

Il “terzo” sesso

di Antonio D'Aloia *
(26 aprile 2014)

1. Esiste il ‘terzo’ sesso, o meglio il sesso (genere sessuale) ‘indefinito’, il che vuol dire che il sesso, anche nella sua dimensione fisico-biologica, può non essere riconducibile alla coppia maschile/femminile.

Così ha statuito la High Court of Australia, con una sentenza recentissima (caso *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*, del 2 aprile scorso), che ha avuto vasta eco anche sulla stampa non specialistica (in Germania, una legge approvata il 7 maggio 2013, consente ai genitori di un neonato, in sede di registrazione dell’atto di nascita, di non specificare (lasciare in bianco) il sesso dello stesso).

Per capire il ragionamento del Supremo Giudice Federale, e le sue implicazioni, è necessario partire dal caso.

Una persona di Perth, nata in Scozia più di 50 anni fa (come Bruce Norrie Watson, e cioè come uomo), ha chiesto che gli (le) fosse riconosciuto uno status legale sessualmente ‘neutrale’, non definito, sulla base del fatto che anche una precedente operazione di modificazione dei caratteri sessuali (da uomo a donna), effettuata nel 1989, non aveva risolto, in modo soddisfacente, sia sul piano fisico che sul piano psicologico e dell’identità percepita, la sua ambiguità sessuale [Come rileva, nel suo ottimo lavoro, A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 91 ss., “non può dirsi con certezza che il rimedio al malessere delle persone transgender sia proprio il cambiamento chirurgico del sesso anatomico”].

In particolare, Norrie ha chiesto, con una formale ‘application’, che il suo sesso fosse registrato, nei registri di stato civile, come “non – specific”. L’ufficio pubblico prima approva la sua richiesta, successivamente invalida il certificato, sostituendo alla dizione “sex non specified”, l’altra formula “sex non stated”. Per il Registrar, la normativa vigente (e in particolare il *Births, Deaths and Marriages Reistration Act* del 1995) “does not contemplate a range of categories of sex additional to the opposite sexes of male and female”; senza contare che accogliere questa nuova ‘indefinita’ categoria di genere comporterebbe una “unacceptable confusion”.

Da questo *revirement* in autotutela, si è sviluppato un contenzioso, con alterne e discordanti pronunce (del Tribunale e della Court of Appeal of New South Wales), che alla fine è approdato alla High Court, la quale ha invece concluso nel senso che è nella facoltà (è anche un obbligo?) dell’Ufficio del Registro di Stato Civile registrare il cambiamento di sesso di Norrie passando dalla categoria ‘male’ alla categoria ‘non-specific’. Invero, la motivazione della Suprema Corte Australiana è abbastanza ‘low profile’. Non c’è alcun particolare sforzo argomentativo né riflessioni di teoria generale del diritto (e dei diritti), quasi come se la Corte avesse voluto ‘sdrammatizzare’ la portata della sua decisione.

In sintesi, la soluzione viene rinvenuta nella legge che disciplina le registrazioni legate allo stato civile, e in altri riferimenti del sistema normativo considerato nel suo complesso. Per la High Court, è direttamente l’Act del 1995 a prendere atto che il sesso di una persona può essere ‘indeterminate’, e che in particolare “the sex of a person is not ... in every case unequivocally male or female”; di conseguenza, “The Registrar’s initial determination of Norrie’s application was right. The appropriate record of her change of sex was from ‘male’ to ‘non-specific’”.

Anche il rischio della ‘confusione’ (o ‘*inconvenience*’) sollevato dal Registrar, viene ridimensionato, alla luce del fatto che “*for the most part, the sex of the individuals concerned is irrelevant to legal relations*”.

Il Giudice Supremo richiama a questo proposito l’*Interpretation Act* del 1987, secondo cui “*in any Act or instrument ... a word or expression that indicates one or more particular genders shall be taken to indicate every other gender*”, per cui un individuo che si trova nella condizione di Norrie “*is not left in a legal no-man’s land*”. In realtà, almeno un caso in cui l’identificazione del sesso di un soggetto è giuridicamente rilevante c’è, ed è il matrimonio: la Corte stessa lo ammette, e tuttavia questa notazione non sembra spostare minimamente i termini del problema. A parte il matrimonio poi, ci sono altre situazioni in cui l’attribuzione del sesso (*rectius*: di uno dei due sessi) può dirsi ancora essenziale, come nel campo della reclusione carceraria, delle competizioni sportive, o con riferimento alle tutele predisposte per la maternità e la gravidanza, ovvero alle politiche promozionali per le pari opportunità [v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, 84, ricorda che in alcune carceri, vi sono sezioni riservate alle persone transessuali).

2. Come si è detto, in questo caso il diritto ad essere classificato al di fuori dello schema sessuale ‘tradizionale’ (si può dire ancora così?) uomo/donna non viene fuori da una iniziativa giudiziaria, non è il prodotto di una sentenza che anticipa o sconfessa una posizione legislativa. Non siamo cioè di fronte ad un’ipotesi di riedizione del tradizionale e intricato dibattito su a chi spetti l’ultima parola (tra il legislatore e il giudice) nella tutela dei diritti fondamentali. Il giudice qui non ha fatto altro che muoversi, anche dichiarandolo espressamente, sui binari della interpretazione, tra le parole della legge: parole ritenute sufficientemente chiare nel senso di ammettere che se un soggetto, il quale si è sottoposto ad una procedura di cambiamento del sesso, rimane –anche all’esito di tale procedura– “*of indeterminate sex*”, non deve essere registrato necessariamente (anzi questa cosa sarebbe ‘inaccurate’) come uomo o donna, essendo invece permessa la registrazione come ‘*non-specific*’.

Nondimeno, la vicenda solleva alcune domande (alle quali non è facile dare una risposta) da un lato sulla funzione e sui limiti del diritto come ‘artificio’ (nel senso prospettato da N. Irti, *L’uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, VII, secondo cui “*positività e artificialità si tengono insieme, poiché l’uomo non trova il diritto fra le cose del mondo esterno, non lo accoglie e riceve dal di fuori, ma lo istituisce con la propria volontà*”), sul rapporto tra diritto e natura (questa come “*ambito del trovato*”, N. Irti, *L’uso giuridico*, cit., 3), sull’uso giuridico della natura (per riprendere ancora l’efficace espressione che dà il titolo al libro di Natalino Irti); dall’altro, sul senso stesso dei diritti fondamentali, e sulle molteplici e differenti connessioni che hanno con le rivendicazioni individuali e/o collettive.

Quali sono questi dubbi, che qui possono essere solo messi sul tappeto (in modo ‘dolorosamente perplesso’, come direbbe L. Lombardi Vallauri), e per così dire offerti alla discussione giuridica e sociale?

In primo luogo, se assumiamo che la dualità (il diformismo) sessuale sia un dato naturale, una sorta di ‘presupposto’ naturale e razionale della regolazione di tutta una serie di comportamenti umani attraverso il diritto (v. però, in senso contrario, L. Bernini, *Maschio e femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010; e A. Schuster, *L’abbandono del dualismo etero normativo della famiglia*, in Id. (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 35 ss.), può questo totalmente prescindere, ridursi a pura forma e procedura capace di inglobare nei suoi “canali” qualsiasi “materia” [cfr., per questi concetti, N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 27], e costruire categorie o ‘stati’ che rompono ogni legame con il linguaggio della natura [l’adozione di questo parametro non implica, come ben spiega C. McCrudden, *L’eredità di Benedetto XVI: diritti umani, dignità della persona e possibilità di*

dialogo, in M. Cartabia – A. Simoncini (a cura di), *La legge di Re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI*, Milano, 2013, 136, un approccio per forza di cose metafisico o religioso]? Se non esistono più solo due sessi, o può esistere una sessualità ‘non-specific’, indeterminata, può il matrimonio e la famiglia (dove ancora è così) rimanere ancorato al paradigma eterosessuale (che ad esempio, per la nostra Corte Costituzionale [sent. 138/2010], è ancora ragionevole e meritevole di conferma)?

Ribadisco: sono dubbi, piuttosto che certezze negative. Dubbi in qualche modo ‘reversibili’ o contrastabili, giacché –si potrebbe obiettare- è la natura stessa a metterci di fronte a casi come quello di Norrie, e a rivelare una ‘oggettività’ plurale, che (ripeto anche qui un concetto di Irti) “va interpretata”, è anch’essa una “voce ... che si scompone nell’indefinita molteplicità degli ascolti” [N. Irti, *Il salvagente*, cit., 130-131, che riprende il celebre discorso monacense di W. Heisenberg, su *L’immagine della natura nella fisica contemporanea*, del 1953].

Ancora più complicato è provare ad applicare il discorso dei diritti ad un caso come quello esaminato.

Per un verso, non c’è dubbio che la tecnica, la natura nelle sue variabili manifestazioni (come si è visto), lo stesso ragionamento intorno alle clausole generali come dignità, libertà, identità, libertà, ecc. ecc., aprono nuove possibilità, scelte, rivendicazioni, opzioni. Ma sono e debbono diventare tutte diritti, per di più fondamentali?

Rights from wrongs, recita il titolo di un bellissimo lavoro di Alan Dershowitz [il titolo è completato da un sottotitolo: *A Secular Theory of the Origins of Human Rights*]: cioè, i diritti nascono dall’esperienza delle ingiustizie, dal bisogno di riparare un torto o una discriminazione, di riconoscere una possibilità di comportamento prima erroneamente o ingiustamente vietata o riprovata.

Poter cambiare sesso (anche non necessariamente attraverso un intervento chirurgico, come suggerisce A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, 93 ss. e 206 ss.), adeguando al proprio modo di sentirsi, alla propria identità percepita, i caratteri fisici, esteriori, o anche solo il nome, l’identificazione anagrafica; ovvero poter vivere liberamente il proprio orientamento sessuale, senza il rischio di incorrere in una sanzione penale o anche solo in una riprovazione morale, e anzi con un riconoscimento giuridico di questa dimensione affettiva, hanno effettivamente rimosso un ostacolo, per molti individui pesante ed insostenibile, al pieno e libero sviluppo della personalità.

Non so se possa essere considerato allo stesso modo pretendere o chiedere che un registro di stato civile indichi che il proprio sesso è “*undefinied*”, superando così la dicotomia maschile/femminile, in vista di una ‘neutralizzazione’ del genere.

Non voglio negare che si possa porre anche in questo caso un problema identitario, che tuttavia sembra atteggiarsi in modo diverso rispetto a quanto si verifica nelle ipotesi ‘classiche’ di transessualismo e di cambiamento del sesso. Costringere un soggetto dentro un’identità opposta a quella che egli sente come propria, e impedirgli di realizzare un percorso di avvicinamento e di armonizzazione tra ‘corpo’ (ed eventualmente anche identificazione anagrafica), e ‘genere percepito’, non è a mio avviso la stessa cosa (sul piano della intensità della discriminazione e della limitazione al godimento dei suoi diritti) che chiedergli di accettare lo schema binario della classificazione di genere, e di rimanere in uno dei due poli della sessualità, anche quando nessuno di questi due riesca a rappresentare esaustivamente la complessa realtà fisico-biologica e psichica di una persona.

A parte i rischi di stigmatizzazione dei soggetti che venissero classificati in questa ‘terza’ (e indefinita) categoria, resta il fatto che il dimorfismo sessuale conserva ancora una sua irriducibile e strutturale rilevanza in molte fattispecie regolate dal diritto, e collegate a principi e interessi di livello costituzionale (prima fra tutte, si è detto, il matrimonio). Scardinarlo (per legge o per decisione del giudice) in nome di un preteso diritto a vedersi

riconosciuta una identità sessuale 'indeterminata', sembra essere, più che un 'avanzamento', una 'fuga in avanti' nell'elaborazione sui concetti di identità e di "diritto" (in senso soggettivo) (cfr. ancora A. Lorenzetti, op. cit., 82 ss., e 226, sottolineando che "*la neutralizzazione rischia, infatti, di portare con sé più rischi che benefici, posto che l'ascrizione di una persona all'una o all'altra categoria è spesso rilevante*").

I diritti sono la risorsa più potente e fragile al tempo stesso del linguaggio costituzionale, ciò che giustifica la sua prescrittività. Proprio per questo non conviene inflazarli [sul rischio di uno 'svuotamento per estensione' dei diritti fondamentali, v. A. Spadaro, *Il problema del "fondamento" dei diritti fondamentali*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Padova, 1995, 245], rivestendo tutto ciò che si agita a livello dei desideri umani e delle rivendicazioni soggettive della qualifica di 'diritti fondamentali', con il rischio di trasformarli –come paventava Peces Barba [*Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it., Milano, 1993, 215]- in una sorta di "*bene abbandonato, che chiunque può far suo e per qualsiasi scopo*".

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Parma