicare capacità e qualità che non hanno valore per la cittadinanza»<sup>125</sup>.

124 *Ibidem*. Anche questa espressione è ripresa dal lavoro di Victoria de Grazia, la quale sottolinea più volte la difficoltosa ricerca di equilibrio da parte del regime nel conciliare, da un lato, la costruzione di una nuova partecipazione femminile e, dall'altro, il mantenimento della tradizionale gerarchia familiare.

125 A. Rossi-Doria, *Diventare cittadine*, cit., p. 9.

Antonella Massaro\*

## Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai *gender-based crimes*

### Sommario

1. Femminismo giuridico e diritto penale: coordinate di un binomio complesso. – 2. Uguaglianza: a) il dilemma del femminismo. – 2.1. b) la violenza di genere sul banco di prova delle “discriminazioni alla rovescia”. – 3. Vittima: a) il malinteso della vittima nella riflessione di Tamar Pitch. – 3.1. b) il ruolo secondario della vittima nel sistema penale di matrice illuministico-liberale. – 4. Vulnerabilità: a) la persona vulnerabile nelle scienze sociali e nella prospettiva femminista. – 4.1. b) la condizione di particolare vulnerabilità “agli effetti della legge penale”. – 4.2. La “vulnerabilità” della donna vittima di violenza di genere. – 5. Le specificità della violenza di genere: coordinate definitorie. – 5.1. La violenza di genere: la lettura oggettiva del “motivo di genere”. – 5.2. La violenza contro le donne. – 5.3. La violenza domestica. – 5.4. La (necessaria) distinzione tra violenza domestica e violenza di genere. – 6. Un possibile percorso di riforma: a) dalla *gender-based violence* ai *gender-based crimes*. – 6.1. b) introduzione di una circostanza aggravante comune. – 6.2. c) introduzione di cause di non punibilità e/o di una circostanza attenuante comune. – 7. L’ipocrisia degli argomenti fondati sul diritto penale come *extrema ratio* e sui rischi di una pan-penalizzazione.

### Abstract

Il contributo, muovendo da una critica dell’idea di una vulnerabilità “intrinseca” della donna vittima di reati di genere, propone le possibili linee di una riforma che, nell’ordinamento penale italiano, attribuisca specifico rilievo ai *gender-based crimes*. Si propone, anzitutto, il superamento del concetto di “violenza di genere”, a favore di una più generale categoria dei “reati di genere”, capace di valorizzare più la causa della condotta che le concrete modalità di realizzazione della stessa. L’obiettivo della individuazione dei reati di genere, come categoria diversa e ulteriore rispetto ai fenomeni riconducibili alla violenza domestica, potrebbe perseguirsi, tra l’altro, attraverso l’introduzione di una circostanza aggravante comune, che, appunto, valorizzi la commissione del reato per “motivi” (oggettivamente intesi) legati al genere. Una riforma di questo tipo dovrebbe risultare ispirata, più che dall’esigenza dell’ennesimo innalzamento delle pene, dall’obiettivo di riallineare sistematicamente la legislazione penale alle istanze di tutela derivanti dalle fonti non nazionali.

*The essay, starting from a criticism of the idea of an “intrinsic” vulnerability of women victims of gender-based crimes, proposes a possible reform that, in the Italian criminal system, would give specific relevance to gender-based crimes. It proposes, first of all, the overcoming of the concept of gender-based violence, in favour of a more general category of gender-based crimes, in order to valorize the cause of the behaviour more than the concrete modalities of its realisation. The purpose of enhancing gender crimes, as a different and additional category from domestic violence, could be pursued, inter alia, through the introduction of a common aggravating circumstance, based, precisely, on the commission of the crime for “motives” (objectively understood) linked to gender. A reform such*

\* Professoressa Associata di diritto penale, Università degli Studi “Roma Tre”. Il contributo costituisce il testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta nell’ambito della *Summer School* di Antigone e del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino sulla Privazione della Libertà e sui Diritti Fondamentali, dedicata al tema *Femminismo giuridico e questione criminale: stato dell’arte e prospettive politiche*, tenutasi a Torino-Avigliana nei giorni 11-15 settembre 2023.

as this should be inspired, rather than by the need for the increase in penalties, by the purpose of systematically realigning the criminal legislation to the instances of protection deriving from non-national sources.

## 1. Femminismo giuridico e diritto penale: coordinate di un binomio complesso

Tamar Pitch, con il saggio *Il malinteso della vittima*<sup>1</sup>, torna a offrire preziosi spunti di riflessione (anche) al dibattito relativo alla donna come vittima, attuale o potenziale, di reato.

La questione che vorrei affrontare attiene alla possibilità tecnica e/o all'opportunità politica di introdurre uno statuto punitivo differenziato per i reati di genere, fondato, più in particolare, su norme penali che, nell'ampio orizzonte sistematico delle condotte violente e/o discriminatorie, prevedano una disciplina speciale per i *gender-based crimes*.

Sebbene sia consapevole della complessità del tema, anche per le premesse (e le implicazioni) ideologiche che lo stesso sottende, credo che l'introduzione di norme penali che valorizzino i reati di genere come fenomeno "speciale" non solo sia praticabile sul piano tecnico-giuridico, ma, allo stato attuale, risulti anche auspicabile sul versante più strettamente politico-criminale.

Questa posizione, almeno *prima facie*, si presta ad essere collocata entro la cornice del c.d. femminismo punitivo, inteso come l'insieme delle mobilitazioni che, richiamandosi al femminismo e alla difesa delle donne, avanzano richieste di criminalizzazione (introduzione di nuovi reati) e/o di aumento delle pene per reati già esistenti<sup>2</sup>.

Pur senza attribuire alle etichette classificatorie una valenza decisiva, mi sembrano doverose alcune precisazioni.

Anzitutto, non ho la pretesa di "posizionarmi" nell'eterogeneo panorama del femminismo giuridico. Se, però, per femminismo (in generale) e per femminismo giuridico (in particolare) si intende un approccio metodologico che muove dal riconoscimento, e dal conseguente tentativo di superamento, di una società strutturalmente patriarcale o, comunque, caratterizzata dall'istituzionalizzazione della superiorità gerarchica maschile e della condizione di privilegio degli uomini<sup>3</sup>, allora la visione dalla quale muovo può senza dubbio definirsi femminista. La violenza maschile contro le donne, nella sua consistenza di violenza rivolta contro la donna in quanto donna<sup>4</sup>, si trova in rapporto di necessaria implicazione con le questioni di genere e, quindi, con il ruolo sociale attribuito ad una persona o a un gruppo di persone esclusivamente sulla base della appartenenza sessuale<sup>5</sup>. «Il genere è una disuguaglianza di potere, uno *status* sociale basato su chi può fare cosa a chi»<sup>6</sup>, divenendo una questione penalistica quando questo "cosa" si traduca nella commissione di un reato.

In secondo luogo, il femminismo punitivo, soprattutto negli ultimi anni, si traduce in rivendicazioni di stampo pan-penalista, capaci di andare ben oltre il ristretto orizzonte della violenza di genere: si pensi, solo per restare agli esempi più evidenti, alla proposta, replicando il c.d. modello svedese<sup>7</sup>,

1 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2022.

2 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 53, secondo la quale il femminismo punitivo rappresenterebbe una manifestazione di quella deriva che, pretendendo di rinvenire nella giustizia penale la soluzione del problema, non sembra accorgersi di come, al contrario, il diritto penale rappresenti una parte consistente del problema in questione. L'Autrice, poi, si sofferma su due di queste mobilitazioni, rappresentate dalla richiesta di introdurre un divieto universale di gestazione per altri e dalla proposta di importare il modello nordico di disciplina della prostituzione, il quale prevede la criminalizzazione della condotta dei clienti.

3 M.R. Marella, *Break On Through to the Other Side: appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 741: «Ma cosa si intende per femminismo giuridico? Pur nella varietà delle impostazioni metodologiche e delle opzioni politiche che si raccolgono sotto questa etichetta, è possibile ravvisarne il carattere identificativo nell'idea di usare strumentario giuridico per mettere in discussione, contrastare, sovvertire, il dominio maschile nella società».

4 Per tutti, B. Spinelli, *Femminicidio. Dalla denuncia globale al riconoscimento giuridico internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, p. 21.

5 In una prospettiva penalistica, nella letteratura italiana, L. Goisis, *Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino*, in *Quest. giust.*, 2/2022, pp. 44-45; A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont.* 1/2015, p. 440.

6 C.A. MacKinnon, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge (Ma.), Harvard University Press, 1987, p. 8.

7 Su cui I. Johansson, *La criminalizzazione dei clienti nel contesto svedese*, in G. Garofalo Geymonat, G. Selmi (a cura di), *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia. Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2022, pp. 149 ss.



di criminalizzare la condotta dei clienti delle e dei *sex worker* o, ancora, all'invocata "penalizzazione a tappeto" in materia di gravidanza per altri<sup>8</sup>. Nella prospettiva che caratterizza le mie riflessioni, invece, non solo resta ben saldo (nonostante tutto) l'ideale del diritto penale come *extrema ratio*, ma, soprattutto, il *focus* esclusivo è quello offerto dai reati di genere "in senso stretto", mettendo da parte una più generale indagine sul possibile ruolo del diritto penale in riferimento alle questioni che animano il dibattito femminista.

In terzo luogo, non ritengo che il diritto positivo e il femminismo giuridico si trovino in un rapporto di alterità e/o incomunicabilità. La prospettiva che, in maniera prioritaria e prevalente, caratterizza la mia formazione è certamente quella di una studiosa del diritto positivo, secondo un metodo che non si riduce a quello tecnico-giuridico della celebre prolusione sassarese del 1910 di Arturo Rocco<sup>9</sup>, ma che, altrettanto evidentemente, trova nello *ius positum* il suo presupposto e, per certi aspetti, il suo limite.

Il positivismo giuridico, tuttavia, nel momento in cui si trova proiettato in una prospettiva costituzionale, pur mantenendo ferma la distinzione tra diritto e giustizia, non smarrisce l'ambizione a un "diritto giusto"<sup>10</sup>, ma, questo è il punto, si propone di realizzarla attraverso un tendenziale avvicinamento del diritto positivo alle esigenze di giustizia: il "limite invalicabile" è ricercato su un piano meta-legislativo, ma non meta-positivo<sup>11</sup>, con le Carte dei diritti che, gerarchicamente sovraordinate rispetto alla legge, si propongono di positivizzare il diritto naturale, riducendo il rischio di una degenerazione della legalità formale nel cieco e vuoto formalismo. A ciò si aggiunga che la dimensione "evolutiva", in base alla quale il giurista non si accontenta di ciò che è, ma pretende di definire i tratti di ciò che dovrebbe essere, caratterizza, ormai, anche l'approccio metodologico del giurista di diritto positivo, rendendo meno evidente la contrapposizione tra la dimensione statico-avalutativa che connoterebbe l'esperienza giuridica "tradizionale"<sup>12</sup> e la visione dinamico-valutativa che, invece, caratterizza il pensiero femminista.

Se il femminismo giuridico è, tra le altre cose, «irruzione di forme di esperienza impossibili da tradurre nel diritto positivo di matrice statutale»<sup>13</sup>, il diritto positivo è chiamato a raccogliere le sfide poste dal pensiero femminista, traducendole in disposizioni (e, quindi, norme) da scrivere, riscrivere o abrogare: solo in questo modo, credo, l'inafferrabilità dell'impossibile può dotarsi della concretezza di una regola di comportamento (almeno astrattamente) vincolante. Il diritto positivo, ovviamente, non riesce a tradursi in esperienza se, specie sul versante delle questioni legate al genere, non è preceduto, incoraggiato e sostenuto da una rivoluzione *lato sensu* culturale: il rapporto con il femminismo giuridico, allora, lungi dal ridursi a una insuperabile alterità, potrebbe dar luogo a una necessaria e virtuosa complementarità. La posizione critica del femminismo giuridico non conduce, come necessaria conseguenza, a rinunciare agli strumenti del discorso giuridico e del diritto positivo, imponendo, al contrario, una sua rifondazione ideologica e metodologica, chiamata a operare non solo sul piano del diritto penale

- 
- 8 In senso critico, in materia tanto di prostituzione quanto di gestazione per altri, T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 59 ss. In riferimento al reato di surrogazione di maternità, l'art. 1 della legge 4 novembre 2024, n. 169, ha introdotto, alla fine del comma 6 dell'art.12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, il seguente periodo: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».
- 9 Art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1910, 497 ss., nonché in Id., *Opere giuridiche*, III, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1933, pp. 314 ss.
- 10 T. Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 62: «Tratto comune dell'approccio femminista è la messa in questione della definizione positiva di diritto, e della tradizione più rigida del positivismo giuridico, producendo esso norme e pensiero sulle norme fuori dal perimetro del diritto statuito [...]. In molto femminismo, inoltre, come prassi e come pensiero, diritto e giustizia, diritto e morale sono non solo non facilmente separabili, ma al contrario gelosamente tenuti insieme. Ciò non solo perché il femminismo costituisce "punto di vista esterno", per ciò stesso fonte di critica al diritto in nome di valori, ma perché esso ragiona delle e sulle norme in vista della produzione eventuale di norme giuste». Sui rapporti tra positivismo e femminismo, *amplius*, S. Niccolai, *Femminismo della differenza e diritto. Quale anti-positivismo?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, spec. pp. 367 ss.; L. Re, *Femminismi e diritto: un rapporto controverso*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini Giuridica, 2018, pp. 179 ss.
- 11 P. Costa, *Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 17.
- 12 Cfr. S. Niccolai, *Controversia, disciplina dell'esperienza*, in A. Buttarelli, F. Giardini (a cura di), *Il pensiero dell'esperienza*, Milano, Baldini e Castoldi, 2008, pp. 267 ss., secondo la quale alla dimensione avalutativa della legge, in cui, secondo la visione positivista, il diritto si identifica, si aggiunge quella tendenzialmente statica dell'esperienza giuridica che si concretizza nel processo: «quel che alla fine passa in una decisione giudiziaria, quel che prende e convince nelle argomentazioni di parte, quel che rende ascoltate le tesi dottrinali è ciò che, mediamente, nel mondo c'è già».
- 13 A. Simone, *L'approccio del "femminismo giuridico" come limite ed esperienza del diritto. Un'interpretazione*, in *Limiti del diritto. Prospettive di riflessione e analisi*, in R. De Giorgi (a cura di), Lecce, Pensa MultiMedia Editore, 2018, p. 276.

sostanziale, ma anche, e forse soprattutto, sul versante più strettamente processuale<sup>14</sup>. «Il diritto, perfino il diritto penale, dice e mostra Ilaria Boiano [...] è utilizzabile dalle donne per le donne»<sup>15</sup>.

Anche a voler ridimensionare la differenza di metodo, ad ogni modo, è innegabile che il dialogo tra femminismo giuridico e diritto penale risulti particolarmente difficoltoso: si tratta, in effetti, di discorsi che faticano ad essere ricondotti ad una grammatica comune e che, anzi, sembrano rispondere a regole di base irrimediabilmente antagoniste<sup>16</sup>, specie muovendo dal presupposto che (anche) il diritto contribuisca alla fondazione e alla perpetuazione di una struttura patriarcale, gerarchizzata secondo la logica del genere<sup>17</sup>. A ciò si aggiunga che il diritto penale è dicotomico, esclusivo, punitivo-repressivo: se ogni settore del diritto è (o è stato) *sexist, male e gendered*<sup>18</sup>, il diritto penale resta quello più sessista, maschile e “genderizzato” di tutti.

Una possibile strada, allora, potrebbe essere quella di ragionare, prima ancora che su una pretesa grammatica condivisa, su un vocabolario comune, se non altro al fine di evidenziare le parole-chiave più ricorrenti quando il diritto penale e il femminismo si siedono al tavolo delle trattative, almeno sul fronte, indubbiamente limitato, dei reati di genere.

Le parole o, meglio, i concetti da cui vorrei muovere nel tentativo di intraprendere la costruzione di questo vocabolario comune sono essenzialmente tre: uguaglianza, vittima, vulnerabilità.

## 2. Uguaglianza: a) il dilemma del femminismo

Se il concetto di uguaglianza viene riferito allo specifico contesto del pensiero femminista, si aprono le porte di quel dilemma dell’uguaglianza o, se si vuole, della differenza, che rappresenta la chiave di lettura dell’evoluzione, non sempre lineare, del femminismo giuridico.

Secondo una nota periodizzazione<sup>19</sup>, la prima ondata del pensiero femminista sarebbe quella caratterizzata dall’utopico entusiasmo del femminismo emancipazionista, che, essenzialmente, si focalizzava su una rivendicazione di inclusione e di accesso all’uguaglianza formale: «la Donna nasce libera e ha gli stessi diritti dell’uomo»<sup>20</sup>. In una fase storica in cui le donne non sono titolari degli stessi diritti degli uomini, il primo passaggio (obbligato) del femminismo delle origini diviene quello di una riforma orientata in senso egualitario, anche attraverso il superamento degli stereotipi femminili (madri e mogli, sentimentali e frivole) veicolati soprattutto da un sistema educativo che indeboliva l’intelletto delle donne, piegandolo alla ricerca emozioni e ai sentimenti fini a se stessi<sup>21</sup>.

La seconda ondata del femminismo, sebbene risulti proteiforme e difficile da “catalogare” senza il rischio di incorrere in semplificazioni e fraintendimenti, segna il passaggio dalla logica dell’egua-

14 I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, 28 pp. ss., la quale precisa poi (p. 45) che «anche in ambito giuridico [...] la riflessione teorica femminista deve tendere a bilanciare due finalità: la prima finalità è quella di scardinare dalle fondamenta i metodi, le discipline e le categorie, smascherandone la parzialità e le dinamiche di forza e potere che le determinano; la seconda finalità è quella di esplorare e sviluppare metodi, discipline, categorie alternative, in sintesi di “fare mondo”». V. anche T. Manente, *La pratica femminista del processo penale come strategia di difesa dei diritti delle donne vittime di violenza maschile*, in A. Simone, I. Boiano (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, argomentazione, interpretazione*, Roma, Edizioni Efesto, 2018, 75 pp. ss.

15 T. Pitch, Prefazione a I. Boiano, *Femminismo e processo penale. Come può cambiare il discorso giuridico sulla violenza maschile contro le donne*, Ediesse, 2015, p. 11.

16 O. Di Giovine, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il “dilemma del femminismo” è anche il “dilemma del diritto penale”)*, in *Arch. pen.*, 1/2017, p. 318.

17 Per tutti, M.R. Marella, *Break On Through to the Other Side*, cit., p. 741.

18 Il riferimento è, ovviamente, a C. Smart, *The Woman of Legal Discourse*, in *Social & Legal Studies*, 1992.

19 C. Smart, *The Woman of Legal Discourse*. Per tutte le necessarie indicazioni, si rinvia, fin da ora, a C. Faralli, *Eguaglianza e differenza nel pensiero femminista*, in *Contemporanea*, 2003, 697 ss. e a F. Poggi, *Che genere di diritto? Un’analisi concettuale delle disuguaglianze giuridiche di genere*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Diritto, potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 44 ss.

20 O. de Gouges, *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*, 1791. V. anche, in epoca “liberale”, la *Declaration of Sentiment* del 1848.

21 M. Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman*, 1792, Cap. IV, *Observations on the State of Degradation to Which Woman is Reduced by Various Causes*.

gianza a quella della differenza<sup>22</sup>. Le premesse della riflessione femminista divengono non solo la necessaria debiologicizzazione della condizione femminile (la differenza tra i sessi non avrebbe una base biologica, rappresentando, piuttosto, un prodotto socio-culturale), ma anche una critica al principio di uguaglianza, capace di tradursi in un potenziale veicolo di omologazione e di perpetuazione del modello patriarcale, di cui, del resto, il diritto è impregnato. La parità formale non basta, a fronte di una “diseguaglianza sostanziale”, che, prima di tutto, è una diseguaglianza “nei fatti”, a sua volta derivante da una diseguaglianza sociale. La diseguaglianza veicolata dal diritto è in grado di assumere molte e diverse maschere, tra le quali quella della diseguaglianza da mancata rappresentazione: un’eguaglianza giuridica formale è accusata di essere ingiusta o sbagliata perché non considera la particolare condizione delle donne<sup>23</sup>. Anzi, potrebbe sostenersi che ogni diseguaglianza sostanziale (anche non di genere) si traduca, essenzialmente, in una diseguaglianza da mancata rappresentazione<sup>24</sup>. Il femminismo, nell’ottica del femminismo culturale, dovrebbe emanciparsi dall’idea di inseguire e di riprodurre il modello maschile (e maschilista), mirando, piuttosto, alla costruzione di percorsi nuovi, inclusivi e fondati su un’etica femminile o, meglio, di una controcultura femminile<sup>25</sup>. A ciò si aggiunge l’esigenza di un superamento della visione tradizionale del diritto, che dietro il velo di carta dell’uguaglianza, diviene uno strumento capace di confermare e consolidare la subordinazione e l’oppressione delle donne<sup>26</sup>.

La terza fase del femminismo, che coincide con il femminismo postmoderno e con il postfemminismo<sup>27</sup> o, comunque, con un approccio critico nei confronti delle precedenti “ondate femministe”, muove, in via di prima approssimazione, da una valorizzazione non solo della differenza tra donne e uomini, ma anche tra le donne: quella sessuale, in effetti, delinerebbe solo uno dei tratti della differenza, ferma restando la necessità di prendere in considerazione altri fattori, tra cui, ad esempio, l’età, l’etnia, l’orientamento sessuale. Nel momento storico in cui il femminismo incrocia l’intersezionalità<sup>28</sup>, facendo avvistare nuove ondate (o semplici onde) del femminismo<sup>29</sup>, l’ulteriore sfida consiste nel tentativo di superare la pretesa distinzione delle donne secondo “tipologie astratte”, imposte dall’esterno e che non riescono a tener conto delle donne reali: la prostituta, l’infanticida, la moglie, la cattiva madre e la buona madre.

In questa galleria di donne “donne stereotipate” potrebbe forse annoverarsi, in una prospettiva penalistica, anche la “donna come vittima vulnerabile”.

22 Sui rapporti e le differenze tra femminismo liberal, culturale e radicale, M.R. Marella, *Break On Through to the Other Side*, cit., pp. 744 ss.

23 F. Poggi, *Che genere di diritto?*, cit., p. 55.

24 F. Poggi, *Che genere di diritto?*, cit., p. 57.

25 Cfr. C. Gillian, *In a Different Voice*, Cambridge – Mass., London, Harvard University Press, 1982. Nell’esperienza italiana, obbligato il riferimento alle note “tesi” esposte nel *Manifesto di rivolta femminile* del 1970: «La donna è l’altro rispetto all’uomo, l’uomo è l’altro rispetto alla donna. L’uguaglianza è un tentativo ideologico per asservire la donna a più alti livelli. Identificare la donna con l’uomo significa annullare l’ultima via di liberazione. Liberarsi per la donna non vuol dire accettare la stessa vita dell’uomo perché è invivibile, ma esprimere il suo senso dell’esistenza».

26 Il riferimento è, soprattutto, al femminismo radicale di C. MacKinnon, una sintesi del cui pensiero è offerto da *Women’s lives – Men’s laws*, Cambridge – Mass., London, Harvard University Press, 2005.

27 Cfr. S. Genz - B.A. Brabon, *Postfeminism. Cultural Text and Theories*, Edinburgh, Edinburgh University Press, II ed., 2010.

28 L’approccio intersezionale valorizza l’interazione (o, meglio, l’intersezione, come se si trattasse di strade che si incrociano), dei diversi fattori di oppressione e/o di discriminazione, che, insieme, contribuiscono a definire le diverse identità sociali: il genere, l’orientamento sessuale, l’etnia, la classe sociale, l’età, la regione, quindi, non devono essere considerati isolatamente, ma nelle loro reciproche “combinazioni”. Sul punto, per tutti, S.V. Knudsen, *Intersectionality - A Theoretical Inspiration in the Analysis of Minority Cultures and Identities* in E. Bruillard, B. Aamotsbakken, S.V. Knudsen, M. Horsley (a cura di), *Caught in the Web or Lost in the Textbook?*, Jouve, 2006, pp. 61 ss. Per una prima “messa a sistema” dell’intersezionalità, come noto, Kimberle Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, 139 ss.

29 S.M. Magaraggia, *Il moto ondoso dei femminismi: abbiamo avvistato la quarta ondata?*, in S.M. Magaraggia, G. Vingelli (a cura di), *Genere e partecipazione politica*, 2015, Milano, Franco Angeli, pp. 23 ss. A. Verza, “L’ultima onda” del femminismo, tra forze e rischi della blogosfera e nuove sfide culturali, in *About Gender*, 2018, 120 ss.

## 2.1. b) la violenza di genere sul banco di prova delle “discriminazioni alla rovescia”

Da un punto di vista giuridico, la necessaria premessa di ogni discorso che, a diversi livelli, si interroghi sulla possibilità di introdurre “statuti differenziati” per particolari soggetti e/o situazioni è costituita dal principio di uguaglianza o, più esattamente, dal «rapporto tra principio di uguaglianza e dinamiche di riconoscimento della differenza»<sup>30</sup>.

Nella complessa struttura dell’art. 3 Cost., come ampiamente noto, la dimensione meramente statica dell’uguaglianza formale, che si esaurisce nel divieto di discriminazione, si completa con la componente dinamica dell’uguaglianza sostanziale, la quale impone interventi legislativi finalizzati a un trattamento ragionevolmente diversificato di situazioni differenti: sarebbe «impensabile» un diritto che considerasse uguali tutte le situazioni<sup>31</sup> e, pertanto, «la legge deve essere egualmente differenziata, perché deve trattare in modo eguale le fattispecie eguali, o profondamente affini, e in modo “egualmente” (cioè “razionalmente”) diverso quelle fra loro diverse»<sup>32</sup>.

Se l’art. 3 Cost. ha rappresentato la base dello Stato sociale delineato dalla Costituzione, il principio di uguaglianza ha assunto ben presto una valenza sistematica più ampia e strutturale: l’uguaglianza di trattamento tra uguali situazioni diviene un «valore essenziale dell’ordinamento giuridico di un Paese civile», che assicura un canone di coerenza «nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore»<sup>33</sup>; l’uguaglianza ispirata ad una logica sostanziale, reciso il cordone ombelicale con il motto secondo cui “la legge è uguale per tutti”, si traduce nel «divieto di leggi irrazionali»<sup>34</sup>, legandosi a filo doppio con il principio-canone di ragionevolezza.

L’uguaglianza sostanziale, però, comporta, in maniera pressoché inevitabile, il rischio di “discriminazioni alla rovescia”, potenzialmente veicolato dal trattamento differenziato mediante “azioni positive”. Se, in origine, il concetto di *reverse discrimination* è stato inteso in un significato neutro, lo stesso si è visto progressivamente attribuire una connotazione negativa<sup>35</sup>. Resta celebre, in materia di *affirmative actions* e *reverse discriminations* il caso *The Regents of the University of California v. Allan Bakke*, deciso dalla Corte suprema degli Stati Uniti nel 1978: uno studente bianco, non ammesso alla *David Medical School* a causa della previsione di quote riservate alle minoranze etniche (16 posti su 100), lamentava una violazione del principio dell’eguale trattamento di fronte alla legge (la *equal protection clause* del XIV emendamento). La Corte, pur non mettendo in discussione la generale legittimità delle *affirmative actions*, ha accolto il ricorso, ritenendo che le quote di riserva fondate su ragioni etniche fossero state “mal congegnate” nel caso di specie<sup>36</sup>.

Queste criticità, è evidente, sono agevolmente esportabili sul versante della “legislazione di genere”, che, da un punto di vista strettamente penalistico, deve anzitutto confrontarsi con la questione pregiudiziale del principio di uguaglianza-ragionevolezza<sup>37</sup>.

30 V. Marzocco, *Un diritto sessuato? Processi di soggettivizzazione di genere e traiettorie del femminismo contemporaneo*, in L. Ferraro, F. Dicé, A. Postigliola P. Valerio (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, Milano, Mimesis, 2020, p. 67.

31 C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell’articolo 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 26.

32 P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 75.

33 Corte cost., 29 novembre 1982, n. 204, punto 11.1 del *Considerato in diritto*.

34 P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 75.

35 E. Consiglio, *Che cosa è la discriminazione? Un’introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 70 ss.

36 Sul punto, sufficiente il rinvio a R. Dworkin, *What did Bakke Really Decide?*, in Id., *A Matter of Principle*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1985, 304 ss. e a M. Barbera, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate del caso nordamericano*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1984, 3 pp. 00 ss.

37 V., per esempio, le perplessità relative a una discriminazione basata sul sesso espresse da M. Trapani, *La llamada violencia de género en Italia: contornos de una categoría controvertida*, in M. Roig Torres (a cura di), *Últimas reformas legales en los delitos de violencia de género, Prospectiva comparada*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 372 ss. o da S. Riondato, *Cornici di “famiglia” nel diritto penale italiano*, Padova, Padova University Press, 2014, spec. pp. 58 ss. Non è un caso che, nella dottrina spagnola, il tema delle discriminazioni (o azioni) positive, come strumento per realizzare un trattamento effettivamente egualitario, abbia trovato un campo di applicazione privilegiato proprio in riferimento alla legislazione differenziata in materia di violenza maschile contro le donne: per tutti, *Protección penal “desigual” y violencia de género*, S. Huerta Tocildo, M. Pérez Manzano (a cura di), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 133 ss. Un’ampia disamina della giurisprudenza costituzionale spagnola che si è confrontata sui rapporti tra violenza di genere e principio di uguaglianza è offerta da A.M. Maugeri, *Le “aggravanti” nei confronti degli uomini autori di “violenza di genere” nella disciplina spagnola: possibile strategia politico criminale o strumento di una politica della “sicurezza” discriminatoria?*, in *Jura*



Sebbene si tratti di un ostacolo solo apparente, pare opportuno sgomberare il campo, in maniera netta, dallo spauracchio dell'uguaglianza.

Non sarebbe irragionevole, di per sé sola, una legislazione che prevedesse uno statuto penale differenziato, anche sul versante del diritto sostanziale, per i casi di *gender-based crimes*, in quanto, per le ragioni che si cercherà di chiarire, si tratta di offese che presentano profili di strutturale diversità rispetto a quelle che non sono in alcun modo influenzate da discriminazioni legate al genere.

L'impressione è che, almeno in certi casi, le obiezioni a una legislazione differenziata fondate sul principio di uguaglianza muovano da una valorizzazione più del sesso (come categoria biologica) che del genere (come categoria sociale). La questione, in realtà, non attiene tanto all'introduzione di norme *ad hoc*, che "specificchino" la vittima identificandola (solo) nella donna, specie se la scelta in questione si fondi sull'idea di una vittima più fragile o, meglio, più vulnerabile rispetto all'uomo che risultasse vittima del medesimo reato. La questione è, piuttosto, quella di immaginare uno statuto differenziato per reati che trovino la loro "causa" in un modello socio-culturale fondato sul modello patriarcale (e/o eterosessuale), caratterizzato, anzitutto, da una condizione di subalternità della donna rispetto all'uomo.

Non so se questa sia una scelta costituzionalmente imposta (e in effetti non credo lo sia), ma sono certa che non si tratterebbe di una soluzione costituzionalmente illegittima, rappresentando anzi uno strumento che, a fronte di un substrato (o di una sovrastruttura) sociale ancora capace di produrre e amplificare le disuguaglianze, introduca delle norme penali che, ragionevolmente, diversifichino la risposta sanzionatoria<sup>38</sup>.

Il punto diviene, allora, quello di chiarire le ragioni che differenziano i reati di genere rispetto alle altre offese penalmente rilevanti, precisando, più esattamente, se si tratta di ragioni che attengono alla vittima o, piuttosto, al reo. Può essere quindi utile indagare, a questi fini, la "condizione" della donna nell'universo penalistico del contrasto ai reati di genere, verificando se e fino a che punto la stessa possa o debba essere confinata nel ruolo di "vittima vulnerabile".

### 3. Vittima: a) il malinteso della vittima nella riflessione di Tamar Pitch

«Lo statuto di vittima richiama la logica e il linguaggio del penale»<sup>39</sup>.

Nella sua riflessione, Tamar Pitch muove, anzitutto, dalla metamorfosi subita dal concetto di sicurezza<sup>40</sup>. Fino agli anni Ottanta, in Italia la sicurezza coincideva essenzialmente con la sicurezza sociale: i temi, e le relative riforme legislative, erano quelli del lavoro (Statuto dei lavoratori), della salute (Servizio sanitario nazionale e chiusura dei manicomi), delle pensioni, della casa. A partire dagli anni Novanta, invece, la sicurezza assume, in via prevalente, la fisionomia della sicurezza pubblica o, più esattamente, dell'immunità personale del cittadino rispetto al rischio di risultare vittima di reati, intesa anche come mera "percezione" di sentirsi al sicuro. L'obiettivo, quindi, diviene quello di gestire non solo la criminalità, ma anche la paura della criminalità. La sicurezza, anziché mezzo, diviene fine.

A ciò si aggiunge una "privatizzazione" della sicurezza, che assume progressivamente la consistenza di un diritto individuale, con due immediate conseguenze. La prima è quella di una individualizzazione dei rischi: ciascuno deve comportarsi come un accorto calcolatore dei rischi che corre e che è disposto a correre, assumendo i costi di una loro inefficace gestione, con l'effetto per cui il *welfare* lascia il posto alle assicurazioni private. La seconda conseguenza consiste nella virtuale impossibilità di un dissenso, posto che si può dissentire rispetto all'ordine "pubblico", non certo rispetto a un diritto "privato"<sup>41</sup>.

*Gentium*, 2016, §§ 2.1. ss. e da J.A. Lascurain Sánchez, *¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, pp. 329 ss.

38 Risulterebbe pur sempre conforme al principio di uguaglianza, pare opportuno precisarlo, una legislazione penale che, come quella spagnola, individuasse esplicitamente la donna come vittima "differenziata", a condizione che il trattamento sanzionatorio più severo risulti fondato sulle peculiarità della violenza subita: si rinvia sul punto a J.A. Lascurain Sánchez, *¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género?*, cit., spec. p. 362. Per un quadro delle riforme succedutesi in Spagna in riferimento alla violenza di genere, v. M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción*, in *RJUAM*, 2016, pp. 31 ss.

39 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 31.

40 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 10 ss.

41 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 17 ss.

Al nuovo concetto di sicurezza fa da *pendant* il passaggio dal paradigma dell'oppressione a quello della vittimizzazione<sup>42</sup>. Se l'oppressione è una condizione che riguarda l'intera biografia di un individuo e la collega ad altre nella stessa condizione, la vittimizzazione evoca una soggettività neutra e situazionale, espressione di un momento specifico e di uno specifico reato.

Il riferimento al paradigma della vittima implica, poi, il binomio vittima-colpevole. La vittima, altrimenti detto, è tale solo quando appare innocente: la "vera vittima" è quella che ha fatto di tutto per evitare il rischio, che ha preso le necessarie precauzioni, che non si è esposta a situazioni pericolose e a rischi non necessari. Il modello della "buona vittima", insomma, si trova implacabilmente contrapposto a quello della "vittima colpevole"<sup>43</sup>.

Le vittime, inoltre, sono anche quelle potenziali, cioè tutte le persone "per bene" minacciate dal rischio della (in)sicurezza<sup>44</sup>. La dialettica diviene quella tra buoni e cattivi, con questi ultimi che, anziché risocializzati, devono essere neutralizzati: pene più severe, trattamento di sfavore per i recidivi, carceri affollate di immigrati e persone relegate "ai margini della società".

A un diritto penale costruito attorno al reo (e, in certi casi, a un tipo d'autore) si affianca una risposta punitiva che sempre più spesso ruota attorno al tipo di vittima, specie se "vulnerabile"<sup>45</sup>.

Questo è anche l'orizzonte entro il quale si muovono le recenti riforme in materia di violenza di genere. Se, osserva Tamar Pitch, un problema sociale di tipo strutturale viene ridefinito come violenza, è pressoché inevitabile l'approdo a una deriva penalistica<sup>46</sup>. "Violenza" è un termine più denso di significato rispetto a "discriminazione, sfruttamento, prevaricazione, disuguaglianza": eppure, proprio perché utilizzato in questa accezione ampia, il termine perde di pregnanza, riducendosi a un mero campanello d'allarme che evoca un generico intervento salvifico del diritto penale.

In un primo momento, l'uso del termine violenza ha certamente contribuito all'emersione di fenomeni sommersi, a partire dalla violenza domestica, dallo *stalking*, dalle molestie sessuali. Successivamente, però, la violenza ha finito per connotare la condizione delle donne in generale, divenendo, proprio per questa ragione, un concetto privo di ogni possibile valenza selettiva.

Da queste premesse discende la presa di posizione critica nei confronti del c.d. femminismo punitivo: «ciò che chiamo femminismo punitivo, insomma, non solo utilizza indiscriminatamente la parola violenza, ma si appella direttamente alla giustizia penale, con un'aggravante rispetto a trent'anni fa, che la "nostra" soggettività politica si costruisce attraverso la definizione della "altre" come vittime, con la conseguenza che "noi" parliamo e le "altre", le "vittime" sono da noi parlate, e dunque ridotte al silenzio»<sup>47</sup>.

Le femministe, ovviamente, devono proseguire nella lotta per una giustizia penale meno ostile alle donne, anche perché «il fatto è che la consapevolezza che la violenza interpersonale è agita soprattutto dai maschi, a danno sia delle donne che di altri maschi, non è ancora penetrata appieno non dico nel disegno delle politiche pubbliche, ma neanche negli studi scientifici, critici e no sulla criminalità della sicurezza». Le stesse femministe dovrebbero però opporsi, con la medesima fermezza, alle derive securitarie di un modello incentrato sulla vittima debole, fragile, vulnerabile, che proprio nella donna vittima di reato trova una delle sue manifestazioni più evidenti<sup>48</sup>.

### 3.1. b) il ruolo secondario della vittima nel sistema penale di matrice illuministico-liberale

Il concetto di vittima, sul versante giuridico-penale, ha conosciuto una sempre più significativa emersione tra le maglie di un sistema costruito a immagine e somiglianza dell'autore di reato (e delle sue garanzie): sono ormai numerosi e autorevoli gli studi che, muovendo dalle prospettive aperte dalla vit-

42 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 31 ss.

43 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 32 ss.

44 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 34 ss.

45 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 37.

46 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 53.

47 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 57.

48 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 79 ss.

timodommatica<sup>49</sup>, hanno indagato nel dettaglio la progressiva riscoperta della vittima e il suo tentativo di guadagnarsi un ruolo da protagonista sul palcoscenico della riflessione penalistica<sup>50</sup>.

Il diritto penale tradizionale, finalizzato alla messa a bando di ogni istinto di vendetta attraverso il monopolio pubblico nell'esercizio della potestà coercitiva o, se si vuole, della deprivatizzazione del conflitto, ha determinato una pressoché inevitabile estromissione della vittima dal discorso penale<sup>51</sup>: senza la neutralizzazione della vittima non solo non esisterebbe il diritto penale moderno, ma neppure sarebbe concepibile lo Stato moderno<sup>52</sup>.

La graduale erosione del modello di coercizione pubblica, caratterizzato dalla concezione del reato non solo (e non tanto) come offesa contro la società, ma anche (e soprattutto) come offesa alle singole vittime<sup>53</sup>, ha restituito una crescente centralità a quella "vittimizzazione", intesa come fenomeno individuale, cui fa riferimento Tamar Pitch. Si tratta di verificare se, al di là delle etichette, la pretesa curvatura vittimocentrica assunta dal diritto penale contemporaneo sia pienamente compatibile con i principi di garanzia posti a tutela del reo, raggiungendo un equilibrio, per nulla scontato, tra il *favor rei* e la presunzione di favore per la vittima<sup>54</sup>.

Anche il dato terminologico, del resto, conferma la complessità del processo attraverso il quale il concetto di vittima si sta ritagliando un ruolo nel sistema penale.

Come ampiamente noto, il sostantivo "vittima", fino a un passato molto recente, non compariva nella legislazione penale italiana, che, invece, faceva riferimento all'offeso, alla persona danneggiata da reato o alla persona offesa dal reato: si trattava, quindi, di un concetto dalla consistenza eminentemente criminologica e vittimologica<sup>55</sup>.

La c.d. riforma Cartabia (d.lgs. n. 150 del 2022) segna il trionfale ingresso del termine "vittima" anche nel linguaggio legislativo nazionale, sia pur nella specifica cornice normativa dedicata alla giustizia riparativa<sup>56</sup>. L'art. 42, lett. b), d.lgs. n. 150 del 2022, in particolare, precisa che per vittima di reato deve intendersi «la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»<sup>57</sup>. Accanto alla vittima diretta, quindi, viene in considerazione, per i soli delitti di omicidio, la c.d. vittima indiretta. Resta pur sempre da chiarire come si possa parlare di "reato" e, di conseguenza, di "vittima" prima che la responsabilità penale dell'imputato risulti accertata con una sentenza definitiva di condanna: si tratta, però, di una delle potenziali

49 Doveroso il riferimento, nella dottrina italiana, a V. Del Tufo, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Jovene, 1990.

50 Per tutti, M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015.

51 L. Cornacchia, *Vittima e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, p. 1761.

52 W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 233.

53 L. Cornacchia, *Vittima e giustizia penale*, cit., p. 1764.

54 L. Cornacchia, *Vittima e giustizia penale*, cit., p. 1765, parla della vittima come possibile «elemento di imbarazzo» nel processo penale, mentre M. Bertolino, G. Varraso, *Introduzione al Focus: Le vittime vulnerabili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2018, p. 513, avverte del rischio di una possibile «strumentalizzazione delle istanze vittimologiche a fini repressivi».

55 M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale*, cit., p. 2.

56 P. Conti, *Il ruolo della vittima nel procedimento e nel processo penale da soggetto ai margini a quello di protagonista con particolare riferimento alle novità introdotte dalla legge Cartabia*, in *Rivista AIAF*, 1/2023; M. Bouchard, *Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Quest. giust.*, 2023.

57 Cfr. la Risoluzione ONU n. 40/34 del 1985, secondo cui le vittime sono le «persone che, individualmente o collettivamente, hanno sofferto un danno, inclusa una lesione fisica o psicologica, una sofferenza emotiva, una perdita economica o una sostanziale riduzione della possibilità di esercitare i propri diritti fondamentali, a seguito di atti od omissioni che sono in violazione delle leggi penali in vigore negli Stati Membri, incluse le leggi che proibiscono penalmente l'abuso di potere». La Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea n. 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, all'art. 3, definisce la vittima come «la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o morale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono violazione del diritto penale di uno Stato membro». La successiva Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, invece, offre, all'art. 3, la seguente definizione di vittima: i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; ii) un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona.

“contraddizioni in termini” su cui si fonda l’edificio della giustizia riparativa<sup>58</sup>, che sarebbe un fuor d’opera esaminare più nel dettaglio in questa sede.

La definizione di vittima, negli ultimi anni, ha ricevuto ulteriore impulso sul versante della c.d. vittimizzazione secondaria, intesa, in via di prima approssimazione, come l’insieme dei danni che non derivano direttamente dal fatto di reato, ma, piuttosto, dal modo in cui i mezzi di comunicazione o le istituzioni si rapportano alla vittima: si pensi, per esempio, ai ripetuti contatti tra reo e vittima imposti durante un procedimento penale, ma anche all’uso di un linguaggio inappropriato e “colpevolizzante”<sup>59</sup>. Una delle principali dinamiche che rappresenta, al tempo stesso, una causa e un effetto della vittimizzazione secondaria, a ben vedere, è costituita dalla colpevolizzazione della vittima (*victim blaming*) o, per usare le parole di Tamar Pitch, dal tentativo di spogliare la persona offesa dalla patente di “vera vittima”, in quanto vittima “non buona”. Si pensi, con particolare riguardo alla violenza sessuale, al pre-giudizio derivante, per restare agli esempi più (tristemente) noti, dall’abbigliamento della vittima, dal fatto che avesse assunto sostanze alcoliche, dalle abitudini sessuali antecedenti alla commissione del reato.

Alla previsione di obblighi di tutela della vittima dal rischio di vittimizzazione secondaria, contenuta in molte fonti non nazionali<sup>60</sup>, ha fatto seguito una sempre più esplicita presa di consapevolezza da parte della giurisprudenza nazionale<sup>61</sup>, anche se sono ancora troppo numerosi quei pregiudizi giudiziari, a loro volta fondati sugli stereotipi di genere, che trasudano dalle motivazioni di alcune pronunce<sup>62</sup>. La condanna del nostro Paese da parte della Corte EDU, che, con la sentenza *J.L. contro Italia*, ha stigmatizzato l’abuso di stereotipi sessisti nelle decisioni giudiziarie<sup>63</sup>, rappresenta solo la punta dell’iceberg di un linguaggio e di un modo di argomentare ispirati a una logica colpevolizzante e moraleggiante: uno degli effetti meno desiderabili è il diffuso senso di sfiducia delle vittime nel sistema giudiziario, visto il rischio troppo elevato di vittimizzazione secondaria cui andrebbero incontro incamminandosi lungo la via del procedimento penale<sup>64</sup>.

Se, quindi, la giustizia riparativa propone una nozione di “vittima” che, contrapposta a quella di “reo”, pretenderebbe di veicolare un nuovo modello di giustizia penale, gli spunti offerti dalla *secondary victimization* valgono a evidenziare ulteriori peculiarità del fenomeno della violenza di genere, specie al fine di apprestare strumenti processuali che, oltre a contenere il rischio di vittimizzazione secondaria, non indeboliscano quel “senso di fiducia” nella giustizia, fondamentale per una erosione della cifra oscura di questi reati.

Il rischio di vittimizzazione secondaria, inoltre, è legato a filo doppio al concetto di vulnerabilità della vittima: il binomio tra vittima e vulnerabilità, in effetti, è divenuto un autentico *leit motiv* della recente riflessione penalistica, tanto da instillare il dubbio che proprio la vulnerabilità abbia fatto da traino determinante all’emersione del più ampio concetto di vittima<sup>65</sup>. Quello di “vittima vulnerabile”, tuttavia, è un concetto che si presta a letture eterogenee e non sempre tra loro coincidenti.

58 *Amplius*, per tutti, L. Parlato, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, in D. Castronovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2023.

59 Valga, per tutti, il rinvio a T. Bene, *La vittimizzazione secondaria. Teoria e fenomenologia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

60 V., in particolare, gli artt. 18, 20, 24 e 35 della Direttiva 2012/29/UE, l’art. 18 della Convenzione di Istanbul del 2011, gli artt. 16, 20 e 25 della Direttiva 2024/1385/UE.

61 Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 92, punto 5 del *Considerato in diritto*, in riferimento a reati commessi a danno di minori, ha precisato che la vittimizzazione secondaria consiste nel «rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto». Nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572.

62 P. Di Nicola Travaglini, *Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico*, in *Sist. pen.*, 11 gennaio 2022; T. Bene, *Forme di bias nel sistema di tutela delle donne vittime di violenza*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2021.

63 Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia, n. 5671/16, su cui, per tutti, L. D’Ancona, *Vittimizzazione secondaria: la pronuncia della CEDU*, in *Quest. giust.*, 17 giugno 2021.

64 Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia, n. 5671/16, § 141.

65 L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, in G. Spangher, A. Marandola (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 428.



#### 4. Vulnerabilità: a) la persona vulnerabile nelle scienze sociali e nella prospettiva femminista

La riflessione sul concetto di vulnerabilità nell'ambito delle scienze sociali ha seguito percorsi differenti, restituendo l'impressione di un concetto refrattario a un autonomo e univoco inquadramento, tanto sul versante definitorio quanto su quello più strettamente "politico"<sup>66</sup>.

Una prima linea di emersione delle vulnerabilità, alla quale ha contribuito anche una parte della riflessione femminista, attiene alla critica del paradigma liberale, almeno nella misura in cui lo stesso pretenda di fondarsi sul modello di un soggetto autonomo e indipendente, capace di esercitare un controllo razionale sulle proprie scelte e (quindi) sulla propria vita. Dalla dimensione relazionale che caratterizza la condizione umana, viceversa, si ricaverebbe una strutturale dipendenza della persona, del tutto assente nell'individualismo che fa da sfondo al sistema liberale: in una prospettiva femminista, poi, si osserva come la pretesa indipendenza assunta a modello "fisiologico", in realtà, coincida con l'indipendenza ottenuta dall'uomo, soprattutto attraverso il trasferimento alla donna dei compiti di cura e di riproduzione sociale<sup>67</sup>.

Si tratta, a ben vedere, di riflessioni strettamente correlate a quelle che prendono in esame la vulnerabilità non tanto in una dimensione ontologica (e quindi, tendenzialmente universale), quanto piuttosto come una condizione socialmente indotta, derivante da cause individuate o individuabili e, comunque, contingenti<sup>68</sup>. L'obiettivo, muovendosi in questa seconda direzione, diviene quello di «mettere in luce le dinamiche di potere, di oppressione e esclusione che determinano condizioni di vulnerabilità, e fondano rivendicazioni in termini di riconoscimento, redistribuzione, o bilanciamento di potere»<sup>69</sup>.

Senza entrare nel dettaglio di teorizzazioni indubbiamente complesse, si tratta di comprendere se e in che modo la vulnerabilità possa essere riferita anche alle donne vittime di reato, con l'obiettivo di rendere la categoria in questione uno strumento di tutela e non l'ennesimo meccanismo di "etichettamento"<sup>70</sup> che, viceversa, finirebbe per tradursi in un depotenziamento della risposta differenziata nei confronti dei reati di genere.

##### 4.1. b) la condizione di particolare vulnerabilità "agli effetti della legge penale"

Con particolare riguardo alle modalità attraverso le quali il diritto penale si trova a interagire con la condizione di vulnerabilità, che, sia pur attraverso modalità differenti, conducono all'individuazione di una "supervittima"<sup>71</sup>, sono (almeno) due le prospettive che possono venire in considerazione.

La prima prospettiva è quella di carattere più strettamente sostanziale, relativa alla possibilità/opportunità di introdurre norme penali speciali (fattispecie incriminatrici autonome o circostanze aggravanti) che rafforzino la tutela per categorie di soggetti caratterizzati da una particolare condizione di fragilità. La vulnerabilità potrebbe contribuire alla stessa descrizione della fattispecie di reato, individuandone uno degli elementi costitutivi: il tipico esempio è offerto dall'approfittamento della condizione di vulnerabilità nel delitto di tratta di persone (art. 601 c.p.) o in quello di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-bis c.p.). Il più delle volte, ad ogni modo, la condizione di vulnerabilità resta sullo sfondo dell'incriminazione, contribuendo a definirne la *ratio* e/o a meglio precisare i contorni del bene giuridico tutelato. Come esempio emblematico di questo modo di intendere la vulnerabilità potrebbe indicarsi l'articolato sistema di repressione delle condotte di abuso e sfruttamento sessuale dei minori, così come disciplinato agli artt. 600-bis e seguenti del codice penale: si tratta di fattispecie incriminatrici

66 V. sul punto l'ampia e dettagliata indagine di F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo. Funzione e limiti di un concetto controverso*, Torino, Giappichelli, 2021, cui fin da ora si rinvia per i necessari approfondimenti.

67 Sui rapporti tra cura e riproduzione sociale, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, E. Rigo, *L'impatto degli studi di genere sul diritto. Riproduzione sociale, lavoro non retribuito e cura sotto la lente della pandemia da Covid-19*, in *Riv. fil. dir.*, 2/2022, pp. 319 ss.

68 *Amplius*, sul dibattito in questione, A. Pasquini, *Paradigmi della "vulnerabilità": dal poststrutturalismo all'eco-femminismo*, in *Scienza&Politica*, 2021, pp. 55 ss.

69 Così, riferendosi a questo particolare modo di intendere la vulnerabilità, F. Macioce, *La vulnerabilità di gruppo*, cit., p. 5.

70 Cfr. F. Luna, *Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels*, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2019, pp. 121 ss.

71 S. Allegrezza, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Lupária (a cura di), *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 13.

caratterizzate da un'evidente anticipazione della tutela penale, che, sebbene si ponga a volte in tensione con i principi su cui dovrebbe fondarsi il modello del "diritto penale del fatto"<sup>72</sup>, è "giustificata" dal peculiare rilievo del bene giuridico tutelato, inteso come il sereno sviluppo psico-fisico di un "tipo di vittima" (il minore) particolarmente vulnerabile.

Una seconda prospettiva, che conduce al versante del diritto penale processuale, attiene, invece, all'esigenza di tutelare, nell'ambito del procedimento penale, le vittime di alcuni reati, anche allo scopo di contenere il rischio di vittimizzazione secondaria<sup>73</sup>.

Oltre al binomio tra la vulnerabilità intesa nella sua prospettiva sostanziale o, piuttosto, nella sua proiezione più strettamente processuale, pare opportuna un'ulteriore differenziazione preliminare, che, più esattamente, contrappone una vulnerabilità *ex ante* a una vulnerabilità *ex post*, assumendo come "riferimento cronologico" la commissione del reato.

La vulnerabilità *ex ante* individua una fragilità strutturale della persona, derivante da alcune sue caratteristiche: si pensi, per esempio, alla condizione di vulnerabilità del minore o a quella delle persone anziane o disabili. Si tratta di una vulnerabilità "soggettiva", che, appunto, valorizza le peculiarità della persona e che prescinde dalla tipologia di reato commesso<sup>74</sup>. La vulnerabilità *ex post*, viceversa, caratterizza una persona solo se e in quanto la stessa risulti vittima di alcuni reati. A venire in considerazione, detto altrimenti, è una vulnerabilità "oggettiva", nel senso che deriva dalle peculiarità del reato commesso<sup>75</sup>. Posto che, in realtà, la (presunta) vittima di ogni reato è, di per sé, una persona vulnerabile, si avverte spesso la necessità di un *quid pluris* per l'individuazione di una vulnerabilità "qualificata", il più delle volte identificato nella condizione di "particolare vulnerabilità"<sup>76</sup>.

La dimensione *ex ante* e quella *ex post* della vulnerabilità (o, se si vuole, quella oggettiva e quella soggettiva del concetto in questione) non sempre risultano chiaramente scisse e scindibili. Si tratta, non a caso, di prospettive confluite entrambe nell'art. 90-*quater* c.p.p. che, in attuazione della Direttiva 2012/29/UE, contenente norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, ha definito, "agli effetti della legge (processuale) penale", la condizione di particolare vulnerabilità: «agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato»<sup>77</sup>. Nella seconda parte, quindi, la norma definitoria individua degli "indici sintomatici", volti a indirizzare la valutazione discrezionale in ordine alla particolare vulnerabilità che non risulti, in maniera necessaria, da alcune condizioni della vittima (età, infermità o deficienza psichica). Non è un caso che tra questi indici compaiono molti elementi statisticamente ricorrenti nei reati di genere: violenza alla persona, finalità di discriminazione, dipendenza affettiva, psicologica o economica dall'autore del reato.

La condizione di particolare vulnerabilità, poi, viene presa in considerazione, sempre dal codice di rito, in materia di incidente probatorio: l'art. 392-*bis*, comma 1-*bis* c.p.p. prevede che quando la persona offesa di certi reati (tra cui maltrattamenti verso familiari e conviventi, violenza sessuale, atti persecutori) versi in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza<sup>78</sup>.

72 Si rinvia, anche per tutte le necessarie indicazioni, a L. Brizi, *La nozione di "pornografia virtuale": verso un dominio della pericolosità sul fatto?*, in *Cass. pen.*, 11/2017, pp. 4043 ss.

73 Sulle due "dimensioni" della vulnerabilità in ambito penalistico, F. Palazzo, *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., pp. 92 ss.

74 L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, cit., p. 439.

75 L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, cit., p. 439.

76 L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, cit., pp. 429 ss.

77 A. Presutti, *Le audizioni protette*, in M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 376 evidenzia la «indeterminatezza» e la «ambiguità che caratterizzano» la definizione offerta dall'art. 90-*quater* c.p.p.

78 Per alcuni profili di criticità dell'istituto in questione, E. Pilla, *L'incidente probatorio e l'audizione protetta*, in *Giustizia insieme*, 13 gennaio 2019; C. Parodi, *Incidente probatorio, minorenni e vittime vulnerabili: un nervo scoperto del sistema*, in *Il diritto vivente*, 22 aprile 2023.

#### 4.2. La “vulnerabilità” della donna vittima di violenza di genere

Pur senza entrare nel dettaglio della legislazione processuale, è possibile tornare all’interrogativo posto in apertura: se e in che modo sia ipotizzabile uno statuto speciale, sul versante del diritto penale sostanziale, per la criminalizzazione dei *gender-based crimes*, muovendo dalla loro forma di manifestazione più evidente, costituita dalla violenza maschile contro le donne.

Nella costruzione di norme penali differenziate per la violenza contro le donne, il legislatore potrebbe seguire due possibili strade, valorizzando, alternativamente, il versante della vittima o quello dell’autore del reato<sup>79</sup>.

Muovendo da una *ratio* di tutela incentrata sulla vittima del reato, si valorizzerebbe la condizione di vulnerabilità della donna o, più, in generale, delle persone offese da condotte riconducibili alla violenza di genere. Se, invece, si privilegiasse una linea di intervento con un baricentro spostato sull’autore del reato, dovrebbe attribuirsi rilievo alle “cause” che sorreggono la condotta penalmente rilevante, a loro volta da identificarsi nelle discriminazioni legate al genere.

Non v’è dubbio, a mio avviso, che la ragione sulla quale fondare una ragionevole diversificazione della risposta del diritto penale sostanziale non può e non deve indentificarsi nella condizione di vulnerabilità della “donna in quanto donna”, ma, piuttosto, nei tratti strutturali della violenza di genere, che, per le peculiarità che la contraddistinguono, ben può definirsi come “una forma di violenza diversa dalle altre”. La prospettiva pressoché “obbligata”, detto altrimenti, diviene quella di ragionare nell’ottica di una vulnerabilità *ex post*: la donna non deve essere considerata (da un punto di vista strettamente penalistico) vulnerabile in quanto donna, ma solo in quanto divenga vittima, per esempio, di una violenza sessuale o di maltrattamenti in famiglia motivati da ragioni di discriminazioni legate al genere. Sono le modalità dell’offesa a rendere la vittima di violenza di genere vulnerabile, non già la sua strutturale debolezza socio-culturale rispetto ai potenziali autori di questi reati<sup>80</sup>. Se, viceversa, la vulnerabilità della donna come vittima di reato fosse intesa come una vulnerabilità *ex ante*, la stessa si fonderebbe, concettualmente, su uno stato di debolezza intrinseca (non importa, a ben vedere, se biologica o sociale).

La donna, in conclusione, non è (giuridicamente) vulnerabile in quanto (ontologicamente) debole, ma solo se in quanto si trova ad essere vittima di determinati reati<sup>81</sup>.

Si tratta, a mio avviso, di precisazioni che assumono un evidente rilievo di tipo “politico”.

I rischi insiti nel binomio donna-vulnerabilità sono sufficientemente noti, anche se, forse, hanno ricevuto maggiore approfondimento teorico sul versante della donna autrice di reato (e, quindi, detenuta). Nel caso della donna autrice di reato, infatti, la connessione strutturale tra “femminile” e “debolezza” o, se si vuole, l’idea della vulnerabilità della “donna in quanto donna” sono legati a filo doppio al modello della responsabilità limitata. Sullo sfondo riecheggia quella *infirmis sexus* che aveva condotto a teorizzare una attenuazione o, addirittura, una esclusione della imputabilità della “donna in quanto donna”<sup>82</sup> o, comunque, una minorata responsabilità della donna, incapace in quanto in una condizione di perenne dipendenza dall’uomo<sup>83</sup>. Il risultato di una donna (biologicamente o socialmente) fragile,

79 O. Di Giovine, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne*, cit., p. 305, che evidenzia le criticità derivanti da entrambi i possibili “atteggiamenti” del legislatore.

80 Cfr. F. Palazzo, *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, cit., p. 98, secondo il quale la legge n. 69 del 2019 sarebbe «univocamente orientata a tutelare la vulnerabilità “sociale” della donna». Sulla valenza ibrida del concetto di vulnerabilità che fa sfondo alle recenti riforme legislative su questioni riconducibili alla violenza, a partire dalle misure introdotte dalla l. n. 69 del 2019 (c.d. Codice rosso), L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, cit., p. 440. Per una efficace ricostruzione della normativa nazionale in materia di violenza contro le donne, per tutti, A. Marandola, *Violenza sulle donne. Le prime forme di protezione: il c.d. “Codice Rosso”*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., pp. 455 ss.

81 A. Asúa Batarrita, *Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*, in *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos Penales José María Lidón, 2004, pp. 218 ss. osserva come, al contrario di quanto avviene per i minori o gli incapaci, «rispetto alla donna non esiste una posizione di “inferiorità naturale” o una necessaria relazione di dipendenza, ma è proprio la pratica del maltrattamento che agisce come meccanismo per ottenere o mantenere la conformità e la sottomissione alla volontà del maschio». Analogamente, P. Laurenzo Copello, *La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, osserva che la situazione della donna «non è [...] paragonabile a quella dei bambini, degli anziani o dei disabili che, per loro stessa natura, occupano una posizione di partenza necessariamente subordinata nella famiglia. Questi componenti del gruppo domestico sono naturalmente vulnerabili; per le donne, invece, è l’aggressore a renderle vulnerabili attraverso l’esercizio della violenza. La vulnerabilità delle donne non è inerente alla loro posizione giuridica all’interno della famiglia o alle loro condizioni personali, ma è il risultato di una strategia di dominio esercitata dagli uomini - sotto la protezione dei modelli culturali dominanti - per tenerle sotto il loro assoluto controllo».

82 M. Graziosi, *Infirmis sexus. La donna nell’immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 2/1993, pp. 99 ss.

83 V. Benetti, *La donna nella legislazione italiana*, Roma, Tipografia del Senato, pp. 48 ss.

vulnerabile e dipendente diviene l'inevitabile infantilizzazione e/o psicopatologizzazione della sua devianza, che conduce a una differenziazione delle pene "femminili" e, spesso, a un approccio di tipo correzionale nel trattamento conseguente alla commissione di un reato<sup>84</sup>.

La vulnerabilità, più in generale, funziona spesso da contraltare dell'autodeterminazione. Ogni approccio ispirato a una logica di stampo antipaternalistico, che metta al centro la persona e la sua libertà di scelta, deve scontrarsi con l'obiezione della (attuale o, più spesso, potenziale) incapacità di scelta da parte di soggetti che versino in condizione di vulnerabilità. Si pensi al settore paradigmatico delle questioni di fine vita<sup>85</sup>, ma anche a quello della prostituzione: «è, in effetti, inconfutabile», ha osservato la Corte costituzionale, confermando la legittimità costituzionale delle condotte collaterali alla prostituzione, «che, anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali. Può trattarsi non soltanto di fattori di ordine economico, ma anche di situazioni di disagio sul piano affettivo o delle relazioni familiari e sociali, capaci di indebolire la naturale riluttanza verso una "scelta di vita" quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede»<sup>86</sup>.

Se, invece, con specifico riferimento ai reati di genere, la vulnerabilità è una "condizione" (per usare la terminologia dell'art. 90-*quater* c.p.p.) che la donna si vede attribuita (solo) *ex post*, in conseguenza della commissione di determinati reati, l'obiettivo diviene quello, di tipo processuale, relativo alla minimizzazione del rischio di vittimizzazione secondaria, anche al fine di incentivare il ricorso alla giustizia di donne che, proprio perché hanno subito queste forme di violenza, avvertono una condizione di fragilità nei confronti tanto del reo quanto del sistema giudiziario complessivamente inteso. Non viene viceversa in considerazione la possibilità di configurare una risposta punitiva differenziata già sul piano più strettamente sostanziale, modellando fattispecie incriminatrici *ad hoc* o circostanze aggravanti sulla condizione di strutturale debolezza della donna e delle altre vittime di violenza di genere.

Queste conclusioni in materia di vittima vulnerabile non conducono, almeno credo, a ridimensionare o a negare la condizione di subalternità cui le donne sono costrette, come risultato di un modello socio-culturale strutturalmente patriarcale. La questione è, piuttosto, quella di tradurre queste premesse in categorie di diritto positivo, scegliendo tra una prospettiva che guardi alla vittima e una prospettiva che, invece, si focalizzi sul reo. A me sembra, per le ragioni che ho cercato di chiarire, che proprio quest'ultima sia la strada preferibile: valorizzare il modello socio-culturale da cui la violenza di genere trae origine e alimento, ma non al fine di isolare una vittima diversa dalle altre, quanto, piuttosto, con l'obiettivo di individuare una risposta differenziata per condotte (o, se si preferisce, offese) diverse dalle altre, per le "cause" che "motivano" i reati in questione, da individuarsi proprio nel modello patriarcale in cui affonda le radici il terreno sociale e culturale<sup>87</sup>.

84 G. Zuffa, *Ripensare il carcere, dall'ottica della differenza femminile*, in *Quest. giust.*, 2/2015, pp. 96 ss.

85 A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2019, 812 ss. e A. Massaro, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 82 ss.

86 Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, punto 6.1. del *Considerato in diritto*, su cui, volendo, A. Massaro, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 3/2019, 1617 ss. Sulla *summa divisio* di riferimento tra prostituzione volontaria e prostituzione forzata v. I. Merzagora, G. Travaini, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, pp. 1124 ss. Per considerazioni critiche sul binomio consenso-sfruttamento, che si traduce nel binomio prostituta colpevole-prostituta vittima, T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 70 ss.

87 In riferimento all'idea per cui una risposta differenziata per la violenza maschile contro le donne consentirebbe di stigmatizzare la discriminazione che costringe la donna in una posizione subalterna rispetto all'uomo, replicando (e confermando) la struttura patriarcale che fa da collante al tessuto sociale, E. Fernández, *El principio constitucional de no discriminación basada en el sexo y la nueva ley de protección integral contra la violencia de género*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2006, p. 154; A. Rubio, *Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores*, in *Análisis jurídico de la violencia contra la mujeres*, Sevilla, Lam, 2004, pp. 43 ss. In senso adesivo, A.M. Maugeri, *Le "aggravanti" nei confronti degli uomini autori di "violenza di genere"*, cit., alla quale si rinvia anche per riferimenti ulteriori.



## 5. Le specificità della violenza di genere: coordinate definitorie

Diviene a questo punto necessario precisare cosa si intenda per “reati di genere” e se, in particolare, possa essere decisivo, a questi fini, il (solo) concetto di “violenza di genere”: si tratta, in effetti, di una scelta terminologica non scontata, di progressiva e lenta emersione sul piano normativo<sup>88</sup> e che, soprattutto, non trova sicuro ancoraggio nella legislazione penale italiana.

Il termine violenza, anzitutto, viene inteso in senso molto ampio quando a venire in considerazione sono i *gender-based crimes*. Si tratta, come precisato dalla Corte di cassazione a Sezioni unite, di una particolare forma di violenza alla persona, riferibile non solo ai casi di aggressioni fisiche, ma di quelle morali e psicologiche, nonché delle forme di violenza economica<sup>89</sup>.

Da un punto di vista strettamente giuridico-penale, una definizione così ampia si inserisce in maniera “coerente” nel processo di progressiva “dematerializzazione interpretativa” del concetto di violenza che, avvicinandola in maniera sempre più significativa a quello di coercizione, incorre spesso nel rischio di estensione analogica di quelle fattispecie incriminatrici costruite, appunto, attraverso il riferimento a una condotta violenta, specie quando le stesse prevedano, come ulteriore elemento costitutivo, quello della costrizione (art. 610 o art. 609-bis c.p.)<sup>90</sup>.

Sul versante sociologico e filosofico, spunti interessanti sono offerti, ancora una volta, dalle già richiamate considerazioni di Tamar Pitch: il femminismo punitivo, proprio attraverso il concetto di violenza contro le donne, ha inteso “denaturalizzare” e “deprivatizzare” offese che, per troppo tempo, sono rimaste invisibili, anche nelle aule di tribunale: l’introduzione uno specifico reato per criminalizzare il fenomeno dello *stalking* o l’attenzione riservata, nel dibattito pubblico, alle molestie sui luoghi di lavoro, per esempio, sono servite a identificare quei comportamenti come “non normali” o, in ogni caso, come “mali da combattere”<sup>91</sup>. Con il trascorrere del tempo, tuttavia, «il termine violenza ha finito per descrivere la condizione delle donne in generale, tutte le donne insomma, unificando le loro esperienze prescindendo dalle loro differenze di classe, origine etnica, cittadinanza, età, e contribuendo alla rilegittimazione del sistema di giustizia penale e alla sua odierna centralità nello scenario politico»<sup>92</sup>.

Le definizioni che si riscontrano ormai di frequente nelle fonti internazionali ed eurounitarie, le quali, secondo i principi generali, sono in grado di produrre effetti anche sull’ordinamento interno, ruotano proprio attorno al concetto di “violenza”, articolata nelle tre categorie della violenza di genere, della violenza contro le donne e della violenza domestica.

Un punto di riferimento obbligato sul versante definitorio è certamente costituito dall’art. 3 della Convenzione di Istanbul, nella quale, tuttavia, si assiste al rischio di una sovrapposizione, non del tutto chiara, tra il concetto di *violence against women* e la (diversa?) definizione di *gender-based violence against women*, con l’ulteriore previsione della *domestic violence*<sup>93</sup>.

Ai fini della presente Convenzione:

- con l’espressione “violenza contro delle donne” (*violence against women*) si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata;

88 Per tutte le necessarie indicazioni, I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, cit., pp. 118 ss.

89 Cass., Sez. un. pen., 29 gennaio 2016, n. 10959, la quale ha precisato che «la disposizione dell’art. 408 c.p.p., comma 3-bis, che stabilisce l’obbligo di dare avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione con riferimento ai delitti commessi con violenza alla persona, è riferibile anche ai reati di atti persecutori e di maltrattamenti, previsti rispettivamente dagli artt. 612-bis e 572 cod. pen., perché l’espressione violenza alla persona deve essere intesa alla luce del concetto di violenza di genere, quale risulta dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario».

90 Per tutti i necessari riferimenti, F. Cecchini, *La violenza privata e la violazione di domicilio. Protezione della vita privata tra concetto “smaterializzato” di violenza e nozione “relazionale” di domicilio*, in *Temi penali*, II, *Delitti contro la persona. Delitti contro il patrimonio*, Giappichelli, 2018, pp. 202 ss.

91 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 56-57.

92 T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 57.

93 Sul “compromesso” che ha condotto alle definizioni contenute nella Convenzione di Istanbul, I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, cit., pp. 90 ss.

- l’espressione “violenza domestica” (*domestic violence*) designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima; con il termine “genere” ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini;
- l’espressione “violenza contro le donne basata sul genere” (*gender-based violence against women*) designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato;
- per “vittima” si intende qualsiasi persona fisica che subisce gli atti o i comportamenti di cui ai precedenti commi a e b;
- con il termine “donne” sono da intendersi anche le ragazze di meno di 18 anni.

Di particolare interesse, poi, risulta la definizione di violenza di genere offerta dalla già citata direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (Considerando 17) in cui la violenza di genere ha come vittima una “persona”, non semplicemente una donna.

Per violenza di genere s’intende la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l’aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti «reati d’onore». Le donne vittime della violenza di genere e i loro figli hanno spesso bisogno di un’assistenza e protezione speciali a motivo dell’elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza.

La definizione di violenza di genere, invece, scompare nella recente Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce norme minime comuni per prevenire e combattere la violenza contro le donne e quella domestica nell’Unione europea. La direttiva “polarizza” la tutela affidandosi, in sede di definizioni (art. 2), alla coppia concettuale delineata dalla violenza contro le donne e dalla violenza domestica, segnando, a mio avviso, un passo indietro terminologico-concettuale rispetto al percorso delineato dal diritto internazionale ed eurounitario. Nella definizione della violenza contro le donne, questo è vero, il legislatore europeo riproduce le note concettuali della violenza di genere («solo perché donne, ragazze o bambine» o «che colpisce le donne, le ragazze o bambine in modo sproporzionato»); così come è vero che il legame tra la violenza contro le donne e la violenza di genere compare, chiaramente, nel Considerando 10<sup>94</sup>. A maggior ragione, allora, l’affrancamento terminologico, in sede di definizioni generali, dalla *gender-based violence against women* rappresenta una scelta non scontata e, io credo, poco condivisibile, anche perché il concetto di “genere” o di “violenza di genere” ricorre spesso negli articoli della Direttiva (a titolo meramente esemplificativo, artt. 8, 11, 21).

Nelle definizioni contenute all’art. 2 della Direttiva (UE) 2024/1385, più esattamente, si legge che:

Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni seguenti:

- a) «violenza contro le donne»: qualsiasi atto di violenza di genere perpetrata nei confronti di donne, ragazze o bambine solo perché donne, ragazze o bambine, o che colpisce le donne, le ragazze o le bambine in modo sproporzionato, che provochi o possa provocare danni o sofferenza fisica, sessuale, psicologica o economica, incluse le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, nella sfera pubblica come nella vita privata;
- b) «violenza domestica»: qualsiasi atto di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica, consumato all’interno della famiglia o del nucleo familiare, indipendentemente dai legami familiari biologici o giuridici, tra coniugi o partner o tra ex coniugi o partner, a prescindere che l’autore di tali atti conviva o abbia convissuto con la vittima;

94 Considerando 10 Direttiva (UE) 2024/1385: «la violenza contro le donne è una manifestazione persistente della discriminazione strutturale nei confronti delle donne, derivante da rapporti di potere storicamente iniqui tra donne e uomini. È una forma di violenza di genere principalmente inflitta a donne, ragazze e bambine da parte di uomini. È radicata nei ruoli, nei comportamenti, nelle attività e negli attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini. Nell’attuazione della presente direttiva si dovrebbe pertanto tenere conto di una prospettiva sensibile alla dimensione di genere».

- c) «vittima»: la persona che, indipendentemente dal genere, ha subito un danno causato direttamente da violenza contro le donne o violenza

Provando a ricavare delle indicazioni di carattere generale, è possibile delineare, da una parte, i concetti di violenza di genere e di violenza contro le donne, e, dall'altra parte, la definizione della violenza domestica.

### 5.1. La violenza di genere: la lettura oggettiva del “motivo di genere”

La definizione di violenza di genere, così come ricavabile dalle fonti internazionali ed eurounitarie (fatta eccezione, come precisato, per la Direttiva (UE) 2024/1385), si caratterizza non solo per la nozione ampia violenza, capace di comprendere il danno fisico, emotivo o psicologico, economico, ma anche (e soprattutto) per la valorizzazione della “causa” del reato: la violenza deve essere diretta contro una persona per ragioni legate al genere, intendendo con quest’ultima espressione i ruoli, i comportamenti e gli attributi che un certo modello socio-culturale, cui l’agente si ispira, considera appropriati per uomini e donne<sup>95</sup>.

Il concetto di genere evoca, in maniera immediata e necessaria, quello di potere degli uomini nei confronti delle donne, creando, come conseguenza ulteriore, un nesso evidente tra discriminazione e violenza. Potrebbe dirsi, usando un’espressione solitamente riservata ad alcuni reati commessi da stranieri, che i *gender-based crimes* siano *culturally-motivated crimes*<sup>96</sup>, nel senso che trovano la loro “ragione” in un modello culturale accettato come dominante in un determinato contesto storico<sup>97</sup>: l’esplicita criminalizzazione di questi comportamenti si fonda proprio sulla distanza di un certo ordinamento giuridico rispetto a modelli culturali che il diritto (anche penale) non solo non riconosce, ma, anzi, si propone di superare.

Si tratta di chiarire se attraverso la violenza di genere si intenda valorizzare il disvalore soggettivo costituito da un particolare “motivo a delinquere” o se, viceversa, il concetto in questione possa essere ricostruito su basi oggettive.

Mi sembra preferibile intendere le “ragioni” che stanno alla base della violenza di genere in senso meramente oggettivo, senza arricchire la definizione con una componente soggettiva che richiederebbe un’indagine sulla causa psichica che ha spinto il soggetto ad agire o, più in generale, sul suo foro interno, giungendo, tra l’altro, alla conclusione (poco auspicabile) di una necessaria rappresentazione del motivo in questione. Il reato, detto altrimenti, deve essere “causato” da un modello socio-culturale fondato sulla discriminazione di genere. Non importa che il soggetto sia stato concretamente motivato alla commissione del reato dalla discriminazione di genere: ciò che importa è quel modello, oggettivamente riconoscibile in sede di accertamento della responsabilità penale, sia disapprovato dall’ordinamento. Con l’ulteriore conseguenza per cui non si renderebbe necessario costruire, eventualmente, delle fattispecie che prevedano tra i loro elementi costitutivi il dolo specifico, visto che, come precisato, a venire in considerazione non sarebbe un elemento a contenuto esclusivamente psicologico che individui la finalità perseguita dall’agente, ma, viceversa, la “causa” che ha “determinato” la commissione del reato.

Risultano di particolare interesse, a questo proposito, alcuni spunti emersi nella giurisprudenza spagnola, chiamata a confrontarsi con la novità introdotte dalla *Ley orgánica 1/2004*, contenente misure di protezione integrale contro la violenza di genere<sup>98</sup>. Si è posta la questione, per quel che qui maggior-

95 Cfr. M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, p. 22, la quale precisa che la violenza contro le donne può considerarsi una violenza di genere perché è lo strumento più estremo utilizzato per perpetuare la discriminazione contro le donne. L’uso dell’espressione violenza di genere, inoltre, implica una presa di posizione sulle cause che la generano, nel senso che “spiega” la violenza contro le donne in termini culturali e sociali, e non in termini biologici o individuali.

96 Per le potenziali tensioni tra il riconoscimento del fattore culturale come elemento in grado di determinare una riduzione o un’esclusione della pena e la “lotta” contro le discriminazioni di genere, per tutti, A. Phillips, *When Cultures Means Gender: Issues of Cultural Defence in the British Courts*, in *Modern Law Review*, 2003, pp. 510 ss.

97 Sia pur con accenti differenti, F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 41-42; A. Bernardi, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. p. 57; C. de Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS, 2010, p. 30; F. Parisi, *Cultura dell’«altro» e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 43-44.

98 Per considerazioni critiche sulla riforma in questione, F. Muñoz Conde, *Violencia familiar y de género en la ley orgánica 1/2004*, in E. Núñez Castaño (a cura di), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, spec. p. 17.

mente interessa, se, per applicare le fattispecie previste dagli articoli 153, primo comma<sup>99</sup>, 171, quarto comma<sup>100</sup> e 172, secondo comma<sup>101</sup> del codice penale spagnolo, fosse necessaria una particolare intenzione dell'agente, anche sulla base dell'art. 1 della legge di riforma<sup>102</sup>, o se, al contrario, fosse sufficiente una condotta commessa da un uomo nei confronti di una donna rispetto alla quale intrattiene o ha intrattenuto una relazione coniugale o analoga.

Il Tribunale Supremo, con considerazioni relative anche al cruciale profilo dell'onere della prova (*rectius*, rischio per la mancata prova), ha osservato che «secondo la giurisprudenza costituzionale, per l'applicazione dell'art. 153.1 del codice penale, è necessario un substrato che dimostri che l'aggressione è inquadrata nel contesto di una concezione riprovevole impiantata in ambiti culturali o sociali di predominio maschile sulle donne. Ma questo non significa che sia necessario un particolare elemento soggettivo o un dolo specifico. La presunzione funziona in senso opposto. Solo se vi è la prova o l'evidenza che l'episodio specifico o ripetuto di violenza è totalmente estraneo a questa concezione socialmente radicata, e che l'aggressione o la lesione obbediscono a coordinate radicalmente diverse, non vi sarebbe alcuna base per la differenziazione penale e la condotta dovrà essere punita attraverso i tipi sussidiari in cui la condizione femminile del soggetto passivo non rappresenta un titolo di aggravamento penale. Ma in linea di principio, un'aggressione in questo quadro contestuale di per sé e senza la necessità di una prova speciale è legata alla concezione che il legislatore penale intende sradicare o almeno riprovare»<sup>103</sup>.

In maniera ancora più chiara, si è precisato come quello che caratterizzerebbe le fattispecie in questione non sarebbe un elemento soggettivo, «ma oggettivo, seppur contestuale e sociologico. Questa componente "machista" va ricercata nell'ambiente oggettivo, non negli stati d'animo o nelle intenzioni. Quando la Corte Costituzionale richiede quest'altro disvalore, non sta richiedendo una reiterazione, o uno scopo specifico, o una comprovata personalità machista. Chiede semplicemente di valutare se si possa ragionevolmente sostenere che nell'episodio in questione sia presente, anche se solo in forma latente, subliminale o latente, una tendenza "oggettivabile", derivante dall'oggettività stessa dei fatti,

99 «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

100 «El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

101 «El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

102 Art. 1 1. Ley Orgánica 1/2004, 28 diciembre: «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

103 ATS, 31 luglio 2013, VI razonamiento jurídico.



a perpetuare una secolare disuguaglianza che si vuole sradicare punendo più severamente comportamenti che hanno questo sfondo»<sup>104</sup>.

Ciò che rileva, detto altrimenti, non sono le motivazioni interiori che hanno sorretto, nel caso concreto, la condotta penalmente rilevante, ma le cause oggettive del reato, riconducibili al modello socio-culturale fondato sulla discriminazione di genere e sulla subalternità della donna rispetto all'uomo. L'accertamento, di conseguenza, dovrebbe essere condotto sulla base di un parametro (non soggettivo, ma) oggettivo, che valorizzi il punto di vista di un osservatore esterno e non quello del reo.

Proprio come nei reati culturalmente orientati, a venire in considerazione è un conflitto tra modelli culturali: quello che su cui "si basa" il reato commesso e quello che l'ordinamento, anche attraverso la sua legislazione penale, intende tutelare e promuovere.

L'espressione inglese *gender-based violence* (o *crimes*) riesce, meglio delle versioni italiane "violenza di genere" (o "reati di genere") a rendere la curvatura oggettiva delle offese in questione: si tratta di reati "basati", "fondati" sul genere, nel senso che trovano la loro origine e la loro spiegazione nel modello socio-culturale sulla base del quale uomini e donne si vedono attribuiti dei ruoli non paritari.

## 5.2. La violenza contro le donne

La violenza contro le donne individua una categoria speciale rispetto a quello di violenza di genere: agli elementi costitutivi di quest'ultima si aggiunge, infatti, il *quid pluris* della selezione della vittima, rappresentata dalla donna, intesa in senso biologico o, comunque, giuridico-formale. Resta invece fermo il requisito della "causa di genere", nel senso che per *violence against women* si intende la violenza contro una donna in quanto donna o, se si vuole, basata su discriminazioni legate al genere.

La scelta tra le due categorie, come è evidente, non risulta irrilevante, tanto sul piano giuridico quanto su quello più strettamente politico-ideologico<sup>105</sup>. Si tratta di chiarire, detto altrimenti, se oggetto di specifica tutela debba essere il solo fenomeno della violenza maschile contro le donne (biologicamente intese come tali) o, se per contro, alla violenza di genere possa e debba riconoscersi una matrice culturale comune, anche nel caso in cui destinatari della stessa siano, per esempio, persone omosessuali o *transgender*.

## 5.3. La violenza domestica

Meno problematica risulta, almeno sul piano definitorio, la categoria della violenza domestica. In questo caso, mettendo da parte ogni considerazione sulla "causa" della violenza, la definizione si concentra sull'elemento oggettivo del legame "familiare", inteso, in senso ampio, come contesto affettivo dotato di un coefficiente minimo di stabilità. La *ratio* dell'aggravamento di pena risiede nel fatto che il contesto domestico può rivelarsi particolarmente criminogeno sia perché, trattandosi di un contesto privato, i meccanismi di controllo sociale hanno un minor potenziale di inibizione del comportamento violento sia perché il controllo esercitato da chi occupa una posizione dominante rende più difficile il ricorso alle autorità<sup>106</sup>.

Oltre a quanto previsto dall'art. 3 del d.l. n. 93 del 2013 (convertito con modificazioni dalla l. n. 119 del 2013), che, sia pur nel limitato contesto normativo dell'ammonimento del, offre un'esplicita defini-

104 STS, n. 856/2014, 26 dicembre 2014. Nella dottrina italiana, A.M. Maugeri, *Le "aggravanti" nei confronti degli uomini autori*, cit., § 4, discutendo favorevolmente l'introduzione di "aggravanti di genere", precisa che «non si tratterebbe di punire più gravemente la violenza di genere in considerazione di uno specifico movente soggettivo dell'autore, ma piuttosto si tratterebbe di tenere conto non solo dell'offesa all'incolumità fisica o all'onore o alla libertà personale, o alla libertà sessuale, realizzata attraverso le lesioni, i maltrattamenti, le minacce, la violenza sessuale, ma l'ulteriore disvalore insito nella violenza di genere come forma di violenza strutturale in quanto espressione di discriminazione, in quanto meccanismo sociale per mantenere la donna nella posizione subordinata che occupa nella società patriarcale». Cfr. L. Goisis, *Genere e diritto penale*, cit., p. 62, favorevole a un'estensione dell'art. 604-ter c.p. al fine di renderlo riferibile anche ai reati di odio misogino/di genere, ritiene che il "motive di genere" dovrebbe ritenersi accertato quando «le condotte contengano effettivamente i segni di una finalità di discriminazione e di odio – di genere – allorché l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto riguardo anche al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sul genere e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato all'esclusione di condizioni di parità».

105 *Amplius*, I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, cit., pp. 90 ss.

106 Così, pressoché testualmente, M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, cit., p. 20.

zione di violenza domestica<sup>107</sup>, è innegabile che proprio questo concetto abbia ispirato l'introduzione di molte circostanze aggravanti speciali (riferite, cioè, a specifiche fattispecie di reato) costruite proprio sul legame oggettivo tra reo e vittima.

Si pensi, in particolare, all'aggravante prevista dall'art. 577, primo comma, n. 1, c.p. la quale prevede la pena dell'ergastolo, per l'omicidio volontario se il fatto è commesso «contro l'ascendente o il discendente anche per effetto di adozione di minorenni o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva». Lo stesso art. 577 c.p., al secondo comma, stabilisce che la pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni «se il fatto è commesso contro il coniuge divorziato, l'altra parte dell'unione civile, ove cessata, la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate, il fratello o la sorella, l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del Codice Civile, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta». Un ulteriore esempio è quello offerto dall'art. 612-*bis* c.p., che al secondo comma prevede un aumento di pena «se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa» o, ancora, dall'analoga formulazione del terzo comma del successivo art. 612-*ter* c.p., che punisce la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti.

Lo schema seguito dal legislatore attraverso le circostanze aggravanti cui si è fatto cenno si inserisce, detto altrimenti, nel più ampio modello offerto dal "reato relazionale", inteso come un reato commesso nell'ambito di un rapporto interpersonale, esistente prima del fatto<sup>108</sup>.

I casi di violenza domestica, evidentemente, si risolvono spesso in situazioni riconducibili al fenomeno della violenza contro le donne o, se si vuole, a quello della violenza di genere. Tra le categorie in questione, tuttavia, non esiste una perfetta sovrapposizione. Ai fini della violenza domestica, anzitutto, non è necessario accertare il disvalore consistente nella discriminazione di genere, posto che, come precisato, è necessaria e sufficiente la sussistenza di un legame oggettivo tra il reo e la vittima, nelle forme e nei limiti di volta in volta precisati dal legislatore. In secondo luogo, la violenza domestica è una categoria in grado di comprendere la violenza di genere, ma che certamente nella violenza di genere non si esaurisce: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai casi di uccisione di un genitore da parte del figlio, alle ipotesi di omicidio c.d. *pietatis causa* o, addirittura, alla morte di un padre o di un marito violento per mano dei suoi familiari. Proprio l'eterogeneità delle situazioni riconducibili alla violenza domestica, del resto, è stata una delle ragioni che hanno condotto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 197 del 2023, a dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 577, terzo comma c.p., introdotto dalla legge n. 69 del 2019, nella parte in cui vieta al giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti della provocazione di cui all'art. 62, primo comma, numero 2), cod. pen. e le circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* cod. pen. L'introduzione di queste "circostanze privilegiate", in effetti, violerebbe i principi di ragionevolezza-uguaglianza e di proporzionalità della pena<sup>109</sup>. I principi di ragionevolezza e di proporzionalità, forse, sarebbero stati più al sicuro se il "bilanciamento bloccato" avesse avuto ad oggetto delle aggravanti costruite non tanto attorno al concetto di violenza domestica quanto, piuttosto, valorizzando quello di violenza di genere.

107 Art. 3 d.l. n. 93/2013, primo comma: «Nei casi in cui alle forze dell'ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibile ai reati di cui agli articoli 581, 582, 610, 612, secondo comma, 612-*bis*, 612-*ter*, 614 e 635, consumati o tentati, del codice penale, nell'ambito di violenza domestica, il questore, anche in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto. Ai fini del presente articolo si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici o commessi in presenza di minorenni, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

108 R. Bartoli, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, in M. Bertolino (a cura di), *Reati contro la famiglia – Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2022, 160 ss. V. Anche E. Corn, *Victimam non ledere. Verso nuove pene per i reati commessi in contesto di relazioni strette tra autore e vittima*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, 20 ss., che valorizza il concetto di "relazioni strette".

109 Corte cost., 10 ottobre 2023, 197, su cui S. Prandi, *L'incostituzionalità del divieto di bilanciamento dell'aggravante dell'omicidio di prossimità: il giudice tra equità e legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2024, pp. 625 ss.

#### 5.4. La (necessaria) distinzione tra violenza domestica e violenza di genere

La sentenza n. 197 del 2023 della Corte costituzionale conferma, se ancora ce ne fosse bisogno, che la violenza domestica non si identifica con la violenza di genere o, meglio, che la seconda non è integralmente riconducibile alla prima: si tratta di fenomeni distinti che, quindi, necessiterebbero di distinte risposte da parte dell'ordinamento, compreso quello penale.

Anche se spesso, specie nel dibattito pubblico, le espressioni "violenza domestica" e "violenza di genere" appaiono sinonimiche, utilizzare il concetto di violenza domestica per indicare il fenomeno della violenza maschile contro le donne o, comunque, della violenza di genere è riduttivo e fuorviante. Riduttivo, perché il legame domestico ben potrebbe riferirsi a dinamiche che nulla hanno a che vedere con la violenza contro le donne: si pensi, di nuovo, all'uccisione di un padre (ma anche di una madre) per mano di un figlio tossicodipendente o, ancora, all'uccisione di un coniuge gravemente malato. Fuorviante, perché conduce, più o meno consapevolmente, ad occultare le cause della violenza e, in particolare, il fatto che la violenza di genere abbia carattere non occasionale, ma strutturale e non sia riconducibile a fattori individuali, ma socio-culturali<sup>110</sup>. La violenza di genere rischia di trovarsi "confusa" in un coacervo di condotte eterogenee, faticando ad emergere come fenomeno socio-culturale (prima) e giuridico (poi) autonomo alimentando il rischio di appiattare la *ratio* di tutela su una pretesa vulnerabilità *ex ante* della vittima, derivante dal suo legame con il reo.

È innegabile, ovviamente, che il contesto domestico sia quello in cui i reati di genere emergano con maggiore frequenza statistica, assumendo, quindi, i caratteri di una "violenza di genere domestica"<sup>111</sup>, ma è altrettanto innegabile che la definizione dei due fenomeni, anche e soprattutto da un punto di vista giuridico, deve restare distinta: una legislazione penale che valorizzasse il legame "domestico" genericamente inteso per fondare una risposta sanzionatoria differenziata, questo è il punto, non potrebbe definirsi come una legislazione penale che introduca uno statuto speciale per i *gender-based crimes*.

### 6. Un possibile percorso di riforma: a) dalla *gender-based violence* ai *gender-based crimes*

Cercando di tirare le fila delle considerazioni svolte fino a questo momento, proverò a delineare le coordinate di una possibile "prospettiva di riforma", che mi sembra, risulti praticabile anzitutto sul versante tecnico-giuridico.

Un primo tassello è costituito dal superamento del concetto di violenza nella risposta penalistica ai reati di genere.

L'ampiezza del concetto di violenza, riferita ai reati di genere, può senza dubbio sollevare perplessità, specie per quelle esigenze di determinatezza della norma penale che definizioni tendenzialmente onnicomprensive non riescono ad assicurare. Se tutto è violenza, nulla, in definitiva, è violenza.

L'"inconveniente" in questione potrebbe ridimensionarsi valorizzando non tanto e non solo la nozione di violenza di genere (*gender violence*) quanto, piuttosto, quella di reati basati sul genere (*gender-based crimes*). Ciò che importa, detto altrimenti, non è la forma assunta dalla condotta penalmente rilevante e/o l'evento naturalistico del reato, ma le cause oggettive che stanno alla base di quella condotta, nel senso che si è cercato di precisare, senza che assuma valenza decisiva la circostanza che si tratti di una violenza sessuale, un sequestro di persona o, ancora, di un reato contro il patrimonio.

Mi sembra poi preferibile ragionare nell'ottica dei *gender-based crimes* anziché in quella, più settoriale, dei *gender-based crimes against women*. Non credo che questo comporti uno "svilimento" del disvalore collegato alle forme di "violenza" maschile contro le donne, che, certamente, rappresentano la compo-

110 M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, cit., pp. 20-21 ritiene che l'uso dell'espressione "violenza domestica" in luogo di "violenza di genere" risulti sbagliato per eccesso, perché la violenza di genere riguarda non solo le donne, ma tutti i soggetti inseriti in un contesto familiare o para-familiare; risulti sbagliato per difetto, perché nasconde altri contesti nei quali le donne subiscono violenza in modo rilevante (per esempio, in un conflitto armato); risulti distortivo, perché rende meno nitida la prospettiva che valorizza le cause della violenza. Analogamente, P. Lorenzo Copello, *La violencia de género en la ley integral*, cit., p. 08:4, sottolinea l'inopportunità di identificare la violenza di genere con la violenza domestica, posto che, pur essendo fenomeni correlati, si tratta di questioni diverse, dovute a cause diverse e che necessitano di risposte penali autonome. La confusione dei due concetti, osserva ancora l'Autrice, ha portato a diluire la violenza contro le donne tra molte altre manifestazioni di aggressione che hanno origine da cause estranee al sesso della vittima, dando luogo a una risposta poco mirata da parte del diritto penale, non priva di pericolosi effetti applicativi.

111 M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, cit., p. 22.

nente più significativa, non solo sul piano quantitativo, dei reati commessi sulla base della costruzione sociale del genere. Credo, al contrario, che affrancare la risposta penalistica da una determinazione biologica della vittima risulti del tutto coerente con la prospettiva indicata dai *Gender Legal Studies*, senza considerare che il maschilismo e il sessismo cui si ispira il “modello culturale” che fa da sfondo ai reati commessi contro le donne è lo stesso che, più in generale, consente di “spiegare” i *gender-based crimes* intesi in una prospettiva più ampia.

### 6.1. b) introduzione di una circostanza aggravante comune

Il superamento del concetto di violenza renderebbe più semplice, a mio avviso, immaginare la formulazione di una norma che esprima il maggiore disvalore delle condotte che si stanno prendendo in considerazione.

L’alternativa più evidente, per chi ragioni su un possibile statuto differenziato per i *gender-based crimes*, è quella tra la previsione di autonome fattispecie di reato e l’introduzione di una o più circostanze aggravanti. Qualora si opti per la previsione di aggravanti, si tratterà di precisare se debba trattarsi di circostanze comuni o, per contro, riferibili solo a specifiche fattispecie di reato<sup>112</sup>.

A me pare che la soluzione preferibile sia quella di prevedere una circostanza aggravante comune, costruita attorno al fatto commesso a causa del genere della vittima, secondo il modello oggettivo al quale si è fatto riferimento.

La scelta di un’aggravante consentirebbe, anzitutto, di spostare il baricentro sulla discrezionalità giudiziale, evitando rigidi automatismi sul versante del *quantum* di pena.

L’art. 604-ter c.p., che, come noto, è stato oggetto di proposte di legge volte ad ampliare la sfera operativa anche ai reati di genere<sup>113</sup>, costruisce l’aggravante ricorrendo al concetto di “finalità”<sup>114</sup>, mentre l’art. 22 del codice penale spagnolo, ampiamente sovrapponibile alla norma italiana, fa riferimento ai “motivi”<sup>115</sup>.

Il concetto di “motivo”, a ben vedere, potrebbe essere utilmente impiegato, a condizione, però, di intenderlo, conformemente a uno dei possibili significati letterali del termine, in un’accezione meramente oggettiva, che lo renda sinonimo di “causa”, “ragione”. È tuttavia innegabile che nella tradizione giuridica italiana il concetto di “motivo” si trovi spesso sovrapposto a quello di “movente”, trovandosi in perenne oscillazione tra una definizione oggettiva e una soggettiva: si pensi alla circostanza aggravante dei motivi abietti o futili previsti dall’art. 61 c.p. o, ancora, ai motivi a delinquere cui fa riferimento l’art. 133 c.p., la cui lettura dipende dalla *ratio* che si ritenga di attribuire alla norma di riferimento<sup>116</sup>.

112 Cfr. A.M. Maugeri, *Le “aggravanti” nei confronti degli uomini autori di “violenza di genere”*, la quale, al fine di superare possibili dubbi di ragionevolezza, propone di limitare un’eventuale “aggravante di genere” ai soli reati più gravi, quali come i maltrattamenti, le lesioni gravi e gravissime, la violenza sessuale, l’omicidio.

113 Il c.d. disegno di legge Zan (Proposta di legge presentata il 2 maggio 2018, AC 569), in particolare, proponeva una modifica tanto dell’art. 604-bis c.p. quanto dell’art. 604-ter c.p., inserendo, in quest’ultimo, il riferimento ai «motivi fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere o sulla disabilità». In argomento, M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell’intervento penale*, in GenIUS, 2015; D. Pulitano, *Sulla discussione sul DDL Zan*, in *Giurisprudenza penale web*, 7-8/2021; L. Eusebi, *Colant omnes quemque. Tornare all’essenziale dopo il ddl Zan*, in *Discrimen*, 10 gennaio 2022.

114 L. Goisis, *Genere e diritto penale*, cit., p. 62, si mostra favorevole all’introduzione nell’inciso “nonché di genere” a chiusura dell’elenco di finalità previste dall’art. 604-bis c.p.

115 Art. 22, n. 4 codice penale spagnolo, come modificato dalla Ley 15/2022: «commettere il reato per motivi razzisti, antisemiti, antigitani o per un’altra categoria di discriminazione riguardante l’ideologia, la religione o le convinzioni personali, l’etnia, la razza o la nazionalità, il suo sesso, età, orientamento o identità sessuale o di genere, ragioni di genere, di aporofobia o di esclusione sociale, la malattia o la disabilità della vittima, indipendentemente dal fatto che tali condizioni o circostanze concorrano effettivamente nella persona oggetto della condotta». V., in argomento, M.A. Rueda Martín, *Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 1 e ss., alla quale si rinvia soprattutto per il superamento delle “tradizionali” obiezioni secondo le quali la circostanza in questione sarebbe espressione di un diritto penale d’autore o, comunque, implicherebbe significative difficoltà sul piano probatorio (pp. 28 e ss.).

116 T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, § 13, in riferimento ai motivi abietti o futili di cui all’art. 61, n. 1 c.p., dopo aver precisato che «il motivo costituisce la causa psichica della condotta e consiste nell’impulso interiore che la determina» e che il motivo-movente ben potrebbe essere tanto conscio quanto inconscio, esprime delle perplessità sul fatto che un motivo del tutto inconscio possa costituire la base dell’aggravante, se la *ratio* della stessa, come in effetti sembrerebbe preferibile, viene ricondotta ad una maggior colpevolezza dell’agente. Analogamente, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, Zanichelli, 2024, 797, ritengono che il motivo inserito tra gli indici di accertamento della capacità a delinquere nell’art. 133 c.p., da intendersi nell’accezione di “movente”, rappresenta la «causa psichica, lo stimolo che induce l’individuo a delinquere»: sebbene secondo la psicoanalisi lo stesso potrebbe essere anche inconscio, non è così scontato che, in sede di commi-



In alternativa, potrebbe valorizzarsi quella terminologia di stampo oggettivo che traspare dalle fonti non nazionali, attraverso il riferimento ai *gender-based crimes*: il reato deve essere commesso a causa del genere della vittima o, se si preferisce, deve essere basato, fondato su discriminazioni legate al genere, ponendosi, così, come diretta espressione di quel modello patriarcale che l'ordinamento, mediante l'introduzione dell'aggravante, mostra di disapprovare. Se la finalità si proietta verso il futuro, valorizzando lo scopo dell'azione (o dell'agente, a seconda della prospettiva che si ritenga preferibile), la causa guarda al passato, alle ragioni che sono in grado di "spiegare" la condotta del reo.

In ogni caso, muovendo da una nozione oggettiva del motivo-causa – questo è il punto – l'accertamento dello stesso dovrà necessariamente avvenire sulla base di un parametro oggettivo, esterno all'agente, che tenga conto, in particolare, delle modalità attraverso le quali è stata cagionata l'offesa penalmente rilevante. Il reo deve rappresentarsi che la vittima, nel caso di un *gender-based crime against women*, sia una donna, senza che, invece, si richieda la consapevolezza di perpetuare, attraverso la propria condotta, il modello patriarcale di cui quel comportamento è espressione. Queste premesse potrebbero scongiurare tanto il rischio di cedere alle tentazioni di un diritto penale d'autore quanto le difficoltà, in sede processuale, di accertare un fatto confinato nel foro interno del reo.

In giurisprudenza si è discusso di una possibile convergenza tra il motivo abietto (art. 61, n.1 c.p.), ricorrente nei casi in cui «la motivazione dell'agente ripugni al comune sentire della collettività», e i reati culturalmente orientati, specie quando assumano la fisionomia di reati di genere<sup>117</sup>. Si tratta però di uno schema argomentativo che, se già a fatica si propone per i reati culturalmente orientati commessi da stranieri, incontra ancora maggiori difficoltà per i reati di genere intesi in senso ampio<sup>118</sup>, a meno che non si tratti di modalità di condotta particolarmente "eclatanti"<sup>119</sup>. Una risposta *ad hoc* da parte del legislatore, probabilmente, assicurerebbe che i "motivi di genere" risultino, in quanto tali e senza particolari incertezze interpretative, espressione di un più significativo disvalore, senza la necessità di ricercare *aliunde* le ragioni di una risposta più severa da parte dell'ordinamento.

Quanto alla collocazione, mi sembrerebbe più opportuno l'inserimento di una disposizione di questo tipo nel catalogo delle circostanze aggravanti comuni di cui all'art. 61 c.p., proprio per evidenziarne la trasversalità e per affrancarli, sul versante definitorio, dalle condotte (esplicitamente o implicitamente) violente.

Sarebbe necessario, poi, un coordinamento con le fattispecie e le circostanze speciali già esistenti, per evitare duplicazioni o, comunque, sproporzioni sanzionatorie. A questo fine, risulterebbe certamente auspicabile una clausola, come quella contenuta nell'art. 604-ter c.p., che escluda dall'aggravamento di pena i reati già puniti con l'ergastolo, anche per effetto di circostanze aggravanti. Dovrebbe ipotizzarsi

---

surazione della pena, possano trovare ingresso anche motivi inconsapevoli. *Amplius*, sui concetti di movente, motivo, scopo, causa, A. Malinverni, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, Utet, 1955, 21 ss.

117 Cass., sez. I pen., 12 novembre 2009, n. 6587, in *Foro it.*, 2010, II, cc. 561 e ss., con nota di F. Parisi, *I motivi abietti tra consuetudini culturali e mero "possesso parentale": alcune precisazioni sul valore del fattore culturale in sede penale*, relativa all'omicidio, per mano del padre, di Hina Saleem, una ragazza ventenne di origine pakistana che, contravvenendo ai divieti paterni, aveva deciso di convivere con un ragazzo non musulmano: i giudici di legittimità, tuttavia, escludono la "radice" culturale del delitto in questione, ritenendo che la motivazione assorbente dell'agire dell'imputato derivasse non già da ragioni o consuetudini religiose o culturali, ma "solo" da un «patologico e distorto rapporto di "possesso parentale"» e dalla «rabbia per la sottrazione al proprio reiterato divieto paterno».

118 Risultano emblematiche le più recenti pronunce relative alla possibile rilevanza della gelosia come motivo abietto (o futile). I giudici di legittimità precisano che la circostanza aggravante dei motivi abietti ricorre nel caso in cui un omicidio sia compiuto non per ragioni di gelosia collegate ad un sia pur abnorme desiderio di vita in comune, ma sia espressione di spirito punitivo nei confronti della vittima considerata come propria appartenenza, della quale pertanto non può tollerarsi l'insubordinazione (Cass., sez. I pen., 27 settembre 2023, n. 45341; cfr. Cass., sez. I pen., 10 marzo 2023, n. 16054); la gelosia può integrare l'aggravante dei motivi abietti o futili, quando sia connotata non solo dall'abnormità dello stimolo possessivo verso la vittima od un terzo che appaia ad essa legata, ma anche nei casi in cui sia espressione di spirito punitivo, innescato da reazioni emotive aberranti a comportamenti della vittima percepiti dall'agente come atti di insubordinazione (Cass. sez. I pen., 19 ottobre 2023 n. 5514; Cass., sez. V pen., 9 maggio 2023, n. 27935); la gelosia, quale sentimento morboso espressione di supremazia e possesso che si estrinseca attraverso l'annientamento della vittima, può rendere configurabile l'aggravante dell'aver agito per motivi futili o abietti, di cui all' art. 61, n. 1, c.p. (Cass., sez. I pen., 7 luglio 2023, n. 36364).

119 V., per esempio, Cass., sez. I pen., 11 maggio 2023, n. 44186, che ha ritenuto integrata l'aggravante del motivo abietto nel caso di un tentato omicidio, commesso dal marito in danno della moglie, mediante il cospargimento e la successiva accensione di liquido infiammabile; Cass., sez. V pen., 2 febbraio 2017, n. 33250, la quale ha concluso per la configurabilità del "motivo abietto" in riferimento a un tentato omicidio, commesso da un uomo che aveva colpito ripetutamente con un coltello la vittima per vendicarsi del suo rifiuto di assecondarlo sessualmente. Cfr., anche per la peculiarità della fattispecie, Cass. pen., sez. V pen., 21 aprile 2017, n. 36892, la quale ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva riconosciuto il motivo abietto per l'omicidio del figlio di due anni commesso dall'imputato per vendicarsi della decisione della madre di interrompere la relazione.

zarsi, poi, un coordinamento con le circostanze, già esistenti, di violenza domestica, da cui non deriva l'applicazione della pena dell'ergastolo: si pensi all'art. 612-bis, secondo comma c.p., ma anche all'art. 577, secondo comma c.p. In questi casi, il legislatore potrebbe o escludere il concorso di circostanze o stabilire un limite massimo all'aumento di pena.

Potrebbe immaginarsi, infine, un intervento sull'art. 649 c.p., che, come noto, prevede la non punibilità dei delitti contro il patrimonio, ad eccezione della rapina, dell'estorsione, del sequestro di persona a scopo di estorsione e di ogni altro delitto contro il patrimonio commesso con violenza alle persone. Il concetto di violenza alla persona è inteso in senso non univoco da parte della giurisprudenza, discutendosi, in particolare, se lo stesso comprenda anche la violenza morale (minaccia) la violenza sulle cose<sup>120</sup>. Se, per le ragioni che si è cercato di precisare, l'aggravante di genere fosse affrancata dall'ondivago riferimento alla violenza, potrebbe forse ipotizzarsi che l'operatività dell'art. 649 c.p. sia esclusa anche quando ricorra la circostanza in questione: se, del resto, la "violenza economica" è considerata come una possibile forma di manifestazione della discriminazione di genere, un adattamento del sistema tradizionale dei delitti contro il patrimonio potrebbe certamente risultare auspicabile.

## 6.2. c) introduzione di cause di non punibilità e/o di una circostanza attenuante comune

Una risposta differenziata dell'ordinamento, poi, potrebbe essere completata dalla previsione di cause di non punibilità o di circostanze aggravanti che attribuiscono rilevanza alla reazione della vittima di reati di genere.

Storicamente, quello che, con terminologia contemporanea, rappresenta un "motivo di genere" è stato valorizzato nel senso di attenuare o escludere la risposta penale per reati contro delle donne, se commessi per "causa d'onore". Nella fattispecie di omicidio per causa d'onore, previsto dall'art. 587 c.p., si faceva espressa menzione, oltre al coniuge, della figlia o della sorella, con un riferimento esplicito, altrimenti sconosciuto al diritto penale italiano, della donna come vittima di reato<sup>121</sup>. Per non parlare dell'art. 530 c.p., che prevedeva una "speciale causa di estinzione del reato" in caso di c.d. matrimonio riparatore. Solo con la legge n. 442 del 1981 e con la legge n. 66 del 1996, come ampiamente noto, i reati d'onore e il matrimonio riparatore sono stati formalmente abrogati, superando quel sistema "culturalmente orientato" su cui si fondava la risposta penale in materia di violenza intrafamiliare e di delitti sessuali.

Ribaltando la prospettiva, come anticipato, il dibattito attuale si concentra sulla possibilità di rendere i *gender-based crimes* il presupposto per un trattamento di favore rivolto non più al reo, ma alla vittima.

Il riferimento è, anzitutto, ai dubbi relativi all'applicabilità della legittima difesa, come attualmente prevista dall'art. 52 c.p., specie per la difficoltà di ravvisare un "pericolo attuale" nel caso in cui la reazione della persona aggredita non risulti "contestuale" o, comunque, immediata<sup>122</sup>.

Non mi soffermerò sulla possibilità di un intervento sull'art. 52 c.p., capace di tener conto della reazione determinata dal più ampio contesto della discriminazione di genere, ma credo sarebbe possibile ragionare sulla previsione di una causa di non punibilità o, come in effetti sembra preferibile, di una circostanza attenuante comune, distinta dalla provocazione, capace di tener conto della particolare condizione della vittima di reati di genere. Si tratterebbe di un modo di recuperare la prospettiva della vittima, non, però, per "giustificare" una criminalizzazione differenziata dei *gender-based crimes*, ma, al contrario, per mitigare (o escludere) la risposta penale se la commissione del reato è stata motivata dalla ribellione a condotte discriminatorie, maltrattanti o in altro modo violente a loro volta "motivate" da ragioni fondate sul genere.

120 Secondo l'orientamento maggioritario, confermato di recente da Cass., sez. II pen., 9 marzo 2023, n. 22930, la violenza alla persona ex art. 649, terzo comma c.p. dovrebbe intendersi, in senso restrittivo, come violenza fisica, concetto dal quale risulterebbe esclusa tanto la minaccia quanto la violenza sulle cose.

121 Art. 587 c.p. (abrogato): «Omicidio o lesione per causa d'onore. Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona, che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella». Persino nella fattispecie di mutilazioni degli organi genitali femminili (art. 583-bis c.p.) il legislatore "evita" di declinare al femminile la persona offesa del reato: *amplius*, I. Boiano, *Femminismo e processo penale*, cit., pp. 28-29.

122 Si rinvia all'articolata analisi offerta dal volume di C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Mimesis, 2022, nonché a M. Pérez Manzano, *Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género*, cit., pp. 52 ss.

## 7. L'ipocrisia degli argomenti fondati sul diritto penale come *extrema ratio* e sui rischi di una pan-penalizzazione

Le obiezioni più ricorrenti relative alla previsione di uno statuto penale che, già sul versante del diritto sostanziale, differenzi la risposta dell'ordinamento a fronte dei *gender-based crimes* sono non solo quelle relative al principio di uguaglianza-ragionevolezza, ma anche quelle che chiamano in causa i principi generali sui quali si fonda il sistema penale, basate, essenzialmente, sulla valorizzazione di un diritto penale del fatto impermeabile a possibili infiltrazioni di stampo soggettivistico.

Quanto ai rischi di estrema soggettivizzazione della risposta penale, la lettura oggettiva dei motivi di genere o, se si vuole, della causa di genere mi pare sdrammatizzi di molto la questione: non mi sembra, detto altrimenti, che le fondamenta del sistema attuale corrano il rischio di sgretolarsi, inevitabilmente e irreversibilmente, a fronte di una circostanza che valorizzi, sul piano oggettivo, il (distorto) modello socio-culturale che sta alla base dei reati di genere. A ciò si aggiunga che l'introduzione di una circostanza aggravante potrebbe realizzare un giusto equilibrio tra legalità e discrezionalità, valorizzando le caratteristiche della vicenda concreta di volta in volta presa in considerazione.

Quanto all'idea del diritto penale come *extrema ratio* e ai rischi insiti nella pan-penalizzazione, si tratta di principi cui il legislatore penale ha abdicato ormai da tempo in maniera strutturale e, forse, irreversibile. Mi rendo conto che rispondere al "male" con il "peggio" non sia certo l'atteggiamento più auspicabile, ma mi pare intriso di retorica (intenzionalmente) ipocrita un atteggiamento del legislatore che, dopo aver introdotto risposte differenziate per l'omicidio stradale e addirittura per quello nautico o dopo aver sovraccaricato l'art. 61 c.p. con circostanze chiaramente destinate a un impatto applicativo pressoché nullo, si rifugi dietro un rassicurante "le norme già ci sono" quando si discuta di violenza di genere o, più in generale, di *gender-based crimes*.

Il solo argomento che forse potrebbe risultare decisivo è quello relativo alle effettive ripercussioni di una riforma orientata alla repressione delle discriminazioni legate al genere anziché alla (sola) violenza domestica. Non credo, in effetti, che un intervento di questo tipo cambierebbe molto da un punto di vista del *quantum* sanzionatorio, se, guardando al diritto sostanziale, questo è l'effetto al quale si mira in maniera immediata e diretta. Credo, però, che il sistema uscirebbe rafforzato da un punto di vista della sua coerenza interna e credo altresì che la tanto vituperata funzione simbolico-culturale del diritto penale potrebbe ricevere un nuovo e significativo impulso vitale. Così come il formale superamento dei reati d'onore e del matrimonio riparatore ha segnato la linea di demarcazione tra un "prima" e un "dopo", il formale riconoscimento, anche "agli effetti della legge penale", di una forma di discriminazione talmente evidente da risultare innegabile potrebbe, forse, riallineare la legislazione penale tanto alle indicazioni ricavabili dalle fonti non nazionali quanto alle esigenze di tutela che emergono dal tessuto sociale.

---

## *Commenti*



Daniele Camoni\*

## La sentenza *303 Creative LLC v. Elenis* della Corte Suprema degli Stati Uniti, tra *public accommodation laws* e Primo Emendamento: una *slippery slope* in materia antidiscriminatoria

### Sommario

1. Premessa introduttiva. – 2. *303 Creative LLC v. Elenis* davanti alla Corte Suprema: «free speech now, free speech tomorrow, free speech forever»? – 3. L’opinione dissenziente di Justice Sotomayor ed i confini materiali dell’attività “espressiva”. – 4. Il futuro di *303 Creative LLC v. Elenis*: una *slippery slope* in materia antidiscriminatoria? – 4.1. *Public accommodation laws lose?* Il rapporto con la *Free Speech Clause*. – 4.2. *Public accommodation laws win?* Il rapporto con la *Free Exercise Clause*. – 5. Riflessioni conclusive.

### Abstract

Il presente articolo intende proporre alcune riflessioni a partire dalla recente sentenza *303 Creative LLC v. Elenis* della Corte Suprema degli Stati Uniti: in particolare, essa ha dichiarato che il diritto alla libera espressione del pensiero non consente ad uno Stato di obbligare il titolare di un pubblico esercizio a manifestare – attraverso un’attività commerciale ritenuta “espressiva” – un’opinione con la quale si trova in disaccordo. L’analisi di detta pronuncia e dell’opinione dissenziente sarà poi inquadrata in una prospettiva più ampia, nella quale si ricostruiranno i delicati rapporti tra le legislazioni antidiscriminatorie statali in relazione alle attività dei pubblici esercizi (*public accommodation laws*), il diritto alla libertà di espressione e il diritto di libertà religiosa, con specifica e costante attenzione alla giurisprudenza della Corte Suprema in materia.

*The article aims at proposing some remarks starting from the recent judgment 303 Creative LLC v. Elenis of the Supreme Court of the United States: in particular, it was declared that the right to free expression of thought does not allow a State to constrain the owner of a public establishment to express – through an “expressive” commercial activity – an opinion with which he/she disagrees. The analysis of the judgment and the dissenting opinion will then be framed in a broader perspective, dealing with the delicate relationships between State anti-discrimination legislations in relation to the activities of public establishments (public accommodation laws), the right to freedom of expression and religious freedom, with specific and constant attention to the jurisprudence of the Supreme Court on these topics.*

\* Ricercatore di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano.  
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Premessa introduttiva

Con sentenza del 30 giugno 2023 nel caso *303 Creative LLC v. Elenis*<sup>1</sup>, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato – per sei voti a tre<sup>2</sup> – che il Primo Emendamento, *sub specie* di diritto alla libera espressione del pensiero (*Free Speech Clause*)<sup>3</sup>, non consente ad uno Stato di obbligare il titolare di un pubblico esercizio a manifestare – attraverso un’attività commerciale ritenuta “espressiva”<sup>4</sup> – un’opinione con la quale egli si trova in disaccordo (*compelled speech*)<sup>5</sup>. A livello di inquadramento generale, secondo una giurisprudenza consolidata tale coercizione si verifica sia in situazioni «in which an individual must personally speak the government’s message», sia in casi in cui le pubbliche autorità costringono un individuo «to host or accommodate another speaker’s message»<sup>6</sup>.

Nel caso in esame, Lorie Smith – residente in Colorado – era titolare di un’impresa che offriva prodotti personalizzati attraverso la configurazione di specifiche piattaforme informatiche (siti Internet, servizi di pubblicità online, marketing e predisposizione di *social networks*): tra questi, a partire da un certo momento essa decideva di aggiungere ai servizi forniti anche il disegno di pagine Internet *ad hoc* per coppie desiderose di unirsi in matrimonio e volte a raccontare in dettaglio le tappe più significative della loro storia<sup>7</sup>. Ciononostante, l’avvio di tale attività era ostacolato, a suo avviso, dalla presenza del *Colorado Anti-Discrimination Act* (CADA), il quale sanzionava sia la mancata fornitura di servizi, da parte dei titolari di pubblici esercizi, per ragioni di razza, credo, condizioni personali o orientamento sessuale (*Accommodation Clause*), sia la semplice comunicazione che tali servizi, per le medesime ragioni, non sarebbero stati forniti (*Communication Clause*).

Questa sentenza fornisce una risposta di merito ad una questione – analoga, in termini di principio – già sollevata davanti allo stesso Giudice in *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* (CCRC)<sup>8</sup>. In quella fattispecie, il ricorrente Jack Phillips (pasticciere di Denver e proprietario dell’omonimo negozio) ricorreva alla Corte Suprema dopo essersi visto negare in sede amministrativa e giudiziaria la possibilità di ottenere un “esonero”, per ragioni religiose, dalla vendita di una torta nuziale nei confronti di una coppia omosessuale in procinto di sposarsi. La Corte, tuttavia, risolveva la controversia *on*

- 1 U.S. Supreme Court, 600 U.S. 570 (2023). Per un primo commento (critico) in dottrina, M. Satta, *Commercial Discrimination as Religious Messaging in 303 Creative v. Elenis*, in *Religions*, 2024, 15(1), p. 15, secondo cui «Smith sued in order to gain a novel right: the right to use commercial discrimination as a means of sending a religious message».
- 2 La sentenza riflette la divisione ideologica (6-3) tra Giudici “conservatori” (Roberts, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett) e “progressisti” (Sotomayor, Kagan e Jackson).
- 3 Sulle origini storico-filosofiche e giuridiche della libertà di espressione negli Stati Uniti, cfr. da ultimo I. Tourkochoriti, *Freedom of Expression. The Revolutionary Roots of American and French Legal Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- 4 Il riferimento è al *symbolic speech* (o *conduct*), «defined as the communication of opinion by conduct rather than by the spoken word» (F.J. O’Neill, *Symbolic Speech*, in *Fordham law review*, 1975, 43, p. 590). Per E. Volokh, *Symbolic Expression and the Original Meaning of the First Amendment*, in *Georgetown law journal*, 2009, 97, p. 1058, «“[I]nherently expressive” or “conventionally expressive” symbolic expression, the Court has concluded, is basically functionally identical to expression through words and should thus be treated the same: the two convey messages through much the same mental mechanism, with much the same effects and for much the same speaker purposes».
- 5 La *petition of certiorari* (22 febbraio 2022) è stata ammessa limitatamente al seguente quesito: «whether applying a public-accommodation law to compel an artist to speak or stay silent, contrary to the artist’s sincerely held religious beliefs, violates the Free Speech or Free Exercise Clauses of the First Amendment». Al contrario, la Corte ha escluso di rispondere al quesito (subordinato) «whether a public-accommodation law that authorizes secular but not religious exemptions is generally applicable under *Smith*, and if so, whether this Court should overrule *Smith*». Come si vedrà *infra*, §§4 ss., la questione della *religious exemption* e l’applicazione della giurisprudenza enunciata in U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), apre scenari e problemi differenti.
- 6 U.S. Supreme Court, *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights*, 547 U.S. 47 (2006), p. 63.
- 7 Tutti i servizi forniti dalla sig.ra Smith sono consultabili in <https://303creative.com/>.
- 8 U.S. Supreme Court, 584 U.S. 617 (2018). Il caso è stato ampiamente commentato in dottrina: cfr. A. Licastro, “The icing on the cake”. *Alla ricerca del giusto equilibrio tra libertà del pasticcere e divieto di discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, 13, pp. 95 ss.; A. Sperti, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale: alcune riflessioni a partire dalle pronunce sull’obiezione del pasticcere*, in questa *Rivista*, 2019, 1 e L.P. Vanoni, “It is (not) a piece of cake”: *libertà di espressione e politiche antidiscriminatorie in America. Note a margine del caso Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2018, 29. Sia anche consentito rinviare a D. Camoni, *Is the proof (of speech freedom) in the cake? Forme e limiti della libertà di espressione nella recente giurisprudenza statunitense e britannica*, in *DPCE online*, 2019, 2, pp. 1069 ss.

*narrow grounds*, omettendo di prendere posizione sul quesito di fondo<sup>9</sup> e limitandosi a dichiarare che, in sede di audizione presso la CCRC, il diritto di libertà religiosa del sig. Phillips era stato violato da alcuni componenti dello stesso organo amministrativo, affetti da illegittimi pregiudizi e ostilità nei confronti del suo sincero sentimento di fede<sup>10</sup>.

Nonostante la soluzione procedurale adottata, il “ritorno” a *Masterpiece Cakeshop* è molto utile, sia per sviluppare un raffronto tra le argomentazioni esposte in entrambe le pronunce (provando a “trasferire” la soluzione di *303 Creative LLC v. Elenis* rispetto alle circostanze fattuali di *Masterpiece Cakeshop*), sia per un’attenta considerazione *pro futuro* dei principi enunciati in quest’ultima decisione e la possibilità che possa fungere quale (problematico?) *landmark case* vincolante. In termini più ampi, il caso e il ragionamento si inseriscono nello spinoso terreno del rapporto tra *public accommodation laws*<sup>11</sup> – sotto forma di legislazioni antidiscriminatorie – e libertà di espressione/religiosa<sup>12</sup>, con l’obiettivo di verificare se sia possibile costruire un modello costituzionale che, superando una contrapposizione tra i due principi (“equal access” or “free speech”), tenti di favorirne una compenetrazione (“equal access” and “free speech”), garantendo in modo bilanciato la libera espressione del pensiero, la libertà religiosa e la tutela giuridica di determinate minoranze.

## 2. **303 Creative LLC v. Elenis davanti alla Corte Suprema: «free speech now, free speech tomorrow, free speech forever» ?<sup>13</sup>**

Tornando al contesto normativo di fondo di *303 Creative LLC v. Elenis*, anche in Colorado – al pari di quanto previsto in altri ventidue Stati dell’Unione<sup>14</sup> – è in vigore una *public accommodation law* che, dal 2022, vieta le discriminazioni per ragioni di sesso e orientamento sessuale, con l’obiettivo di garantire parità di accesso e uguale trattamento in «any place of business engaged in any sales to the public and any place offering services, facilities, privileges, advantages, or accommodations to the public, including but not limited to any business offering wholesale or retail sales to the public»<sup>15</sup>.

Secondo la sig.ra Smith, il profondo sentimento religioso che ne animava ogni azione quotidiana le impediva di soddisfare l’eventuale richiesta di predisporre specifici siti web in favore di coppie omosessuali prossime al matrimonio, poiché tale decisione – frutto di un’attività creativa svolta in costante collaborazione con i richiedenti – avrebbe comportato l’adesione ad un messaggio da lei disapprovato. Al contrario, non era segnalata alcuna obiezione alla fornitura di altri (diversi) tipi di servizi nei confronti degli stessi destinatari.

Per tale ragione, essa presentava ricorso in sede giudiziaria, domandando l’adozione, nei confronti delle autorità statali, di una misura cautelare (*pre-enforcement challenge*) volta a impedire una possibile applicazione *pro futuro* del CADA nei suoi confronti<sup>16</sup>. Vistasi rigettare tale richiesta sia in sede distret-

9 Cfr. *petition of certiorari*: «Whether applying Colorado’s public accommodations law to compel Phillips to create expression that violates his sincerely held religious beliefs about marriage violates the Free Speech or Free Exercise Clauses of the First Amendment».

10 Invero, *Masterpiece Cakeshop* è solo la “spia” iniziale di un insieme di questioni altrettanto delicate in materia di libertà religiosa, come ricordato da D. Laycock, *The Broader Implications of Masterpiece Cakeshop*, in *Brigham Young university law review*, 2019, pp. 167 ss.

11 Sull’origine storica di tali legislazioni, cfr. A.K. Sandoval-Strausz, *Travelers, Strangers, and Jim Crow: Law, Public Accommodations, and Civil Rights in America*, in *Law and history review*, 2005, 23(1), pp. 53 ss.

12 M.V. Tushnet, A.K. Chen, J. Blocher, *Free Speech Beyond Words. The Surprising Reach of the First Amendment*, New York, NYU Press, 2020 e D. Laycock, A. Picarello Jr., R.F. Wilson (eds.), *Same-Sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, United States of America, Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

13 Il titolo del presente paragrafo rievoca provocatoriamente le famigerate parole di George Wallace – strenuo sostenitore della segregazione razziale – nel suo primo discorso di insediamento come Governatore dello Stato dell’Alabama (14 gennaio 1963): «In the name of the greatest people that have ever trod this earth, I draw the line in the dust and toss the gauntlet before the feet of tyranny, and I say segregation now, segregation tomorrow, segregation forever».

14 Cfr. *Movement Advancement Project - Nondiscrimination Laws* (<https://www.lgbtmap.org/>).

15 Colo. Rev. Stat. § 24–34–601(1) (2014).

16 Sui profili critici di ammissibilità del ricorso, vedi R.M. Re, *Does the Discourse on 303 Creative Portend a Standing Realignment?*, in *Notre Dame law review reflection*, 2023, 99(1), pp. 68 ss.

tuale<sup>17</sup>, sia presso la Corte d'Appello per il Decimo Circuito<sup>18</sup>, la sig.ra Smith adiva allora la Corte Suprema, lamentando una violazione della *Free Speech Clause* e, in subordine, della *Free Exercise Clause*.

La sentenza della Corte Suprema (redatta da Justice Gorsuch)<sup>19</sup> si sviluppa secondo un'argomentazione non particolarmente lunga, molto netta e "per principi" in ordine all'applicazione del parametro della libertà di espressione<sup>20</sup>, non considerando il profilo – ben più articolato (e prodromico) – del diritto di libertà religiosa. In via preliminare, per la maggioranza non era in discussione che l'attività posta in essere dalla sig.ra Smith avesse un'intrinseca natura espressiva, essendo in gioco la predisposizione di una pagina web volta a celebrare unioni matrimoniali attraverso la creazione di immagini, parole e simboli. Infatti, il servizio in questione implicava una sua "personalizzazione" secondo le richieste dei nubendi e la "traduzione" in un'apposita rappresentazione grafico-artistica, in tal modo coinvolgendo – nel momento del perfezionamento del prodotto finale – anche la libertà di espressione della ricorrente<sup>21</sup>.

In via uguale e contraria, assecondare l'impostazione "coercitiva" statale – imponendo alla sig.ra Smith la fornitura del servizio richiestole, contro la sua volontà – condurrebbe a risultati ingiusti, quando non paradossali: in questa logica, secondo la maggioranza un direttore cinematografico di fede musulmana dovrebbe essere allo stesso modo costretto (ove richiesto) a girare un film contenente un belligerante messaggio sionista e un pittore ateo potrebbe vedersi obbligato a realizzare un dipinto dotato di un profondo significato religioso<sup>22</sup>.

A sostegno della posizione "libertaria", la Corte Suprema rievocava la propria giurisprudenza in alcuni casi considerati affini. In questi termini, in *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*<sup>23</sup>, essa aveva dichiarato – all'unanimità – che costringere gli organizzatori di una parata celebrativa per le strade di Boston ad includere nella stessa i sostenitori di un messaggio dai primi non condiviso (l'appoggio alle minoranze LGBT) ne comprometteva la libertà di espressione<sup>24</sup>. Allo stesso modo, in *Boy Scouts of America v. Dale*<sup>25</sup>, la Corte aveva ritenuto che la *Free Speech Clause* si applicava anche alle associazioni (nel caso di specie, Boy Scout), le quali potevano escludere coloro i quali fossero portatori di principi e valori contrari a quelli dell'associazione di appartenenza<sup>26</sup>: anche in questo caso, l'oggetto del contendere era rappresentato dal tema dell'omosessualità, considerata come condizione personale antitetica al sistema valoriale dei Boy Scout. Infine, in *West Virginia Board of Education v. Bar-*

17 Cfr. 405 F. Supp. 3d 907 (D. Colo. 2019), p. 911, secondo la quale «Ms. Smith lacks the standing to bring a direct challenge to the Accommodations Clause».

18 Cfr. 6 F.4th 1160 (10th Cir. 2021), la quale ha ritenuto l'esistenza di una legittimazione ad agire, rigettando tuttavia nel merito (per due voti a uno) la domanda, in quanto «Colorado has a compelling interest in protecting both the dignity interests of members of marginalized groups and their material interests in accessing the commercial marketplace» (*ivi*, p. 1178), da un lato e «[t]he Accommodation Clause is, however, narrowly tailored to Colorado's interest in ensuring 'equal access to publicly available goods and services'», dall'altro (*ivi*, p. 1179).

19 Cfr. N.J. Moelker, *Beyond Bostock: Justice Gorsuch's Free Exercise jurisprudence as a model in addressing the contemporary crisis in religious liberty*, in *Journal of global justice and public policy*, 2022, 8, pp. 95-121.

20 Sull'interpretazione della libertà di espressione da parte della Corte presieduta da Roberts (2005-oggi), cfr. G.J. Simson, *The Roberts Court's Overprotection of Free Speech and the Perfect Storm with Social Media*, in *Tennessee law review*, 2023, 90(4), pp. 941-1018 e R.K. Collins, D.L. Hudson Jr., *The Roberts Court—Its First Amendment Free Expression Jurisprudence: 2005–2021*, in *Brooklyn law review*, 2021, 87, pp. 5 ss.

21 Come ricordato dalla stessa Corte Suprema, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 5, le stesse parti avevano convenuto in sede d'appello: che la predisposizione di pagine web "matrimoniali" aveva ad oggetto un'attività intrinsecamente espressiva; che tali siti avrebbero veicolato uno specifico messaggio ed un'adesione al matrimonio da parte dell'autore; che la loro pubblicità avrebbe consentito di ricondurre tali prodotti all'attività creativa della sig.ra Smith.

22 Si tratta di un profilo già sviluppato da 6 F.4th 1160 (10th Cir. 2021), cit., p. 1199, Tymcovich, Chief Judge, dissenting.

23 U.S. Supreme Court, 515 U.S. 557 (1995).

24 R.P. Bezanson, M. Choe, *Speaking Out of Thin Air: A Comment on Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, in *Hastings communications and entertainment law journal*, 2002, 25, pp. 149 ss.

25 U.S. Supreme Court, 530 U.S. 640 (2000).

26 Cfr. A. Koppelman, T.B. Wolff, *A Right to Discriminate? How the Case of Boy Scouts of America v. James Dale Warped the Law of Free Association*, Yale, Yale University Press, 2009 e D. Carpenter, *Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach*, in *Minnesota law review*, 2001, 85, pp. 1515 ss. In termini analoghi, vedi – in ordine all'ammissione di persone transessuali all'interno di una sorellanza universitaria – United States District Court for the District of Wyoming, *Westenbroek v. Kappa Kappa Gamma Fraternity*, Case No. 23-CV-51-ABJ (D. Wyo. Aug. 25, 2023), p. 30: «Whether excluding gay scoutmasters in Dale or including trans gender women in Kappa, this Judge may not invade Kappa's sacrosanct, associational right to engage in protected speech. KKG's 'official position' of admitting trans gender women, even if decreed by a mere 'delegate', is speech which this Court may not impinge».



nette<sup>27</sup>, la Corte Suprema aveva dichiarato l'illegittimità dell'obbligo di recitare nelle scuole il *Pledge of Allegiance* (giuramento di fedeltà alla bandiera, nel caso di specie imposto a studenti Testimoni di Geova), in quanto contrario alla libera manifestazione del pensiero garantita dal Primo Emendamento<sup>28</sup>.

In conclusione, per la maggioranza della Corte obbligare la sig.ra Smith a predisporre pagine web personalizzate in favore di coppie omosessuali desiderose di convolare a nozze avrebbe significato "coinvolgerla" forzatamente (a partire dalla normativa contenuta nel CADA) nell'espressione di una posizione – il sostegno al matrimonio tra persone dello stesso sesso – estranea ai propri valori, in violazione della *Free Speech Clause*.

### 3. L'opinione dissenziente di *Justice Sotomayor* ed i confini materiali dell'attività "espressiva"

Per un inquadramento completo delle questioni sottese alla fattispecie, occorre considerare anche l'opinione minoritaria di *Justice Sotomayor* (sottoscritta dai *Justices* progressisti Kagan e Jackson), alla cui puntuale confutazione, non a caso, sono dedicate ben otto pagine a conclusione della sentenza<sup>29</sup>. Tale *dissenting opinion* si strutturava a partire da due diverse linee interpretative, tra loro intrecciate.

In primo luogo, era evidenziato il fatto che le *public accommodation laws* non impongono né l'apertura coattiva di un'attività commerciale, né l'offerta generalizzata di beni e servizi al pubblico. Ne deriva che la libera scelta di partecipare al pubblico mercato – regolato dalle leggi dello Stato – determina l'obbligo conseguente di dover sottostare alla normativa statale antidiscriminatoria, prevista proprio al fine di garantire un accesso eguale nella fruizione di beni e servizi anche per categorie sociali "minoritarie" e discriminate<sup>30</sup>. In questi termini, il CADA non imponeva una regolazione delle attività "espressive" in quanto tali, bensì solo di quelle imprenditoriali classificabili come *public accommodations*<sup>31</sup>.

In parallelo, era prestata attenzione al carattere (in prevalenza) commerciale<sup>32</sup> dell'attività esercitata: per *Sotomayor* l'eventuale dimensione espressiva plasmata nella prestazione di tali servizi doveva intendersi recessiva rispetto alla prima, da ciò derivando che «any burden on the company's expression is incidental to the State's content-neutral regulation of commercial conduct»<sup>33</sup>. In questo senso,

27 U.S. Supreme Court, 319 U.S. 624 (1943).

28 V. Blasi, S.V. Shiffrin, *The Story of West Virginia State Board of Education v. Barnette: The Pledge of Allegiance and the Freedom of Thought*, in M.C. Dorf (ed.), *Constitutional law stories*, New York-St. Paul, Foundation Press-Thomson Reuters, 2009, pp. 433 ss.

29 Cfr. U.S. Supreme Court, 303 *Creative LLC v. Elenis*, cit., pp. 597 ss.

30 Vedi H. Keren, *Separating Church and Market: The Duty to Secure Market Citizenship for All*, in *U.C. Irvine law review*, 2022, 12, pp. 911-967 e J. Singer, *No Right To Exclude: Public Accommodations and Private Property*, in *Northwestern university law review*, 1996, 90, pp. 1283 ss. Per L.R. Rosenblum, *Equal access or free speech: the constitutionality of public accommodations laws*, in *New York university law review*, 1997, 72, p. 1281, «regulation of such a group's admission policy may indeed have some incidental impact on its exercise of its First Amendment rights of free speech and association. This impact, however, is no greater than is necessitated and warranted by the compelling state interest in preventing invidious discrimination in public places».

31 Secondo 303 *Creative LLC*, cit., *Brief for Amici Curiae American Civil Liberties Union and American Civil Liberties Union of Colorado in Support of Respondents*, p. 2, «many artists and writers, including those who make a living at their craft, do not offer their services to the public at large, and therefore are not covered by CADA. The celebrated portrait photographer Annie Leibovitz, or any other photographer who does not offer their photographic services "to the public," would not be bound by CADA. Such artists are free to choose their subjects on any basis they choose, including race or sex. By contrast, a photographer who opened a business "to the public" to take annual school student portraits could not refuse to take photos of Black students, even if she objected to the public education of Black children». *Contra*, J. Blackman, *The Annie Leibovitz Limiting Principle for 303 Creative*, in *The Volokh Conspiracy* (<https://reason.com/volokh/2022/12/07/the-annie-leibovitz-limiting-principle-for-303-creative/>), 7<sup>th</sup> December 2022.

32 Con riferimento a *Masterpiece Cakeshop*, per L. Sheth, M. Christ, *Comment. Let Them Eat Cake: Why Public Proprietors of Wedding Goods and Services Must Equally Serve All People*, in *Loyola of Los Angeles law review*, 2018, 52, p. 231, «to resolve the freedom of speech claim, the Court must first determine whether baking a wedding cake is symbolic speech or a product in the marketplace».

33 U.S. Supreme Court, 303 *Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 635. Cfr. U.S. Supreme Court, *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984), pp. 635-636 (O'Connor, J., concurring): «an association should be characterized as commercial, and therefore subject to rationally related state regulation of its membership and other associational activities, when, and only when, the association's activities are not predominantly of the type protected by the First Amendment. It is only when the association is predominantly engaged in protected expression that state regulation of its membership will necessarily affect, change, dilute, or silence one

prima ancora di interrogarsi sull'espressività del bene/condotta interessati, «the proper focus is on the character of state action and its relationship to expression»<sup>34</sup>. Il riferimento all'esercizio di un'attività commerciale permette poi di estendere il ragionamento al secondo profilo interpretativo, vale a dire quello della differente regolamentazione di azioni (*conduct*) e parole/espressioni (*speech*). Il parametro decisivo a tali fini è rappresentato dall'*O'Brien test* della stessa Corte Suprema, in forza del quale «when 'speech' and 'nonspeech' elements are combined in the same course of conduct, a sufficiently important governmental interest in regulating the nonspeech element can justify incidental limitations on First Amendment freedoms»<sup>35</sup>.

Nel caso di specie, per il Giudice dissenziente il CADA incidere sulla "sezione" non espressiva dell'attività in discussione (*non-speech element*) – vale a dire, la realizzazione di una *condotta* materiale (mancata fornitura di un servizio) che impediva uguali possibilità di accesso allo stesso bene – regolando in termini neutri l'esercizio delle attività commerciali e toccando solo in modo incidentale la manifestazione di un'opinione personale<sup>36</sup>. Ne derivava, quindi, l'impossibilità di identificare alcuna illegittima compressione della libertà di espressione, sia sul piano fattuale, sia su quello giuridico. Sottomayor criticava altresì i parallelismi della maggioranza con la propria giurisprudenza in *Hurley* e *Dale*, in quanto un'attività a scopo di lucro e che vende beni al pubblico (quale era considerata *303 Creative LLC v. Elenis*) non era equiparabile né ad una parata che marcia per rivendicare un proprio punto di vista (*Hurley*), né ad un'associazione privata come i Boy Scout (*Dale*), con la conseguenza che il Legislatore può regolamentare un'attività come la prima ma non può fare lo stesso in relazione alle altre due<sup>37</sup>.

Da ultimo, essa escludeva la possibilità di identificare nella fattispecie un'ipotesi di *compelled speech*, sia poiché «requiring Smith's company to abide by a law against invidious discrimination in commercial sales to the public does not conscript her into espousing the government's message»<sup>38</sup>, sia in ragione del fatto che l'interpretazione troppo ampia sviluppata dalla maggioranza avrebbe rotto gli argini protettivi di qualsiasi *public accommodation law*, comportando l'effetto secondo cui «compelled speech [...] is everywhere»<sup>39</sup>.

#### 4. Il futuro di *303 Creative LLC v. Elenis*: una *slippery slope* in materia antidiscriminatoria?

La decisione adottata in *303 Creative LLC v. Elenis* suscita diversi interrogativi, a fronte della possibilità che possa fungere da *controlling case* per la risoluzione di fattispecie simili soprattutto presso le Corti d'Appello federali e le Corti Supreme statali<sup>40</sup>: infatti, l'esigua percentuale di *petitions of certiorari* am-

collective voice that would otherwise be heard. An association must choose its market. Once it enters the marketplace of commerce in any substantial degree, it loses the complete control over its membership that it would otherwise enjoy if it confined its affairs to the marketplace of ideas».

34 U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 631.

35 U.S. Supreme Court, *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), p. 376.

36 In questo senso, «it rarely has been suggested that the constitutional freedom for speech and press extends its immunity to speech or writing used as an integral part of conduct in violation of a valid [...] statute» (U.S. Supreme Court, *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U. S. 490 (1949), p. 498).

37 Cfr. U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 634 e M. Bonauto, *Symposium: Commercial products as speech – When a cake is just a cake*, in *Scotusblog*, 15<sup>th</sup> September 2017.

38 U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 636.

39 *Ivi*, p. 639, nota 16.

40 Un primo banco di prova si avrà in relazione a *Melissa Elaine Klein v. Oregon Bureau of Labor and Industries* – fattispecie analoga a *Masterpiece Cakeshop* – rinviato dalla Corte Suprema federale (30 giugno 2023) alla Corte d'Appello dell'Oregon «for further consideration in light of *303 Creative LLC v. Elenis*». In parallelo, il caso *303 Creative LLC v. Elenis* è stato evocato in *Scardina v. Masterpiece Cakeshop* (in ordine al rifiuto di fornire una torta per celebrare una transizione di genere), rigettato per ragioni procedurali dalla Corte Suprema del Colorado (8 ottobre 2024), nonché in *Chelsey Nelson Photography v. Louisville-Jefferson County Metro Government* (a conferma della misura cautelare adottata in favore della ricorrente in 624 F. Supp. 3d 761 (W.D. Ky. 2022) e *Emilee Carpenter Photography v. James* (avverso 575 F. Supp. 3d 353 (W.D.N.Y. 2021)). In questi ultimi due casi, si tratta di fattispecie analoghe a *Elane Photography v. Willock*, in ordine alla (non) fornitura di servizi fotografici matrimoniali in favore di coppie omosessuali (cfr. *infra*, §4.1). Sia *Chelsey Nelson Photography v. Louisville-Jefferson County Metro Government* (16 aprile 2024) che *Emilee Carpenter Photography v. James* (12 luglio 2024) sono stati rinviati dalle Corti d'Appello alle rispettive Corti distrettuali, nel

messe ogni anno dalla Corte Suprema sottende il fatto che saranno le Corti citate a risolvere la quasi totalità dei casi, salvo che la prima non decida di ammettere fattispecie analoghe a *303 Creative LLC v. Elenis* per meglio definire (o modificare) il proprio orientamento in materia<sup>41</sup>. Come è stato ricordato, in assenza di applicazioni di tale giurisprudenza, due alternative opposte si contendono il terreno: una, più ristretta – volta a leggere in tale sentenza un’eccezione rispetto all’applicazione generalizzata delle *public accommodation laws* – e un’altra più estesa, secondo la quale *303 Creative LLC v. Elenis* rappresenterebbe un principio generale attraverso cui “scardinare” poco a poco le tutele garantite da tali legislazioni<sup>42</sup>.

In ogni caso, è indubbio che, laddove si incontrino sulla stessa strada una *public accommodation law*, da un lato e una rivendicazione all’esercizio della libertà di espressione / religione – associata a condotte non determinabili *a priori* – dall’altro, il riferimento a questa giurisprudenza non potrà essere eluso, sia per addivenire ad una soluzione analoga, sia per realizzare un’operazione di *distinguishing* che consenta decisioni differenti<sup>43</sup>.

Per la prima volta, la Corte Suprema sembra aver “ritagliato” un’eccezione all’applicazione generalizzata di una *public accommodation law* statale<sup>44</sup>, forse mettendo in discussione il suo stesso assunto secondo cui «provisions like these [...] do not, as a general matter, violate the First or Fourteenth Amendments»<sup>45</sup>. Si tratta, allora, di provare a capire se è possibile individuare un punto di accomodamento ragionevole tra l’esercizio di due libertà fondamentali e l’esigenza di garantire a specifiche minoranze (a lungo e, in parte, ancora oggi discriminate) una piena protezione che non è altro che espressione del principio – a sua volta costituzionale – di uguaglianza.

#### 4.1. *Public accommodation laws lose? Il rapporto con la Free Speech Clause*

In primo luogo, è doveroso evidenziare che, in tali controversie, le circostanze di fatto sono tanto importanti quanto la costruzione del ragionamento sottostante e la sua implementazione. In altre parole, prima di interrogarsi circa l’applicabilità della *Free Speech Clause*, occorre osservare le circostanze materiali delle fattispecie, al fine di comprendere se ci si trova in presenza di un oggetto/condotta qualificabile o meno come “espressione”<sup>46</sup>. Un’eventuale risposta negativa a questo secondo quesito troncherebbe sul nascere qualsiasi discussione, difettando il presupposto sul quale si regge il principio della norma costituzionale: se manca il profilo espressivo, infatti, non ha senso interrogarsi circa i confini di una disposizione che intanto può essere discussa in quanto implica “a monte” che tale categoria esista. In questo senso, il riferimento a *303 Creative LLC v. Elenis* non sembra del tutto decisivo per la risoluzione

---

*primo caso per valutare la persistenza dell’oggetto (avendo la ricorrente cambiato Stato di residenza) e il risarcimento di eventuali nominal damages; nel secondo per un giudizio di merito, onde verificare una violazione della libertà di espressione alla luce di 303 Creative LLC v. Elenis.*

- 41 A titolo di esempio, nel 2023 *Term*, sono stati presentati 4159 ricorsi e discussi 66 (1,6%: cfr. 2023 *Year-End Report on the Federal Judiciary*, p. 8).
- 42 Cfr. C. Geidner, *303 Creative: What happens when an arguably narrow SCOTUS decision meets 2023*, in [www.lawdork.com](http://www.lawdork.com), 13<sup>th</sup> July 2023: «The first reading is that this was a narrow decision, addressing a cabined area of commerce and potentially limited further in practice by the facts of Lorie Smith’s case and the unusual stipulations agreed to by Colorado in the case. The second reading is the message this ruling sends and the door this decision potentially opens, particularly given a Supreme Court majority that has repeatedly ignored precedent and privileged religious claims over others, to challenges on many fronts seeking ever-more-broad exceptions to nondiscrimination laws».
- 43 Come ha ricordato criticamente D.E. Bernstein, *You Can’t Say That. The Growing Threat to Civil Liberties from Antidiscrimination Laws*, Washington, Cato Institute, 2003, p. 4, «the clash of [constitutional expressive freedoms] and [public-accommodations] laws has emerged due to the gradual expansion of such laws to the point at which they regulate just about all aspects of American life».
- 44 In precedenza (a livello di Corti d’Appello), cfr. *Telescope Media Grp. v. Lucero*, 936 F.3d 740 (8th Cir. 2019) – attività di videoripresa di un matrimonio omosessuale – e *Brush & Nib. Studio*, 247 Ariz. 269 (Ariz. 2019), in relazione al disegno di cartoline personalizzate di invito ad un *same-sex wedding*.
- 45 U.S. Supreme Court, *Hurley*, cit., p. 572.
- 46 Cfr. C.M. Corbin, *Speech or Conduct? The Free Speech Claims of Wedding Vendors*, in *Emory law journal*, 2015, 65, p. 243: «the question [...] is not whether public accommodation laws violate the Free Speech Clause but whether they even trigger free speech review. Or to put it another way, the question is not whether the wedding vendors’ conduct is ultimately protected by the Free Speech Clause, but whether it is covered by it at all».

di casi futuri, poiché la questione relativa all'espressività della pagina web in questione era già stata cristallizzata, in senso positivo, dall'accordo intervenuto tra le parti<sup>47</sup>.

In caso contrario, si apre una seconda fase interpretativa, destinata a valutare se le "restrizioni" imposte alla espressione di un pensiero sono o meno costituzionalmente giustificabili sulla base di un contrapposto interesse statale/federale. Anche tale diritto, tuttavia, incontra limiti che, in primo luogo, trovano fondamento nell'esigenza di definire i confini tra le espressioni meritevoli di protezione costituzionale e quelle sottratte a tale tutela, in quanto estranee al campo di applicazione del Primo Emendamento<sup>48</sup>. Occorre quindi provare a districarsi all'interno del ginepraio di atti e condotte che possono essere considerati "espressivi". A fronte di un ventaglio di ipotesi in potenza sterminato, è possibile circoscrivere l'attenzione ad alcuni esempi già oggetto di attenzione da parte degli organi giurisdizionali.

In ordine cronologico, la prima controversia degna di considerazione è rappresentata da *Elane Photography v. Willock* (c.d. caso della fotografa)<sup>49</sup>. Nella fattispecie, la titolare dell'omonima impresa (Elaine Huguenin) rifiutava – per ragioni religiose – di prestare i suoi servizi fotografici in favore di una coppia dello stesso sesso desiderosa di vedere immortalata la propria unione matrimoniale, ritenendo che procedere altrimenti avrebbe significarlo imporle l'espressione di un pensiero non condiviso.

Secondo la Corte Suprema del New Mexico, il diritto della fotografa alla libertà di espressione non era stato violato. In particolare, da un lato la *public accommodation law* statale non imponeva la trasmissione "coattiva" di un messaggio, limitandosi a prevedere un generale principio antidiscriminatorio per ragioni di orientamento sessuale a carico di coloro che esercitano una pubblica attività; dall'altro, non era soddisfatto il parametro dell'espressività intrinseca del bene/condotta in questione, poiché il *New Mexico Human Rights Act* (NMHRA) non era applicabile «to Elane Photography's photographs but to its business operation, and in particular, its business decision not to offer its services to protected classes of people»<sup>50</sup>. Inoltre, secondo la stessa Corte un osservatore ragionevole ben difficilmente avrebbe ricondotto alla sfera etico-morale dell'autore delle foto il contenuto del messaggio veicolato dall'evento rappresentato e voluto da un soggetto terzo, essendo ben noto che colui che esercita tale attività a titolo professionale si limita a "riprodurre" quanto osservato, a prescindere dalla condivisione o meno dei dettagli e simboli che lo caratterizzano<sup>51</sup>.

A seguire, deve essere ricordato anche il caso *Arlene's Flowers v. Washington* (c.d. caso della fiorista)<sup>52</sup>. In termini analoghi a *Elane Photography v. Willock*, Baronelle Stutzman, titolare di una fioreria, dichiarava di non essere disposta – sempre per questioni di fede e di libera espressione – a vendere i propri prodotti floreali a una coppia omosessuale in attesa di contrarre matrimonio. La Corte Suprema dello Stato di Washington respingeva le doglianze, argomentando che si era in presenza di una condotta che «does not inherently express a message about that wedding»<sup>53</sup>, in quanto non «clearly expressive, in and of itself, without further explanation»<sup>54</sup>. Inoltre, evidenziava il fatto che la ricorrente aveva dichiarato, nel corso del giudizio e in senso analogo, che la fornitura di fiori per un matrimonio tra persone musulmane non avrebbe per forza costituito un'approvazione dell'Islam, né la stessa attività in favore di una coppia atea avrebbe rappresentato un sostegno dell'ateismo.

47 U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 599: «Doubtless, determining what qualifies as expressive activity protected by the First Amendment can sometimes raise difficult questions But this case presents no complication of that kind. The parties have stipulated that Ms. Smith seeks to engage in expressive activity».

48 Come evidenziato da U.S. Supreme Court, *United States v. O'Brien*, cit., p. 376, «we cannot accept the view that an apparently limitless variety of conduct can be labeled "speech" whenever the person engaging in the conduct intends thereby to express an idea». Per una lettura contrapposta da parte di un Giudice della Corte Suprema, cfr. H. Black, *The Bill of Rights*, in *New York university law review*, 1960, 35, p. 867: «It is my belief that there are 'absolutes' in our Bill of Rights, and that they were put there on purpose by men who knew what words meant, and meant their prohibitions to be 'absolutes'»

49 309 P.3d 53 (N.M. 2013). La successiva *petition of certiorari* alla Corte Suprema è stata respinta (7 aprile 2014): cfr. A. Koppelman, *A Zombie In The Supreme Court: The Elane Photography Cert Denial*, in *Alabama civil rights & civil liberties law review*, 2015, 7, pp. 77 ss.

50 309 P.3d 53 (N.M. 2013), cit., p. 68.

51 *Ivi*, pp. 69-70: «It is well known to the public that wedding photographers are hired by paying customers and that a photographer may not share the happy couple's views on issues ranging from the minor (the color scheme, the hors d'oeuvres) to the decidedly major (the religious service, the choice of bride or groom)».

52 187 Wn. 2d 804 (Wash. 2017). La successiva *petition of certiorari* alla Corte Suprema è stata respinta (2 giugno 2021), con il voto contrario (non motivato) di Thomas, Alito e Gorsuch.

53 *Ivi*, p. 833.

54 *Ivi*, p. 835.



Come provare a sciogliere, allora, il nodo gordiano del rapporto tra libertà di espressione e *public accommodation laws*? Il punto di partenza sembra qui rappresentato dall'applicazione dei principi sanciti dalla Corte Suprema in *Spence v. Washington*, in forza dei quali una condotta deve considerarsi espressiva – e, come tale, degna di essere analizzata alla luce del Primo Emendamento – laddove «an intent to convey a particularized message [is] present, and in the surrounding circumstances the likelihood was great that the message would be understood by those who view[ed] it»<sup>55</sup>. A tal proposito, affinché la copertura costituzionale possa dispiegarsi, è necessario – applicando la giurisprudenza della Corte in materia di *Free Speech* – che una determinata opinione, veicolata in qualsivoglia forma o genere, abbia una natura *per se* comunicativo-espressiva (una sorta di espressività “interna” o “intrinseca”, che deve essere dimostrata dal ricorrente)<sup>56</sup> e, allo stesso tempo, sia percepita come tale da un qualunque osservatore terzo (espressività “esterna”).

Prendendo le mosse dal primo profilo, il riferimento alla fattispecie di *Masterpiece Cakeshop* è obbligato. In quel contesto, infatti, la presenza di una “normale”, non personalizzata torta di matrimonio – priva di simboli o espressioni grafiche riferibili *prima facie* ad un'unione omosessuale – non sembra soddisfare il criterio di espressività intrinseca, in quanto «the cake itself, though intended for use in a ceremony, is not itself generally expressive of any message (other than perhaps the fact that “this cake is intended for use in this ceremony”)»<sup>57</sup>. Deve quindi ritenersi che l'espressività è un elemento connaturato *ex tunc* al bene in quanto tale, non dipendendo dal contesto in cui è inserito, dal significato attribuibile *ab externo* o dall'utilizzo che potrebbe esserne fatto. Sviluppando un ragionamento contro-fattuale, occorre verificare se l'isolamento dell'elemento espressivo dalla cornice di riferimento priva il bene della sua ragion d'essere: ove così fosse, esso avrebbe una natura “standardizzata” e predeterminata e non sarebbe quindi espressione di un significato attribuito *ad hoc* nel quadro di uno specifico rapporto tra venditore e acquirente (con l'apporto determinante del primo)<sup>58</sup>.

Il riferimento alla torta nuziale è utile per dimostrare come semplici differenze fattuali possano far pendere l'ago della bilancia della libertà di espressione in due direzioni opposte. In dettaglio, la presenza (o assenza) sulla torta di elementi espressivi di una determinata opinione – il sostegno al matrimonio omosessuale – può essere considerata in modo non irrazionale come un indice valido per tracciare una linea di separazione all'interno del descritto principio costituzionale, in un'ottica di *case-law* che distingue le fattispecie.

Al contrario, il fatto che la torta non veicoli un messaggio in sé – bensì si veda attribuita la patente di elemento celebrativo di un *same-sex marriage* (che pure ha in un certo contesto, ma non inerisce al bene stesso, neppure ove il dolce abbia la tipica foggia nuziale a più piani) – è sufficiente per ritenere inesistente la suddetta connessione, costruita invece da coloro che hanno commissionato il prodotto per dotarlo di quel significato o dalla “cornice” in cui la torta è poi collocata.

Allo stesso modo, è forse possibile operare la medesima scissione in relazione alla predisposizione di siti web già strutturati – dal punto di vista grafico-informatico – dal venditore e destinati ad essere “riempiti” di contenuti ed immagini da parte dell'acquirente<sup>59</sup>: in questo caso, non vi sarebbe un'attività espressiva da parte del primo, il che risolverebbe (forse) fin da subito qualsiasi problema circa la riconducibilità della *Free Speech Clause* alla condotta posta in essere. Deve inoltre ritenersi che la mera personalizzazione *ad hoc* di un determinato prodotto non sia *per se* sufficiente a dotare lo stesso di quel

55 U.S. Supreme Court, 418 U.S. 405 (1974), pp. 410-411.

56 Cfr. U.S. Supreme Court, *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), p. 293, footnote 5: «it is the obligation of the person desiring to engage in assertedly expressive conduct to demonstrate that the First Amendment even applies. To hold otherwise would be to create a rule that all conduct is presumptively expressive».

57 *Masterpiece Cakeshop*, cit., *Brief of American Unity Fund and Profs. Dale Carpenter and Eugene Volokh as amici curiae in support of respondents*, p. 10. *Contra*, U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., Thomas, J. (with whom Gorsuch, J., joins), concurring, p. 659, nota 2: «a wedding cake needs no particular design or written words to communicate the basic message that a wedding is occurring, a marriage has begun, and the couple should be celebrated».

58 Per A. Jensen, *Compelled Speech, Expressive Conduct, and Wedding Cakes: A Commentary on Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, in *Duke journal of constitutional law and public policy sidebar*, 2018, 13, p. 157, «without knowing what words or designs would be incorporated, the cake would not be likely to convey any particular message».

59 Cfr. U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., *transcript of oral argument*, pp. 47-48: «[Barrett, J.]: So let me just clarify exactly what your position is on things that are already created in the past. What if it is plug-and-play? I don't know that much about website design, so I don't know how it could be plug-and-play. I'm sure it can be. She -- she does the programming, the coding. She has stock pictures. And she sells that as a product, and the customers, you know, Mike and Henry or, you know, Lilly and Luke, fill it in themselves. Is that protected?». «[Ms. Waggoner]: It is not protected in the same way that if you sold a Bible commentary, you wouldn't be able to decide whether the Bible commentary will be burned or it will be used in a church service».

grado di espressività sufficiente a farlo transitare dalla semplice materialità di un bene alla complessità espressiva: in questo senso, «the relevant Free Speech Clause question is not whether a merchant customizes a product, but whether the customization communicates protected expression»<sup>60</sup>.

In relazione al secondo profilo enunciato in *Spence*, occorre altresì una percezione “esterna” del carattere espressivo del bene, il quale a sua volta deve essere legato al messaggio e non allo *status* personale del richiedente: la torta deve comunicare esplicitamente il riferimento a un matrimonio omosessuale, a prescindere da chi la richiede e dagli elementi di contesto che la circondano. Si tratta di un profilo aggiuntivo rispetto a quello dell’espressività intrinseca eppure complementare, poiché trasferisce all’esterno la pienezza del messaggio “di partenza”.

Riprendendo ancora una volta l’esempio di *Masterpiece Cakeshop*, è stato sostenuto che «baking a wedding cake by itself does not show an intent to convey a particularized message that would likely be understood by those who view it»<sup>61</sup>: a tal proposito, il messaggio “censurato” – il sostegno al matrimonio omosessuale – non sarebbe riconducibile alla torta *in quanto tale*, bensì all’atto della vendita del prodotto *per quel fine* e al suo successivo utilizzo<sup>62</sup>.

In ordine al rapporto tra *conduct-based discrimination* (legittima) e *status-based discrimination* (illegittima), la differenziazione rischia di non essere agevole, poiché non sempre pare possibile operare una dissociazione tra la categoria generale interessata (il collettivo omosessuale) e comportamenti specifici o condotte ad essa riconducibili (il matrimonio tra persone dello stesso sesso), in modo tale da preservare il diritto alla libertà di espressione in un corretto bilanciamento con il principio di non-discriminazione. Laddove, ad esempio, un datore di lavoro licenzi un proprio dipendente poiché coniugato con una persona dello stesso sesso, è ben evidente che l’assunzione di una decisione basata su una specifica condotta – il matrimonio omosessuale – in realtà sottende una discriminazione nei confronti dello *status* personale dell’interessato, non potendosi scindere i due profili in modo ragionevole senza incorrere in una discriminazione illegittima<sup>63</sup>.

In quest’ultimo senso, in ordine alla possibilità di addivenire ad un punto di accomodamento, si consideri il seguente profilo. A fronte di messaggi, oggetti e/o comportamenti “incerti” che, nella prospettiva del venditore, potrebbero indurre un osservatore esterno a credere che egli condivida il messaggio sotteso alla richiesta di una specifica attività, sarebbe forse sufficiente un’indicazione esplicita del venditore circa l’imputabilità di ogni possibile significato del bene/servizio controverso al solo acquirente<sup>64</sup>. Tornando a *303 Creative LLC*, è stato così evidenziato che la sig.ra Smith ben potrebbe inserire nelle proprie pagine web un *disclaimer* per manifestare in anticipo la sua contrarietà al solo matrimonio

60 *Masterpiece Cakeshop*, cit., *Brief of American Unity Fund and Profs. Dale Carpenter and Eugene Volokh as Amici Curiae in Support of Respondents*, p. 17.

61 *Ivi*, p. 6.

62 Cfr. D. Carpenter, *How to Read 303 Creative v. Elenis*, in *The Volokh Conspiracy*, 3<sup>rd</sup> July 2023: «a baker could not refuse to sell a gay couple a premade wedding cake sitting in a display case on the grounds that the *sale* signals approval of their marriage».

63 Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. 644 (2020). Sia anche consentito rinviare a D. Camoni, *Can a word change the world? Considerazioni a partire dalla sentenza Bostock v. Clayton County della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *DPCE online*, 2021, 4, pp. 4515 ss.

64 Cfr. U.S. Supreme Court, *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977), p. 722 (Rehnquist, J. dissenting), in ordine all’illegittimità dell’esposizione sulle targhe automobilistiche del motto del New Hampshire (“Live Free or Die”): «appellees could place on their bumper a conspicuous bumper sticker explaining in no uncertain terms that they do not profess the motto ‘Live Free or Die’, and that they violently disagree with the connotations of that motto». Negli stessi termini, per U.S. Supreme Court, *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980), p. 87 – con riferimento all’esercizio della libertà di espressione di terzi all’interno di centri commerciali – «appellants can expressly disavow any connection with the message by simply posting signs in the area where the speakers or handbillers stand. Such signs, for example, could disclaim any sponsorship of the message and could explain that the persons are communicating their own messages by virtue of state law».

omosessuale<sup>65</sup>, con l'effetto che «the decision would not be discrimination based on the customer's identity, but a permissible decision to define the product it sells»<sup>66</sup>.

#### 4.2. **Public accommodation laws win? Il rapporto con la Free Exercise Clause**

L'applicabilità o meno della *Free Speech Clause*, tuttavia, non consente di escludere che la controversia possa essere parallelamente incardinata – e risolta in modo diverso – sulla base della *Free Exercise Clause*<sup>67</sup>, chiamando innanzitutto in gioco la controversa giurisprudenza enunciata dalla Corte Suprema in *Employment Division v. Smith*<sup>68</sup>.

In termini generali, si tratta di ragionare – in un complesso intreccio tra pronunce della Corte Suprema e diritto positivo (federale e non) – circa la possibilità di riconoscere legittime *religious exemptions* a fronte di leggi a contenuto generale<sup>69</sup>, provando a ritagliare spazi nei quali il diritto di libertà religiosa “prevalga” su una legislazione altrimenti applicabile senza eccezioni. In *Smith* – a fronte del licenziamento di due membri di un centro di riabilitazione anti-droghe dell'Oregon per aver assunto, in aderenza ai dettami della propria fede religiosa, una sostanza allucinogena (peyote) – la Corte Suprema dichiarò che «the right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)»<sup>70</sup>.

L'importanza di tale pronuncia si coglie confrontandola con il precedente di *Sherbert v. Verner*<sup>71</sup> (ripreso in *Wisconsin v. Yoder*)<sup>72</sup>, nel quale la Corte aveva evidenziato che la legittimità delle restrizioni normative all'esercizio del diritto di libertà religiosa era subordinata alla dimostrazione di un *compelling state interest*<sup>73</sup>, trasferendo sulla *Free Exercise Clause* lo stringente criterio dello *strict scrutiny* previsto per

65 Cfr. 303 *Creative LLC*, cit., *Brief for Amici Curiae American Civil Liberties Union and American Civil Liberties Union of Colorado in Support of Respondents*, cit., p. 22, nota 7. In relazione al caso *Chelsey Nelson Photography v. Louisville-Jefferson County Metro Government* (*supra*, nota 40), si veda la corrispondente pagina web <https://www.chelseynelson.com/weddings>: «God's word greatly impacts my life and business. Practically, this means I don't photograph every wedding that comes my way. I cannot positively depict anything that demeans others, sexually objectifies others, or devalues marriage between one man and one woman. I also can't photograph anything that conflicts with my religious conviction that marriage is a covenant relationship before God between one man and one woman (for example, I don't photograph same-sex weddings or ceremonies celebrating an open marriage)».

66 D. Cole, *The Supreme Court Is About to Ask the Wrong Question About the First Amendment*, in *The New York Times*, 5 December 2022 e 309 P.3d 53 (N.M. 2013), cit., p. 59: «Businesses that choose to be public accommodations must comply with the NMHRA, although such businesses retain their First Amendment rights to express their religious or political beliefs. They may, for example, post a disclaimer on their website or in their studio advertising that they oppose same-sex marriage but that they comply with applicable antidiscrimination laws».

67 Applicabile anche agli Stati federati – attraverso l'*incorporation* realizzata per mezzo del Quattordicesimo Emendamento – a partire da U.S. Supreme Court, *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

68 Tra le critiche dottrinali, cfr. B.L. Hutchison, *Revisiting Employment Division v. Smith*, in *University of Cincinnati law review*, 2022, 91, pp. 396 ss.; H.M. Randall, *From Peyote to Parenthood: why Employment Division v. Smith must (and might) go*, in *Oklahoma City university law review*, 2020, 45, pp. 66 ss.; D. Laycock, *The Supreme Court's Assault on Free Exercise, and the Amicus Brief That Was Never Filed*, in *Journal of law & religion*, 1990, 8, pp. 99 ss. e M.W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, in *University of Chicago Law Review*, 1990, 57, pp. 1109 ss.; a favore, invece, S.M. Feldman, *Conservative Eras in Supreme Court Decision-Making: Employment Division v. Smith, Judicial Restraint, and Neoconservatism*, in *Cardozo law review*, 2015, 32, pp. 1791 ss. e E. Volokh, *A Common-Law Model for Religious Exemptions*, in *UCLA law review*, 1999, 46, pp. 1465 ss. Nella recente giurisprudenza della Corte Suprema, le critiche più feroci – volte a provocare un *overruling* di tale giurisprudenza ed un ritorno al precedente *strict scrutiny* – sono state quelle di U.S. Supreme Court, *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. 522 (2021), Alito, J., concurring in the judgment e Gorsuch, J., concurring in the judgment (entrambe condivise da Thomas, J.).

69 Cfr. E. Sepper, *The Role of Religion in State Public Accommodations Laws*, in *St. Louis university law journal*, 2016, 60, pp. 652 ss.

70 U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, cit., p. 879. A conferma, cfr. U.S. Supreme Court, *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

71 U.S. Supreme Court, 374 U.S. 398 (1963).

72 U.S. Supreme Court, 406 U.S. 205 (1972).

73 Cfr. anche Supreme Court, *Hernandez v. Commissioner*, 490 U.S. 680 (1989), p. 699: «The free exercise inquiry asks whether government has placed a substantial burden on the observation of a central religious belief or practice and, if so, whether a compelling governmental interest justifies the burden».

l’invocazione di altre libertà garantite dal Primo Emendamento<sup>74</sup>. Attraverso tale *overruling* di fatto, pertanto, si compie il passaggio da un *constitutional exemption model* – laddove, cioè, è la Costituzione a prevedere *ex tunc* una (possibile) eccezione di matrice religiosa, rispetto alla quale deve essere vagliata la legittimità della restrizione – ad un opposto *statutory exemption model*, in cui la norma costituzionale non ammette alcuna *religious exemption*, rimessa invece alla discrezionalità del Legislatore<sup>75</sup>.

Come è noto, il Congresso degli Stati Uniti reagì a *Smith* attraverso l’adozione *bipartisan* del *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) del 1990, il quale “restaurò” per via legislativa la giurisprudenza precedente, prevedendo che il parametro pretorio della *general applicability* delle leggi non era sufficiente per ritenere conforme a Costituzione potenziali limitazioni della libertà religiosa<sup>76</sup>. La forza di tale legge è stata, tuttavia, circoscritta dalla Corte Suprema in *City of Boerne v. Flores*<sup>77</sup>, la quale ne ha escluso l’applicabilità a livello statale, in quanto eccedente i poteri riconosciuti al Congresso ai sensi della *Enforcement Clause* del XIV Emendamento. A loro volta, diversi Stati hanno reagito a questa nuova giurisprudenza “restrittiva” attraverso l’approvazione di propri RFRA, riproponendo in chiave statale la previgente disciplina del RFRA federale<sup>78</sup>.

Le variegata sfaccettature del quadro giurisprudenziale e normativo in materia di *Free Exercise Clause* rivelano la complessità della sfida suscitata dal rapporto tra tale parametro costituzionale e la materia delle *public accommodation laws*. In primo luogo, definire il raggio di ampiezza garantito dalla *Free Exercise Clause* e parametrarlo in termini di (maggiore o minore) estensione rispetto a quello della *Free Speech Clause* non è compito facile. Da un lato, è vero che, laddove si tratti di condotte o espressioni inserite in un “contesto” di libertà religiosa, «the Free Exercise and Free Speech Clauses of the First Amendment [...] work in tandem», con la conseguenza che «where the Free Exercise Clause protects religious exercises, whether communicative or not, the Free Speech Clause provides overlapping protection for expressive religious activities»<sup>79</sup>. In questo caso, la tutela accordata ai sensi della *Free Exercise Clause* sembrerebbe essere più ampia rispetto a quella della *Free Speech Clause*, in quanto estesa anche a condotte (religiose) non per forza espressive.

Dall’altro ed allo stesso tempo, il campo di garanzia si restringe nel momento in cui la legittimità delle obiezioni religiosamente connotate è valutata, a fronte di *Smith*, applicando un criterio ermeneutico che non è più – come accade laddove sia in gioco la *Free Speech Clause* – quello dello *strict scrutiny*, in forza del quale vige una presunzione di incostituzionalità della legge contestata, salvo che lo Stato dimostri l’esistenza di un *compelling interest*. Il parametro di valutazione della conformità di una legge a Costituzione appare più lasco – e favorevole agli interessi statali – in quanto ragionare altrimenti (applicando lo *strict scrutiny* della libertà di espressione “pura”) rischierebbe di dare la stura a quella pleora di eccezioni rispetto all’applicazione delle norme generali dell’ordinamento respinta proprio da *Smith*<sup>80</sup>.

In ordine alle fattispecie descritte, l’invocazione della *Free Exercise Clause* è stata “filtrata” soprattutto con riferimento alla giurisprudenza enunciata in *Smith*. In *Elane Photography* è stato ritenuto che il NMHRA fosse una *neutral law of general applicability*, poiché le eccezioni alla sua applicazione «apply equally to religious and secular conduct»<sup>81</sup>. Allo stesso modo, in *Arlene’s Flowers*, la Corte Suprema di Washington ha giudicato la *Washington State Law Against Discrimination* (WLAD) quale «neutral, gener-

74 Cfr. U.S. Supreme Court, *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963), p. 438: «only a compelling state interest in the regulation of a subject within the State’s constitutional power to regulate can justify limiting First Amendment freedoms».

75 E. Volokh, *A Common-Law Model for Religious Exemptions*, cit., pp. 1467-1468. U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, cit., p. 888: «we cannot afford the luxury of deeming *presumptively invalid*, as applied to the religious objector, every regulation of conduct that does not protect an interest of the highest order. The rule respondents favor would open the prospect of constitutionally required religious exemptions from civic obligations of almost every conceivable kind».

76 Cfr. RFRA, Section 3: «(a) IN GENERAL. -- Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b). (b) EXCEPTION. -- Government may burden a person’s exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person – (1) furthers a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest».

77 U.S. Supreme Court, 521 U.S. 507 (1997).

78 Il che non ha comunque impedito, in alcuni casi, un “ritorno” dei parametri di *Smith* «through the backdoor» (J.W. Wright Jr., *Making State Religious Freedom Restoration Amendments Effective*, in *Alabama law review*, 2010, 61(2), p. 435).

79 U.S. Supreme Court, *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. 507 (2022), p. 523.

80 Cfr. *supra*, nota 75.

81 309 P.3d 53 (N.M. 2013), cit., p. 74.



ally applicable law subject to rational basis review [...] rationally related to the government’s legitimate interest in ensuring equal access to public accommodations»<sup>82</sup>.

Laddove la disciplina applicabile sia quella di un RFRA statale, le maglie per la sopravvivenza della *public accommodation law* si fanno in teoria più strette, con la conseguenza che «the question then becomes: does the state have a compelling interest in applying the antidiscrimination law to religious objectors and could it equally further any such interest in a way less restrictive of religious exercise?»<sup>83</sup>. La questione non è stata oggetto di giudizio in *Arlene’s Flowers* – non essendo lo Stato di Washington dotato di un proprio RFRA – ed è stata invece superata, in termini procedurali, in *Elane Photography*, poiché «the structure of the NMRFA as a whole suggests that the Legislature contemplated that the statute would apply only to legal actions in which the government was a party»<sup>84</sup>, non potendo trovare pertanto applicazione in una controversia tra privati.

In definitiva, “scomporre” questi casi alla luce del parametro della *Free Exercise Clause* –declinato, a sua volta, secondo i criteri giurisprudenziali di *Smith* – rischia di aprire un dibattito nel quale i ricorrenti sembrano destinati ad essere (quasi sempre) sconfitti<sup>85</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, il bilanciamento in favore della *Free Speech Clause* rischia di risultare troppo... sbilanciato in favore di quest’ultima, mettendo in seria discussione le tutele antidiscriminatorie apprestate dalle *public accommodation laws*.

Sul punto, si tenga tuttavia presente che il precedente di *Smith* sembra oggi alquanto “traballante”: in questo senso, le opinioni concorrenti in *Fulton v. City of Philadelphia* rivelano – guardando alla composizione attuale della Corte Suprema – che almeno tre giudici (Thomas, Alito e Gorsuch)<sup>86</sup> sono pronti a determinare un *overruling* di *Smith* in qualsiasi momento, mentre altri due (Kavanaugh e Barrett) parrebbero in attesa di una fattispecie più affine per compiere tale passo, ferma comunque restando una certa contrarietà di fondo rispetto al parametro enunciato in *Smith*<sup>87</sup>. Il suo eventuale superamento dipende, in definitiva, da un’invocazione “strategica” della sola *Free Exercise Clause* da parte dei ricorrenti (con richiesta di *overruling* di *Smith*, fermo restando il rischio di perdere la causa *on this ground*) o da un’invocazione congiunta di *Free Speech* e *Free Exercise Clause* rispetto a fattispecie nelle quali la prima non è applicabile per assenza dell’elemento espressivo ovvero qualora la Corte Suprema rifiuti di concedere lo specifico *certiorari*<sup>88</sup>.

## 5. Riflessioni conclusive

È stato evidenziato in dottrina che la soluzione adottata in *303 Creative LLC v. Elenis* si presenta, allo stesso tempo e senza che ciò si traduca in una contraddizione in termini, ampia e stretta quanto alle sue future applicazioni<sup>89</sup>. In relazione al primo profilo, essa pare fin troppo netta nell’enunciazione “di prin-

82 187 Wn. 2d 804 (Wash. 2017), cit., p. 843.

83 E. Sepper, *The Role Of Religion In State Public Accommodations Laws*, in *Saint Louis university law journal*, 2016, 60, p. 668.

84 309 P.3d 53 (N.M. 2013), cit., p. 76.

85 E. Gressman, A.C. Carmella, *The RFRA Revision of the Free Exercise Clause*, in *Ohio State law journal*, 1996, 57, p. 66: «The Smith Court had given an exceedingly narrow interpretation to the Free Exercise Clause of the First Amendment, literally removing from its protective umbrella most if not all substantial burdens on religious exercises imposed by neutral and generally applicable laws».

86 Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, cit., Alito, J., concurring in judgment, pp. 612 («Multiple factors strongly favor overruling *Smith*. Are there countervailing factors? None is apparent») e 614 («*Smith* was wrongly decided [...] the Court’s error in *Smith* should now be corrected») e Gorsuch, J., concurring in judgment, p. 618: «*Smith* failed to respect this Court’s precedents, was mistaken as a matter of the Constitution’s original public meaning, and has proven unworkable in practice».

87 Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, cit., Barrett, J., concurring., p. 543: «The textual and structural arguments against *Smith* are [...] compelling. As a matter of text and structure, it is difficult to see why the Free Exercise Clause – lone among the First Amendment freedoms – offers nothing more than protection from discrimination».

88 In ogni caso, rimarrebbe aperta la questione di «what should replace *Smith* [...] particularly when this Court’s resolution of conflicts between generally applicable laws and other First Amendment rights – like speech and assembly – has been much more nuanced» (*ibid.*). In dottrina, cfr. D. Laycock, T.C. Berg, *Protecting Free Exercise under Smith and after Smith*, in *Cato supreme court review*, 2020, pp. 33-61.

89 D. Carpenter, *How to Read 303 Creative v. Elenis*, cit.

cipio” per restringerne l’applicazione al solo caso specifico, vale a dire la presenza di posizioni personali contrarie (per ragioni religiose) al matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>90</sup>.

Assumendo come punto di partenza l’esatta fattispecie di *303 Creative LLC v. Elenis* (vale a dire l’offerta di servizi web personalizzati in materia matrimoniale), come interpretare un eventuale rifiuto – suffragato o meno da sincere considerazioni etico-religiose – a fornire tale servizio a fronte di una richiesta proveniente da una coppia inter-religiosa? Sul punto, è un fatto notorio che la religione ebraica proibisce il matrimonio tra ebrei e “gentili” (non ebrei)<sup>91</sup>. Negli stessi termini, cosa succederebbe nel caso in cui tale rifiuto fosse rivolto nei confronti di una coppia interrazziale (perché così lo prescrive l’interpretazione di una determinata religione o perché questa è l’opinione del soggetto “opponente”)?<sup>92</sup> E, in modo analogo, qualora la medesima richiesta provenisse da una coppia affetta da una qualche disabilità, ritenuta una condizione non conforme ai propri valori?<sup>93</sup>.

Sulla base del principio enunciato in *303 Creative LLC v. Elenis*, sembra molto complicato operare una ragionevole dicotomia tra l’opposizione (legittima) al matrimonio omosessuale e quella (illegittima?) riferita ad altre tipologie di unioni (es. interrazziali), anch’esse fondate su caratteristiche personali<sup>94</sup>, tracciando una linea pretoria che divida il lecito dall’illecito<sup>95</sup>.

Il riferimento ad un’eccezione giurisprudenziale già tracciata in *Obergefell v. Hodges*<sup>96</sup> – rievocata in questa direzione anche nella discussione orale<sup>97</sup> – prova forse troppo, poiché il contrasto al matrimonio omosessuale per ragioni di fede (in quello specifico caso) non sembra risolvere il problema rispetto a situazioni ben diverse. Possibilmente il riferimento al matrimonio interrazziale si ponga come il tipico “caso di scuola” destinato (si spera) a non verificarsi, il che però non ne esclude una sua possibile insorgenza<sup>98</sup> e lascia aperto l’interrogativo rispetto alla base giuridica sulla quale fondare – in sede giudiziaria – solo una *same-sex marriage exemption* (ma non, invece, una *inter-religious* o *inter-racial marriage exemption*)<sup>99</sup>.

90 Per B. Likko, *A Paucity Of Limits, By Stipulation: 303 Creative v Elenis*, in *Ordinary Times*, 5 July 2023, «the ruling lacks any limits or contours». Secondo A. Lauro, *Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti? Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte suprema*, in *Rivista di diritti comparati*, 2023, 3, p. 9, «si aprono sconfinite possibilità di micro-casi in cui non sarà facile identificare una regola che, per quanto generale, possa guidare il decisore (amministrativo o giudiziario che sia), sostituita da valutazioni del tutto casistiche».

91 Cfr. *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., *Brief for the Jewish Coalition for Religious Liberty as Amicus Curiae in Support of Petitioners*, pp. 4-5 e Alito, J., *transcript of oral argument*, pp. 72-73.

92 Cfr. U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., Sotomayor, J., dissenting, p. 638, citando le parole del giudice di merito che aveva condannato i ricorrenti in U.S. Supreme Court, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), unitisi in matrimonio interrazziale: «Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And, but for the interference with his arrangement, there would be no cause for such marriage. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix». Vedi anche U.S. Supreme Court, *Bob Jones Univ. v. United States*, 461 U.S. 574, (1983), p. 580 («The sponsors of the University genuinely believe that the Bible forbids interracial dating and marriage. To effectuate these views, Negroes were completely excluded until 1971. From 1971 to May 1975, the University accepted no applications from unmarried Negroes, but did accept applications from Negroes married within their race»).

93 Cfr. Sotomayor, J., *Masterpiece Cakeshop*, cit., *transcript of oral argument*, p. 23.

94 Cfr. R.T. Anderson, *Disagreement Is Not Always Discrimination: On Masterpiece Cakeshop and the Analogy to Interracial Marriage*, in *Georgetown journal of law & public policy*, 2018, 16, pp. 123 ss. e R.F. Wilson, *Matters of Conscience: Lessons for Same-Sex Marriage from the Healthcare Context*, in D. Laycock, A. Picarello Jr, R.F. Wilson, *Same-Sex Marriage And Religious Liberty: Emerging Conflicts*, cit., p. 101: «The religious and moral convictions that motivate objectors to refuse to facilitate same-sex marriage simply cannot be marshaled to justify racial discrimination». *Contra*, J.M. Oleske, *The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages*, in *Harvard civil rights-civil liberties law review*, 2015, 50, pp. 99 ss.

95 Cfr. Sotomayor, J., *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., *transcript of oral argument*, p. 30: «tell me how to write this decision for you that draws the line just on gay marriage, because that’s what you seem to be saying right now, but draws a line that doesn’t affect my example of a disabled person or an interracial couple».

96 576 U.S. 644 (2015), p. 672: «Many who deem same-sex marriage to be wrong reach that conclusion based on decent and honorable religious or philosophical premises, and neither they nor their beliefs are disparaged here».

97 Cfr. Alito, J., *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., *transcript of oral argument*, pp. 29-30: «in Obergefell, did the Court say that religious objections to same-sex marriage are the same thing as religious or other objections to people of color?».

98 Cfr. T. Flynn, *Clarion Call or False Alarm: Why Proposed Exemptions to Equal Marriage Statutes Return Us to a Religious Understanding of the Public Marketplace*, in *Northwestern journal of law & social policy*, 2010, 5, p. 245.

99 Con riferimento al matrimonio interrazziale, K. Greenawalt, *Exemptions. Necessary, Justified, or Misguided?*, Harvard, Harvard University Press, 2016, p. 163, ha escluso la possibilità di scindere la singola condotta dalla persona interessata, ricordando

Invero, in *Masterpiece Cakeshop* la Corte Suprema aveva rilevato che se, da un lato, nessuno potrebbe obiettare nulla circa il rifiuto di un sacerdote di celebrare – in forza di un’obiezione religiosa – un matrimonio tra persone dello stesso sesso, dall’altro, «if that exception were not confined, then a long list of persons who provide goods and services for marriages and weddings might refuse to do so for *gay persons* [corsivo nostro], thus resulting in a community-wide stigma inconsistent with the history and dynamics of civil rights laws that ensure equal access to goods, services, and public accommodations»<sup>100</sup>. Il riferimento a «*gay persons*» potrebbe allora essere riferito alla necessità di non discriminare per *status*, permettendo quindi di “salvare” in contemporanea l’obiezione “ristretta” nei confronti del matrimonio omosessuale.

Se però il parametro di risoluzione di siffatte controversie è rappresentato da *Smith*, la semplice opposizione religiosa non pare sufficiente per sottrarsi agli effetti di *neutral laws of general applicability*, quali sembrano essere le *public accommodation laws*<sup>101</sup>. Al contrario, laddove sia invocata la libertà di espressione, «religious beliefs, such as the sinfulness of homosexuality or the sinfulness of interracial marriage, are protected by the First Amendment»<sup>102</sup>. In quest’ultimo senso, è ben noto che, nell’ordinamento degli Stati Uniti, la libertà di espressione gode di ampia protezione, essendo principio consolidato che «if there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable»<sup>103</sup>.

Ciononostante, è doveroso leggere *303 Creative LLC v. Elenis* in una prospettiva più limitata<sup>104</sup>, legata alle specificità “fattuali” del prodotto in questione ed all’identificazione di un messaggio che sia separabile dallo *status* del soggetto interessato. In questo senso, il criterio della dissociazione tra condizione personale e specificità del messaggio controverso, da un lato e quello della espressività di quest’ultima, dall’altro, devono essere letti in (eventuale) consecuzione. Se l’operazione di scomposizione è possibile, occorre allora interrogarsi sugli ulteriori confini della condotta interessata, espressiva o meno – fatto salvo il principio di uguaglianza nel trattamento di individui diversi (nei casi di specie, omosessuali o non) – e di un correlativo diritto di libertà di espressione.

All’opposto, se tale ragionamento non è applicabile, la considerazione individualizzata di un certo comportamento (isolato *ad hoc* dal contesto generale) rischia di riverberarsi sulla condizione dell’individuo in quanto persona, traducendosi in un atto discriminatorio e quindi illegittimo. Tale parametro non è estraneo alla giurisprudenza della Corte Suprema in relazione a controversie che hanno avuto ad oggetto un trattamento discriminatorio nei confronti di persone omosessuali: in questi termini, in *Lawrence v. Texas* essa dichiarò l’illegittimità costituzionale di una legge statale che sanzionava penal-

---

che il divieto di tali matrimoni si inseriva in un contesto normativo di discriminazione generalizzata per *status* nei confronti degli afroamericani: «Although we could conceive of a ban on interracial marriage that did not favor or disfavor members of particular races, that was not the law in the southern states of our country that prescribed such bans into the 1960s. Instead, those laws, at least in their origin, were designed largely to protect the purity of the “white” race, which was perceived as superior».

100 U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., p. 632.

101 E. Sepper, *Free Speech and the “Unique Evils” of Public Accommodations Discrimination*, in 2020 *University of Chicago legal forum*, 2020, p. 274. Negli stessi termini, U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., p. 631: «while [...] religious and philosophical objections are protected, it is a general rule that such objections do not allow business owners and other actors in the economy and in society to deny protected persons equal access to goods and services under a neutral and generally applicable public accommodations law». *Contra*, United States District Court Western District of Michigan Southern Division, *Country Mill Farms, LLC. V. City of East Lansing*, No. 1:17-cv-487, 21 August 2023, p. 13: nel caso di specie, la cittadina di Lansing aveva negato ad un proprietario terriero la licenza per celebrare sui propri terreni cerimonie matrimoniali, dopo aver avuto notizia della sua opposizione ai matrimoni omosessuali. Secondo la Corte, tuttavia, la normativa in questione non poteva considerarsi «generally applicable because it permits secular conduct through exemptions while prohibiting the same conduct motivated by religious beliefs».

102 M.K. Curtis, *A Unique Religious Exemption from Anti-Discrimination Laws in the Case of Gays? Putting the Call for Exemptions for Those Who Discriminate Against Married or Marrying Gays in Context*, in *Wake forest law review*, 2012, 47, p. 197.

103 U.S. Supreme Court, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), p. 414.

104 Cfr. *Guidance on the New Jersey Law Against Discrimination Following the U.S. Supreme Court’s Decision in 303 Creative LLC v. Elenis*, p. 2: «The Supreme Court’s ruling exempts from anti-discrimination laws [...] only a narrow set of services offered by some places of public accommodation. In order to assert an exemption, at a minimum, a public accommodation must establish that (1) its creative services are “original” and “customized and tailored” for each customer; (2) the creation is “expressive” and expresses the creator’s own First Amendment-protected speech; and (3) the public accommodation’s refusal to provide the creative service to a customer is based on the message it conveys, not the customer’s identity or protected characteristic standing alone».

mente i rapporti sessuali consenzienti tra persone dello stesso sesso, rilevando altresì l'inscindibilità tra la punizione della "sola" condotta omosessuale e lo status personale dei soggetti interessati<sup>105</sup>.

In conclusione, il confine tra legittimo esercizio di un diritto fondamentale e illegittima discriminazione per ragioni personali (di genere, orientamento sessuale, religione, razza, etc.) è oltremodo sottile, soprattutto laddove l'*actio finium regundorum* sia demandata alla discrezionalità dei giudici<sup>106</sup>. Tornano allora molto utili le parole conclusive di Justice Scalia in *Smith*, quando affermava che «to say that a nondiscriminatory religious practice exemption is permitted, or even that it is desirable, is not to say that it is constitutionally required, and that the appropriate occasions for its creation can be discerned by the courts»<sup>107</sup>. Al contrario, è preferibile (forse addirittura doveroso) rimettere tale decisione nelle sole mani del Legislatore, poiché le scelte derivanti dal gioco democratico del confronto tra idee «must be preferred to a system in which each conscience is a law unto itself or in which judges weigh the social importance of all laws against the centrality of all religious beliefs»<sup>108</sup>.

In dottrina è stata così suggerita l'introduzione per via normativa di un'eccezione ritagliata sulla sola opposizione (per ragioni religiose) al matrimonio omosessuale, declinata attraverso la creazione di un «'refuse and refer' balancing test»<sup>109</sup>: sulla base di questo, il rifiuto dovrebbe essere circoscritto alla fornitura di beni legati in modo diretto alla celebrazione di un *same-sex marriage*, i quali dovrebbero altresì indicare con apposito *disclaimer* la loro specifica obiezione e segnalare la possibilità di rivolgersi ad altri fornitori in grado di prestare un servizio analogo a quello rifiutato.

Il Legislatore dovrebbe quindi essere il più restrittivo possibile nella configurazione di eccezioni religiose alle *public accommodation laws* e, allo stesso modo, anche le Corti dovrebbero interpretare in termini stringenti i confini "espressivi" della *Free Speech Clause* derivanti da *303 Creative LLC v. Elenis*, evitando che lo strategico abbandono in sede contenziosa della *Free Exercise Clause* in favore del (più ampio) diritto alla libertà di espressione<sup>110</sup> conduca ad una banalizzazione ed eccessiva dilatazione dei confini di quest'ultima.

105 Cfr. U.S. Supreme Court, 39 U.S. 558 (2003), p. 575: «When homosexual *conduct* is made criminal by the law of the State, that declaration in and of itself is an invitation to subject homosexual *persons* to discrimination». In termini ancora più chiari, per O'Connor, J., concurring (*ivi*, p. 583), «while it is true that the law applies only to conduct, the conduct targeted by this law is conduct that is closely correlated with being homosexual. Under such circumstances, Texas' sodomy law is targeted at more than conduct. It is instead directed toward gay persons as a class». Tale profilo è stato poi ripreso in U.S. Supreme Court, *Christian Legal Society v. Martinez*, 561 U.S. 661 (2010), p. 23 – in ordine all'esclusione da un'associazione studentesca di persone «who engage in unrepentant homosexual conduct» – secondo cui «our decisions have declined to distinguish between status and conduct in this context». Per Stevens, J., concurring, p. 699, nota 1, «a person's religion often simultaneously constitutes or informs a status, an identity, a set of beliefs and practices, and much else besides (So does sexual orientation for that matter)».

106 In questo senso, «il tema impegnerà i giudici statunitensi in un'opera di costruzione e decostruzione che non può dirsi conclusa, anche perché la Corte evita accuratamente di fissare standard di giudizio e criteri orientativi [...]», con la conseguenza che «la frontiera fra atto di discriminazione e atto di libertà si determinerà tutta al di fuori della legge» (A. Lauro, *Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?*, cit., p. 44).

107 U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, cit., p. 890. Cfr. E. Volokh, *My Argument for Preserving Employment Division v. Smith*, in *The Volokh Conspiracy*, 26<sup>th</sup> May 2020.

108 U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, cit., p. 890. Sul punto, è stato sostenuto che il Legislatore ben può introdurre eccezioni favorevoli al fenomeno religioso ove lo ritenga opportuno: lo dimostra, proprio in relazione a fattispecie analoghe a *Smith* (cfr. *ivi*, p. 890), la previsione di regimi eccezionali non sanzionatori all'uso del peyote per scopi religiosi in Arizona, Colorado e New Mexico (ma non in Oregon). In dottrina, per V.P. Muñoz, *Religious Liberty and the American Founding: Natural Rights and the Original Meanings of the First Amendment Religion Clauses*, Chicago-London, Chicago University Press, 2022, p. 270, «a state [...] could exempt religious individuals and institutions from sexual orientation nondiscrimination laws [...] but the Free Exercise Clause would not *mandate* such an exemption».

109 P. Dolan, *An Uneasy Union: Same-Sex Marriage and Religious Exemption in Washington State*, in *Washington law review*, 2013, 88, p. 1144. Cfr. anche A. Koppelman, *Gay Rights, Religious Accommodations, and the Purposes of Antidiscrimination Law*, in *Southern California law review*, 2015, 88, pp. 619 ss.

110 A. Koppelman, *The Dangerous 303 Creative Case*, in *Canopy Forum*, 15<sup>th</sup> June 2022, ha parlato di «a Supreme Court case which arrives under the guise of free speech».



GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN: 2384-9495

[genius@articolo29.it](mailto:genius@articolo29.it)