

Le persone intersessuali e il terzo genere: ciascuno Stato Membro può procedere al proprio ritmo

di Francesca Brunetta D'Usseaux

Keywords: Intersex - Binary gender system - Refusal to record "gender neutral" in birth certificates - Right to respect for private life - No violation

1. La Quinta Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo, con l'*Affaire Y c. France*, (ric. n. 76888/17, 31 gennaio 2023, decisione rispetto alla quale è in corso il rinvio alla *Grand Chambre*) affronta, per la seconda volta nell'arco di un breve lasso di tempo, una causa contro lo Stato francese riguardante le persone intersessuali, ovvero quelle persone che presentano una combinazione di caratteri sessuali primari e secondari tali per cui non possono essere univocamente classificati né nella categoria maschile né in quella femminile (stimati in circa l'1,7-2% della popolazione mondiale, su cui si veda B. Pezzini, *La condizione intersessuale in Italia: ripensare la frontiera del corpo e del diritto*, in *Resp. medica - diritto e pratica clinica*, 2017, 444; *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'incepimento del sistema* (Focus), con contributi di A. Lorenzetti, A. Comeni, S. Stefanelli, G. Viggiani, G. Cardaci, in *GenIus*, 2018, 6 ss.; P. Veronesi, *Corpi e questioni di genere: le violenze quasi invisibili*, in *GenIus*, 2020, 8 e A.C. Visconti, *Oltre la "logica binaria"... L'identità di genere tra vecchie e nuove prospettive*, in www.federalismi.it, 15/2023, 239).

Nei primi mesi dello scorso anno, *M c. Francia* (ric. n. 42821/18, 26 aprile 2022) aveva portato all'attenzione della Corte la questione della legittimità degli interventi chirurgici e ormonali, spesso irreversibili, cui sono sottoposte le persone intersessuali già durante i primi anni di vita, al fine di essere ricondotte al sistema di genere binario. Nel caso di specie, il ricorso era stato dichiarato inammissibile, perché non erano stati esperiti tutti i gradi di giudizio interni, cosa che, però, nulla toglie all'attualità del problema, come testimoniato da recenti provvedimenti e studi non limitati agli Stati Membri (per l'ordinamento francese cfr. l'Art. L2131-6 *Code de la santé publique*, introdotto dalla *Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*, *JORF n° 0178 du 3 août 2021*, con nota critica di B. Moron-Puech, *Mutilations génitales intersexuées: la Haute autorité de santé rappelle à l'ordre le ministère de la Santé*, in *JCP 2022*, act. 590; in Germania cfr. *Gesetz zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung*, 12 maggio 2021, in

BGBI 2021, Teil I, Nr. 24; vedi anche A. Lorenzetti, *Intersex in Italy: At the Source of the Complexity?*, in *The Age of Human Rights Journal*, 18, June 2022, 105-123. Il problema è globale: si veda, tra gli altri S. Rajam, A. Banerjee, *Right to Genital Integrity: Law, Limbo and the Status of Intersex Children in India*, in 42 *Colum. J. Gender & L.*, 130 (2022) e la recente *Resolution on the Protection of the Rights of Intersex Persons in Africa*, ACHPR/Res.552 (LXXIV) 2023 della *African Commission on Human and Peoples Rights*. Le due problematiche sono strettamente collegate, come sottolineato anche dalla giudice Šimáčková nell'unica opinione dissenziente: solo attraverso il riconoscimento della "neutralità" del genere si potrebbero superare queste pratiche "oppressive e superflue"; cfr. V. Casillo, *Cambio del marcatore di genere per persona intersex e art. 8 CEDU*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, fasc. 3, 521).

2. Nella sentenza che qui si commenta, la Corte si confronta, invece, con il quesito se uno Stato sia tenuto o meno a prevedere che una persona intersessuale possa essere registrata nell'atto di nascita utilizzando un genere diverso rispetto a quello maschile/femminile, unica possibilità prevista, nel caso di specie, dalla legislazione francese, in quanto corrispondente al sistema binario di genere su cui peraltro, tutt'oggi, si fonda la maggior parte degli ordinamenti e che è alla base della identificazione della persona come membro della società e titolare di diritti e di doveri. (Nel 2019, la Corte con *P. c. Ukraine*, ric. n. 40296/16 ha rigettato il ricorso di un cittadino ucraino *intersex*, per non avere il ricorrente esperito tutti i gradi di giudizio interni, che aveva chiesto di poter rettificare il proprio *status* da maschile a femminile, rimanendo quindi nel perimetro del binarismo di genere, a differenza del caso che qui si tratta).

L'*Affaire Y c. France* riguarda un cittadino francese, sposato, padre di un bambino adottivo; al momento della nascita del signor Y, come attestato dalla documentazione medica, non era stato possibile determinare il genere; tuttavia, in ossequio a quanto richiesto dall'art. 57 del *Code Civil*, era stata comunque effettuata un'iscrizione al "sesso maschile" (secondo le disposizioni del codice, la registrazione va effettuata al massimo entro tre mesi dalla nascita; la già citata legge francese sulla bioetica del 2021, ha introdotto all'art. 99 *Code Civil* anche la possibilità di rettifica; cfr. M. Lamarche, *Sexe neutre: la CEDH, un chef d'orchestre*, in *Droit de la famille*, 2023, alerte 39). All'età di quaranta anni, soffrendo di osteoporosi, gli era stato prescritto un trattamento a base di testosterone, visto che il suo marcatore di genere era quello maschile; la conseguenza era stata la crescita della barba e il mutamento del tono di voce, un cambiamento vissuto dal ricorrente come una violazione interiore che gli provocava grande sofferenza, visto che non si riconosceva nell'aspetto così assunto. Sosteneva infatti di non essersi mai considerato altro, se non una persona intersessuale, sia dal punto di vista biologico, sia sociale, sia psicologico; di aver sempre manifestato un'identità di genere non binaria e chiedeva che la primigenia indicazione "di sesso maschile" venisse sostituita con il termine "neutre" o "intersexe".

Esperiti in Francia i diversi gradi di giudizio, i primi due con esiti alterni, la richiesta era stata definitivamente rigettata dalla *Cour de Cassation* (*Cass. 1re civ.*, 4 mai 2017, n° 16-17.189): i giudici muovono dall'assunto, che

verrà poi ripreso anche dalla Corte EDU, per cui il sistema binario è una delle fondamenta dell'ordinamento, aspetto "necessario per l'organizzazione sociale e giuridica" dello Stato. Sebbene la richiesta del signor Y non sia diretta esplicitamente al riconoscimento di un terzo genere, qualora venisse accolta la sua richiesta, sarebbe, invece, proprio questo l'esito finale. Tuttavia, l'introduzione di una nuova categoria di genere implicherebbe la necessità di ripensare l'intero sistema degli atti di stato civile, con la conseguenza di rilevanti ed incisive modifiche legislative e regolamentari e problemi di coordinamento della normativa: tale cambiamento non corrisponderebbe all'interesse generale. Inoltre, una tale operazione esula dalle competenze del giudice ed è di esclusiva competenza legislativa (l'argomento era stato già sollevato dalla Cour d'Appel di Orléans, cfr. E. Falletti, *Osservatorio di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Famiglia e Diritto*, 7, 2023; sui rapporti tra giudice e legislatore si veda, tra gli altri, L. Lombardo Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967 e A. Pizzorusso, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2, 2003, 340 ss.); ciò è tanto più vero quando l'intervento richiesto implichi la valutazione di "delicate questioni di carattere etico e morale". Da ultimo, i giudici francesi ritengono che, coincidendo l'aspetto del ricorrente e quindi anche il modo in cui viene percepito socialmente, con l'indicazione sul suo atto di nascita, l'ingerenza nella sua vita privata e la conseguente compressione del suo diritto, pur protetto dall'art. 8 della Convenzione EDU, sarebbe da considerarsi ragionevole e quindi legittima.

3. La Corte EDU ritiene che lo Stato francese, rifiutando di creare una categoria "sesso neutro" per i documenti di identità dei propri cittadini, non abbia violato il diritto al rispetto della vita privata tutelato dall'art. 8 CEDU. È il singolo Stato Membro a poter decidere "à quel rythme et jusqu'à quel point" sia appropriato spingersi per riconoscere le richieste delle persone intersessuali (*par. 90*) (C. Roux, *Neutralisation du «sexe neutre»: la modification d'état-civil reste à la discrétion des États membres*, in *Droit Administratif 2023*, alerte 30).

I giudici, nelle considerazioni preliminari, delimitano la questione dal punto di vista soggettivo: il caso di specie concerne persone che non sono "ni de l'un ni de l'autre [sexe]" (*par. 44*); si riconosce così la individualità delle persone intersessuali e si traccia una distinzione rispetto ai casi che concernono l'autodeterminazione del genere, con conseguente inapplicabilità della giurisprudenza in materia di persone transessuali o transgender (cfr. YY c. Turchia, Ric. no 14793/08, 10 marzo 2015; critica la posizione di A. Schulz, *Anm. zu Art. 8 EMRK: Keine Verpflichtung zum geschlechtsneutralen Personenstandseintrag*, in *FamRZ*, 2023, 451, così come quella della quasi totalità della dottrina francese citata).

Non vi sono dubbi che al cuore della fattispecie si trovi l'identità di genere che, nelle sue diverse manifestazioni e declinazioni, è aspetto fondamentale dell'identità dell'individuo e rientra a pieno titolo nell'ampia nozione di vita privata, tutelata dalla Convenzione EDU con giurisprudenza costante. Proprio nei casi, come quello di specie, in cui l'intersessualità sia stata riconosciuta fin dalla nascita, la forzata ascrizione al genere maschile o femminile non può non mettere in discussione il diritto protetto dall'art. 8

CEDU visto che la discrepanza tra l'identità biologica del ricorrente e quella giuridica è fonte, per la persona interessata, di ansia e sofferenza (*par.* 89).

La Corte ritiene, però, in linea con quanto sostenuto dal governo francese, che l'analisi non vada svolta stimando l'eventuale ingerenza dello Stato nel diritto alla vita privata del ricorrente, ma valutando, invece, l'esistenza di un'obbligazione positiva in capo all'ordinamento (*par.* 69; cfr. V. Casillo, cit., 520: i giudici si sarebbero così posti "nel solco tracciato da una serie di pronunce in materia di identità di genere". Critico invece B. Moron-Puech, *Sexe neutre à la CEDH: l'indignité des personnes intersexuées consacrée*, <https://blog.leclubdesjuristes.com> perché questa impostazione collocherebbe la problematica sotto un prisma "beaucoup moins protecteur"; a questa impostazione conseguirebbe anche un ampliamento della portata del margine di apprezzamento degli Stati, come segnala la giudice Šimáčková nella sua opinione dissenziente; si veda anche 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*, 3, 2019, in particolare sulla natura e funzione del margine di apprezzamento e del concetto di "consenso europeo" che verrà richiamato anche nella sentenza in commento).

I giudici EDU muovono, infatti, dalla constatazione che sia una lacuna del diritto ad impedire di rilasciare al ricorrente un documento corrispondente al suo genere: tuttavia, solo il *deciseur national*, e non la Corte, è in grado di valutare quali modifiche di sistema siano necessarie e soprattutto di considerare, in un bilanciamento con gli interessi generali, l'opportunità delle stesse (*par.* 72). A sostegno di questa impostazione, i giudici ricordano che la Convenzione non è che uno strumento sussidiario (cfr. modifica al Preambolo, Protocollo N. 15 dell'agosto 2021) e, quando si tratta di questioni di politica generale, la Corte può ben invocare il proprio dovere di «réserve» (come peraltro ha già fatto in *S.A.S. c. Francia* (ric. n. 43835, 1° luglio 2014), caso in cui i giudici avevano accordato allo Stato francese un ampio margine di apprezzamento quanto alla regolamentazione del velo islamico, poiché la questione doveva essere trattata alla stregua di una "choix de société", scelta che non poteva che spettare appunto al decisore politico nazionale). Il riconoscimento della violazione dell'art. 8 CEDU avrebbe infatti comportato la necessità per lo Stato francese di modificare la propria legislazione in virtù dell'art 46 della Convenzione, adeguandola quindi a quanto deciso dalla Corte (V. Casillo, cit., 521).

Un ultimo tassello per suggellare l'ampio margine di azione della Francia quanto al riconoscimento o meno della richiesta del ricorrente è la disamina della situazione negli ordinamenti degli altri Stati, che riveste particolare rilevanza specialmente quando si tratta di questioni che implicino scelte che a loro volta si basano su valutazioni "morales et éthiques délicates" come nel caso di specie. La Corte segnala che ben trenta Stati Membri su trentasette non prevedono altra possibilità, al momento della registrazione della nascita, se non la scelta tra il genere maschile o femminile. Sono solo cinque i Paesi, segnatamente Germania, Austria, Islanda, Paesi Bassi e Malta che permettono di indicare, sull'atto di nascita, un genere diverso rispetto ai due marcatori appena indicati. Questo è avvenuto per la maggior parte dei casi grazie all'intervento dei tribunali nazionali: così ad esempio in Germania (su cui cfr. D. Ferrari, F. Brunetta

d'Usseaux, *La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca*, in *Genus*, 2018, 125 ss.; C.M. Reale, *Il binarismo di genere non è costituzionalmente necessario e viola i diritti fondamentali, storica sentenza del "Bundesverfassungsgericht"*, in *Quad. cost.*, 2018, 218), ma anche in Austria (C.P. Guarini, *Appunti su "terzo sesso" e identità di genere*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, 1) e Paesi Bassi (Hoge Raad, 4 marzo 2022). In altri Paesi, come Islanda e Malta, è invece prevista la possibilità di indicare il proprio genere sui passaporti con la lettera «X» (Possibilità negata invece dalla *Supreme Court* inglese nel 2021 con *R (on the application of Elan-Cane) v. Secretary of State for the Home Department*, [2021] UKSC 56 su cui N. Dobson, *X-rated passports?*, in *172 NLJ 7968 11* (2022)). Senza pretesa di esaustività, uno sguardo oltre i confini europei ad Australia, Malesia, Nepal, Nuova Zelanda, Sudafrica e Argentina conferma che questa possibilità è prevista anche in questi ordinamenti (cfr. A.C. Visconti, cit., 285).

La Corte si sofferma, però, sulla situazione esistente, utilizzando un criterio di analisi quantitativo piuttosto che qualitativo: solo cinque Stati prevedono la possibilità di indicare un terzo genere. Minore rilievo è attribuito, invece, al crescente interesse per le problematiche concernenti le persone *intersex* dimostrato da altri Stati Membri, ad esempio Belgio (sui cui cfr. *Conseil constitutionnel*, 19 giugno 2019), Cipro, Irlanda, Norvegia e Spagna. (A. Schulz, cit., 452 ritiene che questo interesse non possa essere considerato altro, se non "una cauta tendenza". Per un approfondimento della panoramica di diritto comparato, cfr. N. Pikramenou, *Intersex Rights. Living Between Sexes*, Wiesbaden, 2019, e P. Otón Olivieri, *Intersexualidad: limitaciones del binomio femenino/masculino desde el análisis comparado de legislación*, in *56 Rev. Jur. U.I.P.R.* 513 (2022)). Anche la serie di documenti di organismi internazionali ed europei citati dagli stessi giudici della Corte EDU (tra tutti si segnala la Risoluzione «Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes», 2191/2017 dell'Assemblea Parlamentare), che affermano la necessità di fornire risposte alle richieste delle persone intersessuali e che auspicano un superamento dell'identificazione binaria delle persone, non vengono tenuti in particolare considerazione dai giudici: sicuramente anche perché si tratta principalmente di atti di *soft law*, ma avrebbero potuto comunque fornire utili elementi di riflessione. Maggiore risalto viene invece nuovamente dato alle implicazioni "considérables" a carico dello Stato francese che conseguirebbero all'eventuale accoglimento della richiesta del ricorrente (la definizione si rinviene nel *Rapport d'information* al Senato francese, n. 441, 2016-2017 del 23 febbraio 2017 «Variations du développement sexuel: lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions»). Mancando quindi anche un consenso europeo, il margine di apprezzamento dello Stato francese, seppure non *large*, visto che si discute di un aspetto fondamentale dell'identità del ricorrente che incide sulla sua sfera più intima, non può, però, che essere *élargie* (come fa notare il giudice Mits, nella sua opinione concorrente *par. 5*).

In conclusione, quindi, i giudici stabiliscono che lo Stato francese non abbia violato l'obbligazione positiva di tutelare efficacemente la vita privata del ricorrente *ex art 8 CEDU*: sono gli organi nazionali, investiti di

legittimazione democratica, a essere nella posizione più appropriata, rispetto ad una Corte internazionale, per poter decidere se e quali strumenti adottare per venire incontro alle esigenze delle persone intersessuali, a fronte anche della mancanza di un consenso europeo sulla questione.

I giudici fanno però due “concessioni” al ricorrente (così J. Mattiussi, B. Moron-Puech, «*Sexe neutre*» a la Cour européenne: l'art du syllogisme inversé?, in *JCP G*, 2023, act. 232). In primo luogo si discostano dall'affermazione dei giudici francesi che avevano considerato proporzionata e quindi legittima l'ingerenza nella vita privata del ricorrente, basandosi sulla coincidenza tra aspetto fisico (maschile) e conforme indicazione sull'atto di nascita. L'apparenza fisica e sociale non può prevalere sulla realtà biologica intersessuale (*par.* 88): non è corretto ridurre l'identità di una persona al suo mero aspetto, occorre tenere conto anche della dimensione intima.

La seconda precisazione potrebbe essere foriera di importanti sviluppi, tanto da far pensare che il mancato riconoscimento della violazione dell'art. 8 CEDU nell'*Affaire Y c. Francia* non debba necessariamente essere considerato una netta chiusura o alla stregua di una scarsa sensibilità della Corte EDU rispetto alle problematiche concernenti le persone intersessuali. I giudici ricordano infatti che la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato e applicato alla luce delle condizioni esistenti: al di là però dell'affermazione di una ben conosciuta caratteristica della Convenzione, colpisce il richiamo alla sentenza *Rees c. Regno Unito* (ric. n. 9532/81 17 ottobre 1986). Si trattava, in quel contesto, della protezione delle persone che avevano effettuato una transizione di genere, con operazione consentita e sovvenzionata dal sistema sanitario pubblico, a fronte della quale, però, non era loro consentito cambiare l'indicazione anagrafica di sesso e nome sul certificato di nascita. La Corte aveva negato la sussistenza di una violazione del diritto al rispetto della vita privata del sig. Rees, sottolineando tuttavia che, vista la delicatezza e la rilevanza della questione, sarebbe stato opportuno tenere monitorati sia eventuali sviluppi scientifici, sia l'evoluzione nella società, in modo da poter valutare, di pari passo, l'opportunità di adottare misure giuridiche appropriate, ovvero diverse; cosa che era poi accaduta con *Christine Goodwin c. Regno Unito* (ric. n. 28957/95, 11 luglio 2022) quando la Corte aveva affermato che “the respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation” (sulla vicenda cfr. la completa ricostruzione di A.C. Visconti, cit.). Per tornare al caso di specie, utilizzando le parole del giudice Mits “arriva un momento in cui nessuno dei motivi di interesse pubblico invocati può prevalere su un adeguato riconoscimento e tutela da parte della legge dei diritti dei ricorrenti” (il caso richiamato dal giudice, fatte le opportune differenze, è *Fedotova e a. c. Russia*, ric. nn. 40792/10, 30538/14 e 43439/14, 17 gennaio 2023, con nota di N. Palazzo, *La Corte EDU conferma l'esistenza di un diritto al riconoscimento giuridico per le coppie dello stesso sesso*, in *DPCE Online*, 3, 2023). Sempre secondo il giudice, se da un lato stupisce il silenzio “legislativo” di molti Stati, non sorprende, invece, che, in altri (segnatamente Germania e Austria), la discrepanza tra quadro giuridico e realtà biologica sia stata affrontata dalla giurisprudenza: nelle parole del giudice sembra quasi farsi strada l'idea che, nell'inerzia del legislatore, possano essere i giudici degli Stati Membri a farsi portatori dei diritti delle persone intersessuali, sebbene si tratti sicuramente di una strada lunga ed impervia.

Un ultimo rilievo può essere fatto sul mancato utilizzo della giurisprudenza in materia di persone transessuali: come sottolineato in dottrina (così ad esempio, G. Cerrina Feroni, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2015, 303), le due questioni (disforia di genere e intersessualità) pongono al giurista domande diverse perché solo il secondo mette in discussione la catalogazione binaria degli esseri umani in termini maschili o femminili (cfr. anche S. Osella, *Disciplining the Subject and Reinforcing the Binary: The Constitutional Right to Gender Recognition in the Italian Case Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 20, 1, 454 ss. (2022) ed i riferimenti *ivi*). Se si condivide l'auspicio che “norms which develop regarding intersex interpenetrate human rights narratives rather than become subsumed within existing norms relating to gender, sexuality and sexual orientation” (F. Garland, K. Lalor, M. Travis, *Intersex Activism, Medical Power/Knowledge and the Scalar Limitations of the United Nations*, in *Human Rights Law Review*, 22, 3, 1 ss. (2022)), *l’Affaire X c. Francia* potrebbe allora essere letto, invece che come una rinuncia alla protezione delle persone intersessuali, come il primo tassello per l’elaborazione di una nuova ed indipendente giurisprudenza “dedicata”. Una giurisprudenza che, pur tenendo conto delle differenti sensibilità ed esigenze degli Stati Membri, e quindi anche dei loro “ritmi”, potrebbe indicare la strada verso il superamento del binarismo di genere, visto che “più una società e il diritto sono egualitari, meno tali distinzioni hanno ragione di esistere” (così L. Pasquet, cit., 536. Cfr. anche L. Giacomelli, *Ripensare l’eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Torino, 2018, 210 ss.).