



AURORA VESTO*

COORDINATE CIVILISTICHE IN TEMA DI IDENTITÀ DI GENERE E AGONISMO SPORTIVO: PROCESSO DI «SESSUAZIONE», TRANSESSUALISMO, TRANSGENDERISMO E INTERSESSUALITÀ

SOMMARIO: 1. Il processo di sessuazione come “fatto giuridico in senso stretto”. L’identità di genere e il bilanciamento assiologico tra la posizione del *trans* o *intersex* con le esigenze dei *cisgender*. – 2. Ordinamento giuridico e ordinamento sportivo: da un’attività sportiva “pre-giuridica” alla costituzionalizzazione del fenomeno. 3. Agonismo sportivo e discriminazioni per ragioni sessuali e di identità di genere. Lo sport come diritto fondamentale della persona. – 4. Conclusioni. Dalla logica binaria ad un possibile accesso algoritmico alle competizioni agonistiche. “*Ius*” e “stato di natura” nel campo d’indagine delle differenze biologiche che “resistono” al depotenziamento ormonale: certezza giuridica, equità, strategie di gara e recenti approdi della normativa di settore.

1. *Il processo di sessuazione come “fatto giuridico in senso stretto”. L’identità di genere e il bilanciamento assiologico tra la posizione del trans o intersex con le esigenze dei cisgender*

Negli ultimi anni è aumentata l’attenzione globale e nazionale nei confronti degli interventi di promozione dei diritti e delle libertà fondamentali per la realizzazione della c.d.

* Professore associato di Diritto privato, Università per Stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria.

** Il presente lavoro è frutto di una più ampia e articolata attività di ricerca, condivisa con il collega A. Marchese dell’Università degli Studi di Messina, autore, in questa rivista, del contributo dal titolo “*Competizioni sportive e principio di non discriminazione. Profili civilistici dell’identità di genere*” al quale pertanto si farà riferimento per la trattazione di tutte quelle parti che esulano dal più circoscritto perimetro della presente trattazione.

“parità di genere”¹, il cui raggiungimento rappresenta uno dei 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile che gli Stati si sono impegnati a raggiungere entro il 2030².

Le cautele predisposte nell’interesse di una concreta tutela ugualitaria hanno anche attenuato quel “compromesso” giuridico e sociale che caratterizzava il processo di rettificazione sessuale che, così, percorre una parabola significativa, da una tutela delle “ragioni degli altri” costruite su una società di eguali strutturata, per lo più come, un manifesto ideologico di continuità dei dati identificativi della persona, ad una effettiva tutela della identità di genere, senza per questo affievolire quelle differenze di genere che contraddistinguono il genere maschile rispetto a quello femminile³ e che rappresentano, di fatto, una condizione oggettiva che in alcuni settori (tra cui, sport e medicina) appare più recalcitrante nel recepire gli intervenuti cambiamenti biologici. Si pensi all’ambito medico che prevede approcci terapeutici e protocolli differenziati a seconda del sesso, giacché le differenze di genere emergono nelle scienze mediche e il loro utilizzo è rivolto anche ad una predizione dei risultati⁴.

Il disallineamento tra l’identità psicologica e quella fisica della persona pone le premesse per il superamento della disfunzione di genere dell’individuo che avverte tale condizione in termini di fragilità, poiché «l’inquietudine di sentirsi diverso»⁵ esterna un disagio che si inserisce nel quadro delle disforie di genere⁶. La prevalenza dei profili emotivi

¹ Per una recentissima disamina sulle problematiche di genere si rimanda, fra tutti, a G. PISTORIO, (voce) *Potere e parità di genere*, in *Enciclopedia del Diritto*, I Tematici V, Milano, 2023, pp. 497-519. Si veda, altresì, il Dossier, *Documentazione e ricerche. Legislazione e politiche di genere*, n. 17 (marzo 2023), a cura del Servizio Studi della Camera dei Deputati (XIX legislatura), in *camera.it*, che raccoglie e analizza le principali e più recenti misure approvate dal Parlamento nelle ultime legislature con l’obiettivo di favorire le pari opportunità di genere, nel consolidamento dell’approccio c.d. *gender mainstreaming*.

² L’obiettivo 5 dell’Agenda 2030 è finalizzato a «Raggiungere l’uguaglianza di genere ed emancipare tutte le donne e le ragazze». La parità di genere è, tra l’altro, uno dei tre assi strategici condivisi a livello europeo dall’Italia con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che per il terzo asse strategico della “inclusione sociale” (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, #NextGenerationItalia, in *governo.it*, p. 15) include tra le priorità la “parità di genere” che il Governo attraverso il Dipartimento per le Pari Opportunità prevede nella Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026, in coerenza con la Strategia europea per la parità di genere 2020-2025 (cit., p. 39).

³ Per i profili attinenti alla differenziazione tra i due sessi, nel quadro delle relazioni uomo-donna e della loro diversa posizione giuridica all’interno del nucleo familiare matrimoniale, G. DI ROSA, *Diversità e disparità di genere nel diritto di famiglia*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, fasc. 1, pp. 182-187.

⁴ Per un approfondimento dell’argomento cfr. N. LIPARI, *Diritto, algoritmo, predittività*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2023, fasc. 3, pp. 721-739; S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2020, fasc. 2, pp. 605-616; e per una prospettiva di carattere più generale, A. MARCHESE, *Profili civilistici dell’information technology in ambito sanitario*, Napoli, 2021.

⁵ Così A. MARCHESE, *Amleto, ovvero l’inquietudine di sentirsi diverso: una riflessione su transessualismo ed etica giuridica nel pensiero post-moderno*, in questa Rivista, 2018, pp. 472-484.

⁶ Secondo il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM) con il termine *disforia di genere* si intende far riferimento a quanti esperiscono un disagio affettivo e/o cognitivo relativo al sesso assegnato alla nascita in base alle caratteristiche biologiche; mentre con il termine *transgender* si fa riferimento a quanti s’identificano col sesso opposto a quello assegnato alla nascita, e con il termine *transessuale* si indicano i soggetti transgender che ricercano la transizione sociale e/o somatica (cfr. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, American Psychiatric Publishing, Washington-London 2013⁵, pp. 452-453). È bene precisare, tuttavia, che studi di settore avevano avanzato la proposta di rimuovere le condizioni che ricadono sotto l’espressione di «disforia di genere» dal novero delle malattie mentali ma il mancato accoglimento è stato motivato dalla conseguente possibilità di usufruire della copertura sanitaria nei percorsi di rettificazione sessuale. Nella direzione di non considerare la disforia di genere alla stregua di una malattia è orientata la versione del 2019 dell’*International Classification of Diseases* (ICD-11) della *World Health Organization*

e psicologici su quelli fisici e giuridici, cristallizzati nei registri di stato civile, crea un bisogno avvertito come fattore legittimante il riconoscimento di «attributi socialmente costruiti»⁷ del genere opposto rispetto a quello assegnato alla nascita, come previsto dall'art. 29 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396. Logico corollario è l'adeguamento dell'identità fisica e sociale a quella psichica, dal momento che il “corpo” partecipa alla “costituzione” dell'identità personale⁸ che poi l'uomo “socializzerà” per avviare la costituzione e/o modificazione, estinzione di alcune situazioni giuridiche soggettive. Situazione diversa è quella che contraddistingue l'ermafroditismo⁹, con cui si fa riferimento alla coesistenza nello stesso soggetto delle ghiandole riproduttive maschili e femminili; si tratta di un disordine dello sviluppo sessuale che (a differenza del “trans” che percepisce una identità di genere “al di là” di quella “data” alla nascita) attribuisce all'individuo (indipendentemente dalla sua identità di genere) a livello organico una condizione “interna” parzialmente analoga a quella che contraddistingue il sesso opposto.

Situazioni siffatte orientano la ricerca scientifica e la riflessione teorica nel senso dell'individuazione dell'interesse meritevole di tutela alla luce dei principi fondamentali del nostro ordinamento italo-europeo, affinché alla luce di tali principi, le società intermedie, in una prospettiva solidaristica, siano realmente “luoghi” di promozione e di sviluppo della personalità.

Pertanto, è necessario comprendere quali sono gli strumenti che l'ordinamento giuridico mette a disposizione per favorire l'inclusione sociale in base alla “identità di genere” che la persona si “riconosce” e che dunque merita di essere anche giuridicamente tutelata in quanto espressione della c.d. identità personale¹⁰ e cioè quale attributo della

(WHO), che ha derubricato la disforia di genere dalle patologie mentali collocandola nella categoria «condizioni connesse alla salute sessuale».

⁷ In questi termini la definizione utilizzata dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, sottoscritta a Istanbul l'11 maggio 2011, in tema di “Human Rights and Gender Identity”, secondo cui il termine “genere” indica «ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini» [art. 3, lett. c)].

⁸ Sulla rilevanza della corporeità nel processo che qui si intende definire v. lo studio di A. FRIGERIO, *Il Caso serio del transgenderismo*, in *La Scuola Cattolica*, 2022, 150/1, p. 101: «L'indagine filosofica d'indirizzo fenomenologico-ermeneutica invita a considerare il corpo come realtà vivente, non riducibile a produzione discorsiva, che contribuisce allo sviluppo identitario. Come insegna Edmund Husserl, eponimo della fenomenologia, il corpo non è solo corpo-oggetto (*Körper*) ma anche corpo-soggetto (*Leib*), in quanto partecipa alla costituzione dell'identità personale. Come insegna Paul Ricoeur, che integra la fenomenologia con l'ermeneutica, il *cogito* è radicato nella corporeità, in quanto il corpo-proprio è la prima forma di alterità, che da sempre incide sulla elaborazione psichica e sulla vita morale del soggetto. Pertanto, ritenere che il *gender* sia separato dal *sex* o che il *gender* assorba il *sex*, significa misconoscere il ruolo che il corpo gioca nel processo di sessuazione, assoggettarlo totalmente all'evento discorsivo e ridurlo indebitamente a appendice manipolabile».

⁹ Per approfondimenti v. P.A. D'AVACK, (voce) *Identità di sesso ed ermafroditismo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 960-966.

¹⁰ Per opportuni svolgimenti si rinvia almeno ad: A. RANDAZZO, *Diritto all'identità personale e valori costituzionali. Le linee di un modello, traendo spunto da Luigi Pirandello*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, fasc. 3, pp. 363-392; A. MORELLI, *Persona e identità personale*, in *BioLaw Journal*, 2019, fasc. 2, pp. 45-60. Per un approfondimento degli aspetti relativi sia alla biografia che alla biologia dell'uomo, al bivio del dilemma kantiano tra “essere” o “avere” un corpo e nella consapevolezza che ciò non debba mai diventare una prigione esistenziale o una maschera da indossare per nascondere la propria sessualità, si rimanda ad E. RESTA, *L'identità nel corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il Governo del corpo*, t. I, Milano, 2011, nel *Trattato di Biodiritto*, S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), pp. 3-27: l'a. si sofferma nella intersecazione tra identità e corpo, all'interno della complessa relazione tra biografia e biologia, sulla contingenza del sé che

persona¹¹, diritto presupposto, riconosciuto e garantito dalla Carta costituzionale e meritevole di protezione diretta in quanto patrimonio irrettabile della personalità umana. Nella dinamica della realtà del nostro tempo il mutamento sessuale non sbiadisce i rapporti sociali della persona in quanto non è più rigidamente inteso, basti pensare alla “carriera alias” e alla più generale condizione giovanile del “gender fluidity”, che descrive la fluidità e la liquefazione della identità, incardinando la nemesi pirandelliana per cui “uno, nessuno, centomila”.

Il sesso biologico o anagrafico rappresenta il “genere”, in base al quale la persona si riconosce nella natura maschile o femminile; tuttavia il genere può discostarsi dal sesso biologico e cambiare col tempo direzione, determinando in capo alla persona il diritto di “scegliere” la propria identità sessuale, indipendentemente dall’acclarato dato biologico di appartenenza e senza per questo doversi sottoporre a dolorosi e pericolosi interventi chirurgici che violano i limiti imposti dal rispetto della persona umana, ai sensi dell’art. 32, comma secondo, cost.

Il sentiero di crescita sociale dell’identità di genere si accompagna all’aspirazione della persona ad essere riconosciuta, per ciò che si sente di essere, dagli altri e in tutte le formazioni sociali, con la garanzia della costituzione di legittimi rapporti giuridici da costruire durante la propria esistenza. Mentre il sesso biologico è un dato “esterno” alla volizione del soggetto, il “genere” non è un dato irreversibile bensì una costruzione culturale che determina il riconoscimento giuridico e sociale della persona che sceglie di intraprendere un percorso di transizione.

Ed è nei casi di mutazione sessuale che l’identità personale manifesta tutta la sua dinamicità, che trova ragion d’essere nello sviluppo della personalità che l’ordinamento non può reprimere, poiché il sesso non influisce sulla capacità giuridica che non è (stante il tenore dell’art. 1 c.c.) diversa a seconda del sesso e, pertanto, non subisce restrizioni o si tramuta in “incapacità” in caso di mutamento sessuale; alla stessa stregua, il sesso non incide sulla capacità di agire generale che si acquista al compimento del diciottesimo anno di età e neanche sulla emancipazione poiché la normativa nell’indicare il limite dei sedici anni non distingue l’uomo dalla donna ma definisce solo il criterio temporale ai fini di una parziale anticipazione della capacità (ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 390 e 84 c.c.). Se, per assurdo, si ragionasse diversamente e ci fossero studi scientifici capaci di enfatizzare tali differenze (come quelle che sembrerebbero sussistere in caso di uomini giocatori di scacchi¹²) allora tali osservazioni potrebbero far propendere per l’ipotesi di una

fa coincidere l’identità «dentro lo spazio segnato da una carta (la carta dell’identità) e dentro un proprio percorso del tempo» (cit., p. 10) mentre la persona desidera neutralizzare tale contingenza per prendere le distanze da quella identità, poiché «[l]a contingenza è dell’identità di cui *ci si vergogna* ma è anche dell’identità che *si vergogna* adesso: si fugge da se stessi verso se stessi» (cit., p. 5, corsivi autentici). Il fine è riuscire a superare le contraddizioni tra «l’identità che implica irripetibilità, unicità, e l’identificazione che presuppone una perdita di identità a favore di auto o etero *immedesimazioni* in qualcosa o qualcun altro» (cit., p. 4, corsivi autentici).

¹¹ Per un approfondimento metodologico e di carattere generale si rimanda a: A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*², Milano, 1982; V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto discipline privatistiche, Sezioni civili*, XIII, Torino, 1995, p. 430 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*.

¹² In tale direzione le linee politiche della Federazione Internazionale di Scacchi (FIDE) che ha recentemente escluso la partecipazione ai tornei femminili delle donne transgender, sul presupposto della maggiore funzionalità delle reti cerebrali di un uomo, a causa del livello di testosterone già presente nel periodo prenatale. Per approfondimenti si rimanda ad A. MARCHESE, *Competizioni sportive e principio di non discriminazione. Profili civilistici dell’identità di genere*, in questa Rivista, 2024, spec. par. 1.1.

emancipazione ad età diverse, così attribuendo al sesso una funzione di criterio distintivo. In realtà, il sesso non è inversamente proporzionale alla “capacità”¹³, sia essa giuridica, di agire¹⁴, contributiva, o di autodeterminazione, se non in casi particolari normativamente stabiliti¹⁵.

Pertanto, il sesso riguarda l’aspetto biologico (genetico, gonadico) ma non la percezione psicologica e culturale, le attitudini della persona. Il sesso in altri termini è una qualità personale dell’uomo, non è uno *status* fisso ed immutabile che si contrappone all’identità personale, obbligandola a restrizioni, ad una situazione di diritto a cui non corrisponde una analoga situazione di fatto (anche solo potenziale).

L’identità di genere è una declinazione della identità personale, riconosciuta e (soprattutto) “garantita” dall’art. 2 cost.¹⁶, quale espressione della “dignità”¹⁷ del soggetto e del suo diritto ad essere riconosciuto nell’ambito sociale di riferimento per la sua effettiva identità sessuale, anche se in discontinuità rispetto a quella genetica cristallizzata nei registri

¹³ Come invece appariva in epoca precedente, escludendo le donne all’accesso a quelle determinate carriere - dirigenza statale, magistratura, prefettura, carriera diplomatica, carriera nelle più alte cariche militari - considerate rilevanti per le importanti funzioni pubbliche espletate; oppure si pensi alla mancata partecipazione agli impieghi di vertice delle Istituzioni da parte delle donne prima del principio di parità di genere.

¹⁴ Che il sesso non influisse sulla rilevanza della capacità di agire, già in questi termini v. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 420: «Il sesso non ha ormai conseguenze giuridiche sulla capacità di agire ed è difatti scomparso nelle recenti trattazioni dedicate a questo istituto. Ma non è scomparso dalla scena giuridica. E ciò non soltanto perché esistono ancora sacche di trattamento differenziato della donna nel diritto, alcune delle quali rese necessarie dalla situazione fisiologica della gravidanza e del puerperio, ma anche perché vi sono fenomeni sessuali, di effettiva o possibile rilevanza giuridica, che non hanno riguardo specifico alla posizione della donna: [...] la transessualità».

¹⁵ A titolo di mero esempio, si pensi al differimento della maturazione del diritto di accesso per la pensione di vecchiaia tra donne e uomini; ciononostante tali previsioni prevedono alcune deroghe che manifestano come sia inadeguata in senso lato una “stigmatizzazione” del sesso biologico: in tal senso, la diversità di accesso pensionistico tra gli stessi uomini a seconda del tipo di lavoro che svolgono (come nelle forze dell’ordine e all’anticipo della soglia di accesso alla pensione).

¹⁶ Per una trattazione della disposizione nella rilevanza di quanto evidenziato nel saggio si rimanda a P. PERLINGIERI e R. MESSINETTI, Sub art. 2, in P. PERLINGIERI e AA. VV., *Commento alla Costituzione italiana*, 2^a ed., Napoli, 2001, p. 6 ss.

¹⁷ Sul fondamento della dignità come valore ordinamentale che si integra fino ad immedesimarsi totalmente con la “solidarietà” si rimanda alla pregevole ricostruzione di A. RUGGERI, *Dignità versus vita?* in *Rivista AIC* n. 1/2011, pp. 1-15. L’a., nell’indagine che esegue osservando la forza e l’esaltazione della dignità rispetto agli altri valori nelle impervie condizioni dell’esistenza (come quella del suicidio assistito), pone in rilievo come la «dignità [...], che] sta [...] prima ma anche dentro la Costituzione, è fondamento dell’etica repubblicana ma ne è anche la sua prima, più saliente, indeclinabile espressione» (cit., p. 11). Come già evidenziato da Silvestri (G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *AIC*, 14 marzo 2008) e richiamato dall’a., «la dignità [...] non è bilanciabile proprio perché è la... bilancia su cui i bilanciamenti stessi si fanno. In questo suo irripetibile modo di essere, la dignità si rivela davvero essere il *Grundwert* e la *Grundnorm* assieme dell’ordinamento, la luce che si dona ad ogni altro valore fondamentale (vita inclusa!), che vi dà senso» (A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, cit., p. 7). In altri termini, come efficacemente osservato da Ruggeri «[l]a vita dunque non è tutto o, quanto meno, non è sempre tutto; la dignità invece sì, non è mai disponibile, perché ove lo fosse si avrebbe lo smarrimento della *humanitas* del soggetto, che verrebbe così degradato a uno schiavo o a una cosa» (cit.). Le linee di ricerca dell’a., in continuità con l’accreditata dottrina costituzionale sopra richiamata, mettono a fuoco come la dignità sia «l’assoluto costituzionale», sussistendo un rapporto di mutua alimentazione tra la «dignità» ed i «diritti fondamentali», poiché «[l]’una, infatti illumina il percorso che porta al riconoscimento dei secondi, ne orienta la garanzia e la implementazione in genere nell’esperienza [...]. La dignità appare poi essere oggetto peculiare di un diritto (alla dignità, appunto), che nondimeno presenta carattere riflessivo, autogeno, ponendosi a fondamento e limite dello stesso» [A. RUGGERI, *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, 2018, fasc. II, p. 395; corsivi autentici].

di stato civile. Il nesso inscindibile tra “dignità” e “persona umana”, in una relazione di mutuo sostegno, conferisce al principio di tutela della persona (una condivisa) primaria rilevanza, quale supremo principio costituzionale che «richiede esclusivamente che sia riconosciuta la qualità di persona della quale la dignità è aspetto essenziale e costitutivo. Persona è di per sé *nomen dignitatis*, indipendentemente da ciò che ha e dal consenso o dall’approvazione degli altri. È alla persona, nella sua unità, che va prospettata – in forma coordinata con una pluralità di principi normativi – qualsiasi problematica relativa alla dignità umana e sociale»¹⁸.

La dignità¹⁹, come fondamento di ogni diritto²⁰ e quale criterio interpretativo evolutivo delle norme che definiscono l’oggetto dei diritti individuali, non solo riconosce ma anche favorisce la realizzazione dei valori di cui l’individuo è portatore, consentendogli di viverli nella quotidianità, agevolandolo nella transizione di genere che ritiene più congeniale a sé stesso; giacché la rilevanza sostanziale del valore “persona”, in considerazione dell’interesse meritevole di tutela, è idonea a costituire, modificare o estinguere determinate situazioni giuridiche. Del resto, come efficacemente riassunto, «[l]a personalità è valore da individualizzare in una serie potenzialmente infinita di situazioni giuridiche soggettive»²¹, tra cui preminenti sono le situazioni a tutela della “dignità umana”, la quale rappresenta un principio fondamentale dell’ordinamento, come si evince interpretando sistematicamente le previsioni costituzionali ove l’art. 41, comma secondo, nel disciplinare l’iniziativa economica prevede che essa non possa svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, che trova precipuo fondamento nella clausola di cui all’art. 2 cost., protesa non solo a “riconoscere” ma anche a “garantire” i diritti inviolabili dell’uomo, nonché nell’art. 3 cost. che nel primo comma esordisce che «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale». A tal fine è orientata la stessa Carta di Nizza che all’art. 1 espressamente prevede che la «dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*^A, vol. II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, p. 164. Similmente cfr. M. GRONDONA, *La dignità nel codice civile (1942-2022): premesse per una discussione*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La dignità “del” e “nel” lavoro*, Torino, 2023, pp. 107-115: dalle riflessioni dell’a. assume forma e forza una dignità individuale «che l’essere umano impiega in funzione autopromozionale, o comunque in chiave di autorealizzazione esistenziale [...; si tratta di] un concetto, che è al contempo un principio, una categoria, uno strumento di lavoro, culturalmente e giuridicamente estraneo al codice civile, ma che, per forza propria (e cioè, in ragione del contesto), sta divenendo il perno intorno al quale ruota la giuridicità contemporanea» (cit., p. 108).

¹⁹ Così come affermato in principio dall’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, a tenore del quale «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata», e poi confermato nelle disposizioni che seguono, sia con riferimento alle libertà che ai Capi successivi della Carta (uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia), mettendo in luce l’inscindibile rapporto tra la dignità e il rispetto della umanità nell’ambito sociale di appartenenza.

²⁰ Ricostruisce la “dignità” come autentico *topos* del pensiero speculativo di ogni età e di ogni tendenza V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, il quale fa cogliere al lettore la propria amarezza nel constatare che diversamente dal principio di uguaglianza e di libertà, riconosciuti dalle prime Carte settecentesche dei diritti dell’uomo, «la modernità giuridica non ha conosciuto la dignità come categoria normativa o principio di diritto positivo» (cit., p. 5). Il giurista, muovendo dal presupposto che l’interprete deve saper cogliere e fissare la regola con specifico riferimento alla particolare e concreta situazione d’interessi attraverso una «vera e propria valutazione produttiva e creativa, costitutiva essa medesima del *dover-essere* giuridico» (cit., p. 58), pone in luce la funzione ermeneutica propulsiva della «dignità quale finale criterio ermeneutico di controllo della legittimità di regole e principi applicabili» (cit., p. 57 e spec. p. 72 ss.).

²¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*^A, vol. I, *Metodi e tecniche*, Napoli, 2020, p. 251.

Ciò indipendentemente dal fatto obiettivo che nei casi di rettificazione sessuale l'identità di genere si ponga su binari non di “continuità giuridica” (rispetto al sesso biologico di appartenenza) bensì di “discontinuità” sia fisica che giuridica; una discontinuità che però non deve determinare motivi di discriminazione per motivi sessuali, giacché il diritto all'orientamento sessuale e all'identità di genere costituiscono esplicitazioni ineludibili della personalità.

L'iniziativa della persona è finalizzata ad ottenere la “rettificazione” di sesso, come disciplinata dalla legge 14 aprile 1982, n. 164, «*Norme in materia di rettificazione e di attribuzione di sesso*»²², i cui principi fondamentali esprimono, in *subiecta materia*, il diritto vivente.

C'è da sottolineare come anche prima della legge n. 164 del 1982 non si dubitasse in dottrina del fatto che il sesso attestato nei registri di stato civile non fosse un requisito immutabile della persona; difatti si riteneva che fosse imprescindibile procedere al «necessario adeguamento della situazione di diritto alla mutata situazione di fatto [...] e stabilire l'entità del mutamento, i suoi riflessi sui diversi rapporti giuridicamente rilevanti, aventi nel sesso un elemento per così dire qualificante»²³. In altre parole il sesso influisce sull'effettivo esercizio dei diritti e dei doveri della persona; giacché il «sesso è [...] un valore ed un fatto sussunto e presupposto ed a fondamento di una vasta disciplina giuridica, che va applicata e disapplicata in séguito al mutamento di esso. In chiave interpretativa la sensibilità del giurista saprà in questa delicata materia suggerire, nel rispetto del dato normativo e della valutazione del “fatto” nel quale deve vivere l'esperienza concreta, le soluzioni adeguate alle esigenze del soggetto interessato contemperate dalle esigenze di altri che sono entrati o entrano in contatto con lui»²⁴.

Il sesso con cui una persona nasce è dunque un “fatto naturale” che non dipende dalla coscienza e dal comportamento della persona. Se il comportamento è un fatto imputabile alla persona in quanto tale, che coscientemente e volontariamente manifesta una identità di genere diversa rispetto a quella biologica, il sesso definito al momento della nascita è un fatto della vita materiale che si impone all'uomo²⁵ e che si inserisce nella dialettica “diritto” e “natura”, quale conseguenza di una “partecipazione” dello stesso al processo naturale di sessuazione.

²² Per i commenti della legge fondamentale si rimanda, senza spirito di esautività, almeno allo studio di accreditata dottrina: P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista. Una rilettura attuale della l. n. 164/1982*, in *Rivista persona e famiglia*, 2009, fasc. 2, pt. 2, pp. 713-730; ID., (voce) *Transessualità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992, pp. 874-892; ID., *Transessualismo e tutela della persona: la l. n. 164 del 1982*, in *Legalità e giustizia*, 1984, p. 746 ss.; ID., *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, in *Annali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, vol. XXXVIII^o, Camerino, 1972, p. 433 ss. Altresì, per i profili che interessano la disciplina del mutamento di sesso ai fini dell'adeguamento della situazione di diritto alla mutata situazione di fatto si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, pp. 43-51.

²³ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 198; l'a. inoltre nel volume del 1972 (quindi prima dell'intervento legislativo in materia) dedica una parte della sua riflessione ai problemi giuridici del mutamento sessuale, a cui si rimanda interamente (cit., pp. 197-208).

²⁴ P. PERLINGIERI, *o.n.c.*, p. 203.

²⁵ Seppur in una diversa prospettiva cfr. A. GORASSINI, *Per un (bio)diritto semplificato della nascita e della morte*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, p. 229 (corsivi autentici): «La nascita era il concludersi di un evento naturale, cui il diritto rimaneva estraneo, se non (casualmente) per il momento in cui si era verificato il *contatto* che aveva originato l'antecedente dell'evento, o di cui si interessava se e in quanto si fosse verificato un intervento esterno impeditivo del dispiegarsi delle leggi biologiche. Oggi le tecniche di procreazione medicalmente assistita creano situazioni nuove di rilevanza giuridica dei fatti relativi al fenomeno della nascita, originanti da un *contratto* medico [...]».

In questa prospettiva, non sembra azzardato prevedere come centro gravitazionale di queste nuove ipotesi applicative il “processo di sessuazione” che si intende qui ricondurre alla categoria del fatto giuridico in senso stretto²⁶. Appare non inverosimile considerare “fatto naturale” il “processo di sessuazione” dal momento che difetta la volontarietà della persona identificata con quel sesso, giacché fatto naturale è «fatto non umano soltanto nel senso che non è causato dall’attività dell’uomo»²⁷, interpretando “attività dell’uomo” come di quello specifico essere umano individuato come “donna” o come “uomo” al momento della nascita. Quindi, il “processo di sessuazione” è un fatto naturale, nel senso che non dipende dalla volontà del soggetto a cui si riferisce e si compone di un “evento naturale” (concepimento) che influirà sulla vita ed esistenza del nascituro in diverso modo. Si pensi alle ipotesi di “danno da nascita indesiderata”²⁸ che, come noto, determinano una possibile istanza di risarcimento del danno da parte della madre e/o della coppia tutte le volte in cui la stessa: non è stata messa nella condizione di esercitare una scelta consapevole (danno da nascita indesiderata per omessa informativa, con conseguente violazione del dovere di informazione), tale da contemplare anche l’interruzione volontaria di gravidanza (sussistendo un nesso di causalità tra l’omessa comunicazione medica e il mancato esercizio della facoltà di interrompere la gravidanza), come disciplinata dalla legge 22 maggio 1978, n. 194, all’art. 4 e all’art. 6; oppure, al momento della nascita, si trova innanzi a inattese malformazioni o alla morte del concepito, entrambe causate da una condotta colposa medica.

Ragionare sul “processo di sessuazione” in termini di “fatto naturale”, estraneo al nascituro e imposto rispetto alla sua volontà, favorisce l’attuale approccio giuridico e culturale a favore di una rettificazione sessuale anche in assenza di un intervento chirurgico estintivo e modificativo dei caratteri sessuali primari. Difatti, il “processo di sessuazione” non è produttivo di effetti giuridici propri ma può diventare presupposto naturale e logico di altre situazioni giuridiche nelle quali può emergere un interesse rilevante. In altri termini, il “processo di sessuazione” è causa di una modificazione dell’evento naturale (sesso genetico) che determina una situazione di interessi umani e, pertanto, assume carattere e dignità di “fatto giuridico” rilevante. A ciò si aggiunge come l’attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale enfatizzi la capacità di autodeterminazione della persona, così spostando dalla condizione di “obbligatorietà” a quella di “possibilità” la previsione di un intervento chirurgico della persona, sul presupposto che il “sesso” non può inibire la capacità della persona ed oggi, alla luce dei differenti luoghi - anche non fisici - di svolgimento della personalità, la capacità giuridica deve essere sempre più considerata come “partecipazione all’esistenza” e non mera destinazione di diritti ed obblighi “confezionati” dalla forma di una legge che non viene interpretata alla luce dei principi fondamentali. In altri termini, dalla nascita, intesa quale fatto naturale, scaturisce per il soggetto una posizione generale di capacità²⁹, non più ricostruita come figura giuridica “statica”, “astratta

²⁶ La dottrina di riferimento in merito al fatto giuridico è A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., spec. pp. 331-389, e con specifica relazione al «fatto naturale» pp. 357-389.

²⁷ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 365.

²⁸ Per l’approfondimento dell’argomento sia consentito il rimando ad A. VESTO, *Il danno da procreazione nella dinamica della nascita indesiderata*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fasc. 3, 2016, pp. 609-620.

²⁹ Sul punto si richiama la tradizionale definizione di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 237 ove l’a. definisce la capacità giuridica come «la posizione generale del soggetto in quanto destinatario degli effetti giuridici».

ed individuabile *a priori*” bensì come posizione “dinamica”, che secondo il dettato degli artt. 2 e 3 cost. concorre alla promozione della personalità umana.

Se la capacità giuridica si ricostruisce in termini di capacità di “accesso”³⁰, di “partecipazione all’esistenza” allora non si può attribuire alla persona un sesso stigmatizzato che o si accetta supinamente per quello che è o se si desidera modificare ma in termini differenti da quelli prescritti dalla società allora determina una lapalissiana esclusione all’esistenza, quasi come una modernizzazione dell’Esclusa pirandelliana, con possibili conseguenze in termini di danno esistenziale nel limbo tra «esistere o non esistere»³¹. Mentre un approccio espressivo della solidarietà consente di ricostruire la questione attraverso un bilanciamento tra l’interesse pubblicistico (“le ragioni degli altri”, alla chiarezza della identificazione anagrafica della persona) e quello personale (a non ledere il diritto del soggetto costringendolo a sottoporsi a trattamenti chirurgici ingiustificati e discriminatori).

Alla luce delle riflessioni che precedono pertanto, richiamando la teoria di Angelo Falzea ed ampliandola con l’indagine qui affrontata, si ascrivono all’interno dei c.dd. fatti naturali³² tutti quei fatti che, pur non essendo posti in essere dall’uomo (come la sua nascita, la sua morte ma anche il “processo di sessuazione” come qui considerato), sono produttivi di conseguenze giuridiche, determinando così il sorgere di un “fatto giuridico”³³ se e in quanto la fattispecie comprenda sia l’evento naturale sia la «modificazione che l’evento naturale causa su una situazione di interessi umani»³⁴. Questo appena delineato rappresenta

³⁰ Cfr. J. RIFKIN, *L’era dell’accesso. La rivoluzione della New economy*, trad. di P. CANTON, Milano, 2000, il quale ha gettato le basi per una nuova analisi economica ma anche giuridica, che va estesa oltre la mera struttura proprietaria, giacché gli stessi meccanismi di informazione della nostra era nonché la partecipazione dell’uomo alla vita sociale denotano l’imprescindibile carattere solidale ed inclusivo della identità personale nella *societas*.

³¹ Così il titolo di un saggio sulla «esistenzializzazione» del diritto privato di P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, fasc. 6, pp. 1251-1333.

³² Angelo Falzea descrive il fatto naturale attraverso alcuni esempi tra cui «le c.d. accessioni naturali (*avulsio, alluvio, insula in flumine nata, alveus derelictus*), la modifica della navigabilità di un corso d’acqua o della sua comunicazione col mare, le variazioni del lido del mare o dei golfi o delle baie, il decorso del tempo, la nascita o il perimento di cose, il maturare dei frutti sulle piante, la riproduzione vegetale per inseminazione da vento o da insetti, un fenomeno sismico, un’inondazione» (A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 360, corsivi autentici).

³³ Sul punto, come detto, imprescindibile è l’insegnamento di: A. FALZEA e S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Milano, 1945; A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., spec. pp. 331-353, ove l’a. delinea le due accezioni principali del fatto giuridico «come causa di effetti giuridici e come fenomeno giuridico»; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., rist., Napoli, 2002, p. 103 ss., ove si legge che «[s]ono fatti giuridici quelli produttivi di un evento giuridico, consistente particolarmente nella costituzione, nella modificazione o nell’estinzione di un rapporto giuridico, oppure nella sostituzione di un nuovo rapporto a un rapporto preesistente; o altrimenti nella qualificazione di una persona, di una cosa o di un altro fatto. Non rientrano nella categoria dei fatti giuridici gli atti meramente leciti, cioè quelli, che, pur essendo consentiti dal diritto, non determinano tuttavia un evento giuridico»; R. SACCO, *Fatto giuridico*, in *Digesto discipline privatistiche, Sezioni civili, Agg.*, V, Torino, 2010, p. 611 ss.

³⁴ Così A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 366 ove l’a. nella esposizione e delucidazione del fatto giuridico in riferimento al fatto naturale, sottolinea che «ogni fatto giuridico è fatto umano e che i fatti naturali non esistono se non come parti o frammenti di fattispecie più complesse riflettenti situazioni umane. Posto il comune denominatore del carattere umano di tutti i fatti giuridici, è legittimo soltanto, tra le modificazioni delle situazioni umane e dei correlativi interessi giuridici, distinguere quelle che si producono per fatto dell’uomo e quelle che invece sono causate dalle forze della natura – forze fisiche e forze organiche – senza alcuna partecipazione attiva dell’uomo». Da ciò, discende l’ulteriore distinzione per cui si hanno «eventi naturali relativi alle persone ed eventi naturali relativi alle cose. Gli interessi sono nei due casi

il c.d. “fatto giuridico in senso stretto”, il quale si desume dalla «mancanza di quella che viene posta come nota essenziale dell’atto: la umanità, la volontarietà, la rilevanza dei momenti soggettivi»³⁵. Dunque, in altri termini, “fatto giuridico in senso stretto” diventa «una raccolta di rifiuti, dove si riversa tutto ciò che non può rientrare nello spazio aprioristicamente assegnato all’atto»³⁶ e tale è la posizione dell’uomo che anela alla transizione di genere, intendendo in questi termini la condizione che consente alla persona di “transitare” nel genere agognato ma senza scendere a “compromessi” con l’ordinamento che nella rigidità della formulazione lessicale, prima del 2011³⁷, “snaturava” la capacità di autodeterminazione della persona, costringendola a “transigere” (vedi art. 1, legge n. 164 del 1982 e art. 5 c.c.) con lo Stato per ottenere il riconoscimento della propria personalità. Invece l’interesse rilevante mostra una prospettiva diversa che legittima la modificazione sessuale³⁸, senza per questo dover privare la persona della sua capacità di autodeterminazione. Espressiva in argomento è stata la giurisprudenza di merito laddove mette in evidenza che «Il trattamento chirurgico “demolitorio” è solo un mezzo, non già il presupposto, per realizzare il percorso di transizione verso l’altro sesso. Non è quindi obbligatorio ricorrere all’intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica, essendo rimesso al singolo, in conformità ai supremi valori costituzionali, la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare il proprio percorso di transizione»³⁹. Così delineato, quindi, il trattamento chirurgico “demolitorio” costituisce solo uno dei molteplici mezzi mediante i quali la persona può raggiungere il risultato, in conformità con i supremi valori costituzionali ex artt. 2, 3 e 32 cost.

In tal senso anche ulteriore giurisprudenza, per la quale il diritto al cambiamento del nome e dell’identità deve essere consentito alla persona «anche in mancanza di intervento chirurgico o terapia ormonale programmata»⁴⁰, in continuità con quanto affermato dalla Corte cost. 21 ottobre 2015, n. 22, secondo cui «l’esclusione del carattere necessario dell’intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un’impostazione che in coerenza con supremi valori costituzionali rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l’assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l’identità di genere.

profondamente diversi: interessi propri alla esistenza fisica e ai processi vitali dell’uomo nel primo; interessi dipendenti dall’utilità che le cose rivestono per l’uomo nell’altro» (cit., p. 367).

³⁵ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 362.

³⁶ A. FALZEA, *o.u.c.*, p. 363.

³⁷ A seguito dell’intervento di cui all’art. 31 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, il mutamento di sesso si può realizzare indipendentemente dall’adeguamento dei caratteri sessuali attraverso un intervento chirurgico demolitivo-ricostruttivo, purché la persona raggiunga (anche per mezzo di una terapia ormonale) un adeguato livello di maturazione della propria identità sessuale. Per approfondimenti si rinvia a nt. 43 e ad A. MARCHESE, *Competizioni sportive e principio di non discriminazione*, cit., par. 1.

³⁸ Per l’osservazione della normativa e delle modifiche più rilevanti che hanno determinato il riconoscimento e la rilevanza della transessualità secondo l’interpretazione evolutiva del sistema normativo si rinvia ad A. MARCHESE, *Competizioni sportive e principio di non discriminazione*, cit., par. 1.

³⁹ Trib. Benevento 10 novembre 2022, in *Diritto famiglia e persona*, 2023, p. 578.

⁴⁰ Così espressamente Trib. Trapani, 6 luglio 2022, n. 6, in *Diritto famiglia e persona*, 2023, p. 1118. Cfr., altresì, Trib. Rovigo, sez. I, 20 gennaio 2023, n. 68, per cui «una volta accertata la sussistenza della disforia di genere, per ottenere la rettifica del sesso nei registri dello stato civile non è necessario che il richiedente si sottoponga ad intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, posto che la nuova identità sessuale può essere il frutto di un processo individuale serio ed univoco che non necessita di intervento chirurgico» (in *Redazione Giuffrè*, 2023).

L'ampiezza del dato letterale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive⁴¹, come del resto sottolineato dalla giurisprudenza di Strasburgo, per la quale «condizionare il riconoscimento giuridico dell'identità sessuale degli individui transgender ad un intervento o ad un trattamento di sterilizzazione è in contrasto con l'art. 8 CEDU, per violazione del diritto al rispetto della vita privata, quale rinuncia alle garanzie di tutela della propria integrità fisica»⁴².

La rettificazione, a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali primari o secondari, si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che "attribuisce" ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita⁴³; la sentenza di rettificazione non ha effetto retroattivo e ciò determina ricadute sulle situazioni giuridiche soggettive in atto e su quelle potenzialmente da esse derivanti⁴⁴.

La sentenza che attribuisce ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita deve essere annotata nei registri di stato civile, poiché l'efficacia della fattispecie a formazione progressiva, messa in moto dal comportamento umano, dispiega efficacia "costitutiva" allorché tutte le fasi integrative giungano alla loro conclusione con la cristallizzazione della rettificazione a seguito della annotazione⁴⁵ della relativa sentenza.

Una sostanziale differenza può permanere sia in caso di intervento fisico, demolitivo-ricostruttivo degli organi sessuali, sia di terapia ormonale, mostrando in entrambe le ipotesi come il termine "differenza di genere" possa condurre ad una incompiuta o parziale realizzazione del percorso di rettificazione sessuale, non solo in caso di transessualismo⁴⁶ e, più propriamente, transgenderismo⁴⁷ ma anche quando la persona ha

⁴¹ in *cortecostituzionale.it*.

⁴² CEDU, sez. V, 6 aprile 2017, n. 79885, in *DeJure*.

⁴³ Vedi Part. 1, comma primo, della l. n. 164 del 1982, come modificato dall'art. 110, comma quarto, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, recante «Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127» (in G.U. del 30 dicembre 2000, n. 303).

La disciplina del procedimento di rettificazione sessuale è stata riscritta dall'art. 31 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, recante «Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69» (in G.U. del 21 settembre 2011, n. 220). L'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011, rubricato «Delle controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso» prevede al quarto comma che «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato [...]».

⁴⁴ Vedi sul punto l'indagine di A. MARCHESE, *Competizioni sportive e principio di non discriminazione*, cit., par. 1.

⁴⁵ Per la pubblicità legale e i sistemi alternativi di valorizzazione della persona umana volti al riconoscimento di una diversa identità di genere si rinvia ad A. MARCHESE, *Competizioni sportive e principio di non discriminazione*, cit., par. 3.

⁴⁶ Scrive A. FRIGERIO, *Il Caso serio del transgenderismo*, cit., pp. 86-87: «Il neologismo *transessualismo* compare nel 1910 nei lavori sul travestitismo del medico Magnus Hirschfeld, torna in forma aggettivale nel 1949 in un articolo del sessuologo David O. Cauldwell e si afferma nel 1953, quando il sessuologo e endocrinologo Harry Benjamin pubblica sull'*International Journal of Sexology* un lavoro dal titolo *Travestitismo e Transessualismo*. Lo stesso anno il *Journal of the American Medical Association* dà notizia del primo intervento di riassegnazione chirurgica del sesso, realizzato nel 1951 in Danimarca. Nel 1965 John F. Oliven, psichiatra della Columbia University, conia il termine *transgender*. Nel 1966 Benjamin offre una prima definizione di transessualismo, che salda il piano del sentire, dell'essere e dell'operare, che giustificerebbe l'intervento medico-chirurgico». Cfr. H. BENJAMIN, *The Transsexual Phenomenon*, New York, 1966, p. 23: «The transsexuals feel that they belong to the other sex, they want to be and function as members of the opposite sex, not only to appear as much. For them, their sex organs, the primary (testes) as well as the secondary (penis and others) are disgusting deformities that must be changed by the surgeon's knife».

(e non a causa di un processo di rettificazione materiale o soltanto farmacologico) una condizione congenita, presente dal momento della nascita e che determina una alterazione non inquadrabile all'interno della declinazione binaria del sesso, come i fatti agonistici delle recenti Olimpiadi hanno manifestato.

Fattispecie come quella qui oggetto d'esame fanno emergere quello che è il compito del giurista, cioè riuscire ad interpretare in chiave evolutiva - alla luce delle esigenze e del mutamento delle condizioni sociali e degli stili di vita che qualificano il diritto come "scienza pratica"⁴⁸ - e con un approccio pluridisciplinare il caso concreto, alla luce della effettività dei valori normativi e dei principi identificativi che agiscono promozionalmente attraverso le clausole generali⁴⁹, le quali risentono delle modalità con cui si "incontrano" i valori normativi ed i principi e, pertanto, non conducono ad una soluzione identica per ogni situazione concreta, bensì formulano risposte differenziate nell'applicazione della loro identità assiologica. Del resto è solo così che si può consentire il "diritto diseguale" e quindi l'effettività del principio di "uguaglianza sostanziale".

Le clausole generali, infatti, vanno interpretate nella loro evoluzione e riempite di valori che si trovano nella realtà sociale e nei principi fondamentali. Il giurista, pertanto, deve avvalersi dell'interpretazione e dell'"argomentazione per principi"⁵⁰ che gli consente di dominare «nei minimi particolari un orizzonte quasi sconfinato»⁵¹, attraverso una metodologia di osservazione assiologica delle normative vigenti alla luce della integrazione raggiunta dal c.d. "sistema italo europeo delle fonti"⁵² del diritto, senza adattarsi sull'antico

⁴⁷ «Il transgenderismo entra ufficialmente nella riflessione psicoanalitica negli anni Sessanta, grazie al lavoro dello psichiatra e psicoanalista Robert J. Stoller, a cui si affiancano l'indagine condotta dalla psicoanalista Colette Chiland e quella elaborata dallo psichiatra e psicoanalista Jacques Lacan. La riflessione psicologica, in special modo d'indirizzo psicoanalitico, illumina l'eziopatogenesi e la nosografia della condizione transgender» (A. FRIGERIO, *Il Caso serio del transgenderismo*, cit., p. 87).

⁴⁸ Come insegnato da S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), pubblicato originariamente nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche* e poi raccolto in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 103 ss.

⁴⁹ Sul punto si richiama quanto considerato da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. I, *Metodi e tecniche*, cit., per il quale «[l]egiferare per clausole generali consente al giudice, all'interprete, una maggiore possibilità di individuare una normativa più adeguata alla situazione di fatto» (cit., pp. 164-165).

⁵⁰ Per una interessante e pregevole disamina sul ruolo dei principi generali dell'ordinamento giuridico, partendo dal loro ruolo nelle fonti attraverso la c.d. *analogia iuris* ed invero considerando poi la loro portata determinativa (non correlata, in via esclusiva, alla formulazione letterale dell'art. 12, comma 2, disp. prel. c.c. ma) nell'individuazione del precetto con il rilievo dell'interpretazione costituzionalmente orientata, si rinvia a F. ADDIS, *Argomentazione «per principi» e individuazione della fattispecie «a posteriori»*, in A.A. CASSI e E. FUSAR POLI (a cura di), *Jus brixiae et alibi. Scritti scelti offerti ad Alberto Sciumè*, Torino, 2022, pp. 205-221, spec. p. 208, 213 e p. 210, in cui l'a. evidenzia come l'interpretazione costituzionalmente orientata imponga «di conferire all'argomentazione per principi una portata determinativa essenziale nell'individuazione del precetto, legittimando la ricerca di un fondamento assiologico difficilmente conciliabile con i rigidi dettami di un approccio nichilista. La crescente diffusione di norme privatistiche di origine comunitaria [...] e l'le finalità uniformatrici che animano gli interventi del legislatore comunitario [...] non esitan[o] a conferire all'autorità giudiziaria il compito di procedere all'enucleazione della fattispecie attraverso il richiamo ai principi».

⁵¹ In tali termini, Santi ROMANO, *Giuristi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalterata, Milano, 1983, p. 115.

⁵² Tale ricostruzione del sistema deriva dal fatto che «[l]a legalità costituzionale sintetizza in un'unica accezione contenuti normativi provenienti da fonti diverse interne ed esterne. La loro sintesi configura il 'sistema italo-comunitario - ora italo-europeo - delle fonti'. Il diritto dell'Unione europea non ha un'autonomia operativa separabile dal sistema giuridico nazionale; esso ha origine in una parziale e ben configurata autolimitazione, costituzionalmente legittima, della sovranità statale» (P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021, p. 25).

ma ponendosi secondo una prospettiva storica e relativa, attenta ai fenomeni sociali⁵³, nonché scevra di dogmi, verità fisse e astoriche, «per acquisire la capacità critico-argomentativa, essenziale al giurista»⁵⁴.

La capacità critico-argomentativa supera il limite del “diritto eguale” come potenziamento delle disuguaglianze e soccorre, in questa sede, a ragionare sulle discriminazioni rivolte alle *cisgender* nel modo più appropriato, esaminando nelle competizioni sportive la posizione di tutti coloro che gareggiano, dell’atleta transgender o intersessuale, attraverso una metodologia non monolitica ma pluralista, che si pone al servizio di valori fondamentali nella complessità delle “filosofie della vita” che coesistono nel mondo.

Tra i casi emblematici, il primo che si intende qui richiamare (da cui l’analisi, *infra*, della sentenza CEDU, al par. 3) è quello relativo all’atleta Caster Semenya, mezzofondista sudafricana, già campionessa del mondo nella disciplina per tre volte. L’atleta è stata registrata alla nascita come donna ma a causa degli alti livelli di testosterone e del differente rapporto cromosomico è stata successivamente identificata come intersessuale, a seguito di una serie di esami clinici volti all’accertamento del sesso e richiesti dall’Associazione Internazionale delle Federazioni di Atletica Leggera. Appurata la congenita situazione di iperandrogenismo, per poter proseguire nell’attività agonistica, Semenya è stata costretta ad assumere farmaci immunosoppressori di riduzione del livello di testosterone ma ciononostante ha continuato a vincere le successive sfide agonistiche. Questo ha determinato un cambiamento nelle regole della World Athletics che decise di vietare alle donne iperandrogine la partecipazione alle gare nelle categorie femminili, a meno che non si sottoponessero a trattamenti ormonali di riduzione del livello di testosterone. Il venir meno dell’osservanza della terapia ormonale da parte di Caster Semenya determinò la sua assenza alle Olimpiadi di Tokyo 2020 e a quelle di Parigi del 2024. Ma nelle Olimpiadi 2020, considerato che il Comitato Olimpico Internazionale (Comité International Olympique - C.I.O.⁵⁵) ha lasciato un margine di autonomia alle singole Federazioni, regole diverse hanno, invece, consentito alla sollevatrice neozelandese Laurel Hubbard⁵⁶ di

⁵³ Che la scienza della società indagli i fenomeni sociali, considerando le loro cause, i loro processi ed effetti nei rapporti con altri fenomeni ed altre scienze, è stato rilevato da una attenta e sensibile dottrina, v. G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019. Gli autori nella riflessione dell’ordine pubblico come clausola generale storica e relativa, nell’analisi di complesse fattispecie (tra cui, maternità surrogata, unioni civili, matrimonio monoandrico poliginico simultaneo di origine musulmana, diseredazione) che abbisognano del bilanciamento dei principi giuridici secondo ragionevolezza, mettono in luce come nel condizionare una soluzione giuridica la «sociologia [sia] componente indefettibile nel processo applicativo del diritto e, quindi, in particolare delle clausole generali» (p. 32). Cfr., per la gerarchia e il bilanciamento dei principi, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

⁵⁴ Scrive P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. I, *Metodi e tecniche*, cit., p. 4. Altresì ID., *I valori e il sistema ordinamentale “aperto”*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, spec. p. 7 ove si legge tra le righe l’invito affinché la riflessione dei giuristi «non sia soltanto autoriflessione, ma riflessione collettiva e quindi feconda di mutamenti effettivi del reale».

⁵⁵ Il C.I.O. è un’organizzazione non governativa, nata nel 1894, per organizzare i primi Giochi Olimpici dell’era moderna, in continuità con quelli della Grecia antica.

La definizione di tale ente si ricava dall’art. 2, comma primo, lett. *ì*), del d.lgs. n. 36 del 2021, secondo cui il «Comitato Olimpico Internazionale [è] l’organizzazione internazionale non governativa senza fini di lucro alla guida del movimento olimpico, preposta alla gestione e all’organizzazione dei Giochi Olimpici».

⁵⁶ Laurel Hubbard è stata la prima atleta transgender a partecipare ai Giochi Olimpici e, sebbene la stessa sia stata una tra le prime atlete della categoria ad essere eliminata, la sua partecipazione ha fatto da apripista per il dibattito sulla discriminazione che subirebbero le donne *cisgender* rispetto alle atlete *trans*, avvantaggiate dalla

gareggiare nella categoria, nonostante l'atleta trans avesse iniziato il percorso di transizione intorno ai trent'anni.

E da ultimo, proprio con riferimento alle atlete affette da iperandrogenismo si menzionano le pugili Imane Khelif e Lin Yu-ting ammesse a partecipare alle recenti Olimpiadi di Parigi, nelle quali entrambe hanno raggiunto l'oro olimpico⁵⁷. La vittoria di Khelif - in aderenza all'affermazione di una società di eguali, nel pieno rispetto dei regolamenti di ammissibilità e delle regole del Comitato C.I.O. - ha determinato (vedi, *infra*, par. 4) le critiche del Presidente del Consiglio, Giorgia Meloni, la quale in disaccordo con il C.I.O. già a partire dal 2021, a seguito dell'incontro Khelif-Carini e del ritiro dell'atleta italiana dalla gara olimpica, è intervenuta dicendo che «non è stato un match ad armi pari» e che le attuali regole del C.I.O. non tutelano il diritto delle atlete a gareggiare in modo paritario.

Del resto già prima dei giochi di Parigi, la discussione mediatica alimentata dalla partecipazione di atlete *trans* alle competizioni femminili ha portato alcune Federazioni ad osservare e rimediare in diversa misura a favore della posizione delle donne *cisgender*, allo scopo di assicurare un gioco equo. In tal senso l'Unione Ciclistica Internazionale (UCI) che a partire dal 17 luglio 2023⁵⁸, al fine di garantire pari opportunità a tutti i concorrenti nelle competizioni sportive, ha vietato a tutte le atlete transgender (che hanno effettuato la transizione dopo la pubertà) la partecipazione agli eventi internazionali femminili. La «Fédération International de Football Association» (FIFA), invece, ha deciso di valutare caso per caso le singole partecipazioni, mentre con finalità ancor più restrittive la Federazione Internazionale di nuoto (FINA) ha escluso dalle competizioni d'élite (campionati mondiali e giochi olimpici) le atlete trans che non hanno iniziato le terapie per la transizione entro i 12 anni⁵⁹. A parer di chi scrive appare eccessiva, invece, la restrizione avanzata dalla Federazione Internazionale di scacchi⁶⁰ che da agosto 2023 ha escluso le donne transgender dai tornei femminili, senza però estendere tale limitazione al caso contrario di un transgender che gareggia nei tornei maschili, sul presupposto che ci sia da un punto di vista medico-scientifico una differenza nel cervello tra i sessi a causa del livello di testosterone nel periodo “pre” e “post” natale, capace di creare nel cervello maschile una

forza e resistenza fisica dell'apparato scheletrico e muscolare del corpo maschile. Sebbene sia di intuitiva osservazione come anche tra gli uomini non tutti siano caratterizzati da determinate masse muscolari e prestanze fisiche, tuttavia è un dato di fatto che alcuni organi siano strutturalmente diversi, come la conformazione del ventricolo sinistro, maggiore negli uomini rispetto a quella delle donne. Da qui sono sorte le prime critiche e amarezze da parte delle atlete *cisgender* (dal latino *cis* indica “di qua da” ovvero una continuità di identità di genere rispetto al sesso assegnato alla nascita) che hanno alimentato discussioni mediatiche di disapprovazione nel consentire la partecipazione delle atlete *trans* alle competizioni agonistiche, giacché si ritiene che le stesse preservino il vantaggio ereditato dalla pubertà maschile. Tutto ciò avrebbe come ricaduta la perdita di una *chance* importante che le donne *cisgender* subirebbero per motivi iniqui e lontani da logiche di *fair play*.

⁵⁷ Nello specifico la pugile algerina Imane Khelif il 9 agosto 2024 ha vinto la medaglia d'oro nella categoria 66 kg di pugilato femminile, mentre il 10 agosto 2024 la pugile taiwanese Lin Yu-ting vince l'oro olimpico dei pesi piuma. Per un più articolato approfondimento dell'indagine in merito alle differenze dello sviluppo sessuale (DSD) nelle vicende contemporanee si rimanda al lavoro di A. MARCHESE, *Competizioni sportive e principio di non discriminazione*, cit., par. 2.

⁵⁸ Vedi *sport.quotidiano.net*, *L'Uci annuncia: “No alle cicliste trans nelle gare femminili”*, 14 luglio 2023.

⁵⁹ Cfr. articolo, *L'esclusione delle atlete transgender: discriminazione o ragioni di equità?*, in *lcalex.it*, 29 giugno 2022.

⁶⁰ Vedi, *supra*, nt. 12.

maggiore interconnettività nelle reti cerebrali, pertanto favorendo nell'uomo la percezione uditiva e visiva⁶¹.

La tesi che si tenterà di sviluppare in queste pagine, nell'analisi dell'attraversata dell'identità sessuale tra lo "smantellamento" del precedente genere e la "composizione" della desiderata identità di genere⁶², poggia il proprio fondamento nella funzione delle formazioni sociali intese come "locomotive" dello sviluppo della personalità. Le formazioni sociali devono svolgere una funzione "socializzante" e "inclusiva", "educativa" e "promozionale" della personalità dei suoi componenti, altrimenti tali formazioni non sono conformi ai principi della nostra Costituzione e finiscono per mortificare la personalità umana.

Si potrebbe tentare di spiegare il "viaggio" verso l'identità di genere anelata partendo dal presupposto che l'identità diventa "modulare"⁶³, cioè la persona che vive questa dissociazione tra "psiche" e "corpo" nel traghettamento al nuovo genere procede alla "composizione" della identità sessuale desiderata e al correlativo "smantellamento" di quella pregressa. Ecco che, se l'identità dell'uomo può essere "modulata"⁶⁴ a seconda della sua autonoma scelta, senza costrizioni, allora tale "attraversata dell'essere" per giungere alla deiezione dell'"esserci"⁶⁵ si realizza per mezzo di "fasi" interne che scandiscono appunto le

⁶¹ Per questa prospettiva, si rimanda alle osservazioni di V. GAROFALO e A.E. CALOGERO, *Donne transgender nello sport: è solo un problema di valori di testosterone?*, in *L'Endocrinologo*, v. 24, 8 febbraio 2023, pp. 55-61, spec. p. 58.

⁶² Tra gli studi della dottrina nell'analisi della identità sessuale e rinnegazione dell'attribuzione di sesso biologico si rinvia almeno a: M. PORCELLI, *Diritto all'identità di genere e rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Diritto delle successioni e delle famiglie*, 2023, fasc. 1, pp. 139-160; C. PERAGO, *Il procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso e la tutela del diritto all'identità di genere*, in *Foro italiano*, 2020, fasc. 1, cc. 23-32; G. D'AMICO, *Identità di genere: "non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere"*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, fasc. 2, pp. 419-423. Specificatamente con riferimento all'ordinamento sportivo nel sistema costituzionale e all'ammissibilità di partecipazione delle atlete transessuali o iperandrogine nell'ordinamento sportivo si rimanda ai recenti contributi di O. CLARIZIA, *Il diritto all'identità di genere nello sport. L'attività sportiva delle persone transgender ed intersessuali tra non discriminazione e lealtà*, in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2022, fasc. 2, pp. 302-335; M. BASILE, *Identità di genere e attività agonistica sportiva: il quadro giuridico*, in *Atti della Accademia Peloritana dei Pericolanti - Classe di Scienze Giuridiche, Economiche, Economiche e Politiche*, voll. 90-91 (2021-22), Anno Accademico XC-XCI, pp. 1-23.

Per una disamina anche sociologica sulle relazioni tra sesso e genere, tenendo conto del dibattito nazionale ed internazionale, si rimanda ad E. RUSPINI, *Le identità di genere*, Roma, 2023.

⁶³ Si pensi alla metafora dell'«uomo modulare» costruita dal filosofo, antropologo e sociologo inglese Ernest Gellner [E. GELLNER, *The importance of being modular*, in John A. HALL (a cura di), *Civil Society: Theory, History, Comparison*, Cambridge 1995, spec. p. 34], che mostra come i costumi e gli aspetti sociali, attratti come in un vortice nei processi di "liquefazione" (come descritti da Zigmunt Bauman, per il quale all'affievolimento delle relazioni umane corrisponde un'accanita ricerca dell'identità che, in questi processi, si riduce ad una fabbricazione di maschere, v. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari-Roma, 2011; ID., *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, Bari-Roma, 2006; ID. e T. LEONCINI, *Nati liquidi. Trasformazioni nel terzo millennio*, Milano, 2017), inducano l'uomo ad una costruzione e decostruzione dei modelli individuali che appaiono sempre più provvisori, revocabili e caratterizzati da precarietà ed incertezza.

⁶⁴ Come detto la metafora è di E. GELLNER, *The importance of being modular*, cit., per il quale l'identità dell'uomo moderno è andata incontro alla stessa sorte dei mobili componibili (che andavano di moda nell'Inghilterra degli anni Sessanta), montati e assemblati secondo il mero e transeunte piacimento; pertanto l'uomo non è più un dato ineluttabile, poiché la stessa appartenenza diventa modulabile, segnando così la fine di un modello basato sull'unicità.

⁶⁵ Il riferimento è alla matrice filosofica di M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 1976, traduzione di P. Chiodi. «[...] l'Esserci è innanzi tutto e per lo più presso il "mondo" di cui si prende cura [immedesimandosi ...]. Lo stato di deiezione presso il "mondo" equivale all'immedesimazione nell'essere-assieme dominato dalla chiacchiera, dalla curiosità e dall'equivoco. [...] Di contro, l'inautenticità significa così poco qualcosa come un

deiezioni dell'esserci. Esemplicativa in argomento può essere la questione della “carriera alias”, affinché attraverso essa la scuola o l'Università favorisca la partecipazione effettiva dello studente o della studentessa alle attività di formazione⁶⁶, senza costringere il discente all'esercizio di una scelta immodificabile bensì tutelandone la proiezione “fluttuante-modulabile” della personalità con un Regolamento di Istituto che non obblighi lo studente alla presentazione di una certificazione che garantisca l'avvio di un processo di rettificazione sessuale (chirurgico o ormonale che sia). Si deve cioè garantire l'accesso alla “carriera alias” anche allo studente che in base ad una mera “auto-percezione” desidera essere riconosciuto con un nome diverso rispetto a quello che è stato attribuito al momento della nascita; così ragionando non andrebbe compromessa la capacità di autodeterminazione della persona, che diversamente sarebbe costretta ad avviare una modificazione dei caratteri sessuali o ormonali “solo” per accedere a quella identità che vuole raggiungere per partecipare così all'esistenza in modo autentico. Consentire ad uno studente di accedere ad una “carriera alias” senza avviare un percorso medico di transizione significa riconoscere la capacità di autodeterminazione e la funzione “partecipativa” della capacità giuridica.

Questioni come queste fanno comprendere la particolare condizione di tale soggettività, la quale induce a far pensare, sia al giurista che all'uomo comune, che tutto ciò che attiene biologicamente al (pregresso) “genere smantellato” - così come cristallizzato nei registri di stato civile fino a quel momento - “termini” o cambi conformazione con il passaggio definitivo e costitutivo dell'identità di genere conquistata attraverso la rettificazione sessuale percepita, ormonale o chirurgica, e la successiva “socializzazione” dell'identità di genere “ricostruita”⁶⁷.

non-essere-più-nel-mondo [...]. Come essere-nel-mondo effettivo, l'Esserci, in quanto deiettivo, è già decaduto *da se stesso*; non è però deietto presso un ente incontrato casualmente nel corso della caduta, ma presso il *mondo* che fa parte del suo essere. La deiezione è una determinazione esistenziale dell'Esserci stesso e non ha nulla a che fare con un Esserci concepito come semplice-presenza [...].» (cit., pp. 221-222, corsivi autentici).

⁶⁶ Sulla introduzione della carriera “alias” come occasione per le amministrazioni di interpretare appieno il loro ruolo costituzionale si rinvia ad A. PIOGGIA, *La Carriera “Alias”: identità accademica e genere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, fasc. 2, pp. 156-167. Per ulteriori approfondimenti si rimanda ad A. MARCHESE, *Competizioni sportive e principio di non discriminazione*, cit., par. 3.

⁶⁷ Per quanto riguarda il diritto familiare e la spinosa problematica del c.d. divorzio imposto si rimanda alla Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170 e alla precedente ordinanza della Corte di Cassazione, 2013, n. 14329. In argomento sia consentito il richiamo ad A. VESTO, *La rettificazione sessuale durante il matrimonio provoca un divorzio imposto?*, in *Le Corti Calabresi*, 2013, fasc. n. 3, pp. 867-885, commento alla ordinanza della Corte di Cassazione, sez. I civ., 6 giugno 2013, n. 14329, ivi, pp. 846-867. Per approfondimenti di carattere generale si rinvia a Trib. Messina, 11 novembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 543-547, con nota di commento di A. VESTO, *Favorire l'emersione dell'identità sessuale per tutelare la dignità umana nella sua unicità*, pp. 547-550; ID., *Effetti del mutamento di sesso in costanza di vincolo matrimoniale*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, pp. 3-24, nota a commento Corte d'Appello di Bologna, sez. I civ., decreto 18 maggio 2011, ivi, pp. 1-3; ID., *L'identità di sesso e il matrimonio: una strada percorribile?*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, fasc. 4, pp. 1603-1617. Con l'adozione della legge Cirinnà, l'avvenuta pubblicità del cambiamento di genere comporta, ai sensi dell'art. 1, ventiseiesimo comma, della l. n. 76 del 2016 che, ove i coniugi abbiano manifestato personalmente e congiuntamente al giudice, nel corso del giudizio di rettificazione, la volontà di proseguire la loro relazione, quest'ultima si converte in una unione civile. Per un'approfondita osservazione della legge si rimanda a N. CIPRIANI, *Le unioni civili nel sistema delle fonti italo-europee*, in *DSF*, 2019, fasc.1, pp. 67-88.

2. Ordinamento giuridico e ordinamento sportivo: da un'attività sportiva "pre-giuridica" alla costituzionalizzazione del fenomeno

Come si avrà modo di rilevare dalla lettura della trattazione, il tema dell'agonismo sportivo e delle sue "interferenze" con le problematiche di genere è in questa sede assunto come "case study", giacché ritenuto particolarmente emblematico per saggiare, in chiave di diritto positivo, le potenzialità e i limiti della normativa di settore.

Preliminare all'osservazione dei punti successivi è l'inquadramento dell'ordinamento sportivo⁶⁸ all'interno dell'ordinamento giuridico generale secondo una visione unitaria e sistematica dell'ordinamento italo-europeo, al cui interno va ricostruito il fenomeno sportivo, analizzandone la specificità dei singoli aspetti di rilevanza ermeneutica. Appare, pertanto, ragionevole prediligere l'approccio metodologico che fa leva sulla teoria pluralista⁶⁹ che legittima ed individua l'ordinamento sportivo come un micro-ordinamento, in cui le persone che vi prendono parte sono, per un verso, assoggettate al rispetto delle regole di settore e, per altro verso, destinatarie di prerogative e autonomie⁷⁰, relativizzando

⁶⁸ Il perimetro del presente contributo è tracciato dalla rilevanza dei diritti fondamentali della personalità, *rectius* identità di genere, in avvenimenti attinenti all'attività agonistica, per comprendere come il riconoscimento di tali diritti in caso di rettificazione o di disordine sessuale influisca sulla equità competitiva. Pertanto il contributo lascia fuori tutta una serie di questioni che, pur potendo ledere i valori fondamentali nelle dinamiche sportive, non rinvergono il loro baricentro nella identità di genere. Dunque si rinvia ad altri studi per l'analisi dell'evoluzione dello sport, dello sfruttamento delle competizioni sportive in una logica di tutela della concorrenza e di abuso di posizione dominante, nonché in materia di responsabilità civile, frode e giustizia sportiva; su questi ultimi aspetti si richiama almeno: A. AZARA, *Profili di responsabilità civile nella frode sportiva*, Napoli, 2023; V. BRIZZOLARI, *La responsabilità civile nell'organizzazione di eventi sportivi tra assunzione del rischio ed esigenze sanzionatorie. Ricostruzione del sistema e spunti comparatistici*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2023, fasc. 1, pp. 326-368; T. MAUCERI, *Sui rapporti tra giustizia sportiva e ordinamento statale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, fasc. 3, pp. 594-600; ID., *Frode sportiva e danni civili*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, fasc. 11, pp. 1552-1562. Interessanti a tal proposito sono gli approfondimenti raggiunti da A.C. NAZZARO, *Diritto all'immagine e logiche di mercato. Profili di diritto sportivo*, Napoli, 2012, nella tutela del diritto all'immagine dell'atleta nella specificità e peculiarità del mercato sportivo che condiziona, di fatto, la legittimazione esclusiva dell'atleta effigiato, la cui legittimazione va coordinata con le esigenze dell'organizzazione cui appartiene, dal momento che il bene meritevole di tutela fa emergere interessi imputabili congiuntamente ai singoli componenti della squadra e alla squadra nel suo complesso (spec. p. 120 ss. per l'analisi della utilizzazione d'immagine degli atleti attraverso i regolamenti delle singole Federazioni). La dissertazione dell'autrice evidenzia come l'approccio di indagine, per giungere ad un corretto inquadramento giuridico del bene oggetto di tutela, imponga una rilettura delle categorie (mai intese come rigidi paradigmi) «per plasmarle e renderle funzionali alla realtà socio-economica specifica» (cit., p. 11).

⁶⁹ Il rapporto tra sport e diritto è stato sin dalle origini molto dibattuto in dottrina nella storica contrapposizione tra teorie normative e teorie pluralistico-ordinamentali. Per la nota tesi pluralista v. il celebre scritto di Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, II ed. (rist. ottobre 1967), Firenze, 1951 (la prima edizione risale al 1917). Per una recente approfondita disamina sulla influenza della teoria di Santi Romano in relazione ai concetti di «ordinamenti giuridici privati» e di «autonomia privata» secondo la disamina del figlio Salvatore Romano, si rimanda al saggio di S. GIOVA, "Ordinamenti giuridici" e autonomia privata nel pensiero di Salvatore Romano, in *Annali S.I.S.Di.C.*, n. 9, 2022, pp. 93-115.

⁷⁰ Sull'autonomia dell'ordinamento sportivo diversi sono i contributi che nel tempo hanno descritto tale condizione ed il primo contributo in materia è di W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, cc. 1381 ss. Si ricordano, altresì, senza spirito di esautività, tra i primi interventi dottrinali, M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Rivista diritto sportivo*, 1949, nn. 1-2, p. 10 ss.; ID., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, pp. 671-677. Meritano di essere richiamate le osservazioni di Jemolo all'interno del volume «Gli occhi del giurista», poiché tra le tematiche affrontate il giurista dedica alcune pagine del suo lavoro al tema «L'ordinamento sportivo»

però le soluzioni specifiche nel rispetto della supremazia dei valori fondamentali. A tal fine è diretto il sistema dell'organizzazione sportiva, il quale trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i c.dd. "diritti inviolabili dell'individuo" sia come singolo e sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, nonché nel diritto di associarsi liberamente per fini non vietati ai singoli dalle disposizioni penalistiche (cfr. art. 18 cost.). Ecco che rileva la funzione sociale dello sport come società intermedia, la cui attività deve tendere alla realizzazione del "principio di democraticità"⁷¹ in attuazione dei principi fondamentali a tutela della persona.

Il rilievo della pluralità degli ordinamenti giuridici privati si manifesta nella relazione esistente tra ordinamento generale e singolo ordinamento, nel condizionamento dell'esistenza di un ordinamento rispetto a un altro⁷². A questo punto sorge spontanea la domanda sulla rilevanza e attuazione della specificità dell'ordinamento sportivo nei rapporti con l'ordinamento generale, italo-europeo, soprattutto nelle dinamiche di identità di genere.

Da un punto di vista sociologico è consolidata la prospettiva che lo sport rappresenti uno «spazio complesso [...] attraversato da una tensione irrisolta tra l'essere un luogo di opportunità, inclusione, spettacolarità e, allo stesso tempo, cornice di esclusione, stereotipi e pregiudizi. [...] Lo sport è una sfera materiale e simbolica che riproduce certi ordini sociali, in primis quelli sulla femminilità e sulla mascolinità [; pertanto] leggere lo sport

(A.C. JEMOLO, *Gli occhi del giurista*, vol. II, Padova, 1985, pp. 68-69) e nel ricordare la prevalenza del diritto statale sulle norme del diritto sportivo fa riferimento ad una decisione della Cassazione (11 febbraio 1978, n. 625, in *Foro italiano*, 1978, I, c. 862), la quale «riconosce (come già tanti anni fa aveva opinato il compianto Cesarini Sforza) che si dà un ordinamento giuridico sportivo il quale può emanare mediante i suoi organi atti concreti, la cui efficacia è diretta verso soggetti determinati dall'ordinamento. Trattasi peraltro di un ordinamento giuridico minore, le cui norme possono anche non essere riconosciute dall'ordinamento giuridico sovrano. L'attribuzione di potestà proprie dell'ordinamento giuridico statale all'ordinamento giuridico sportivo è limitata alla funzione amministrativa nel settore sportivo; esso ha potestà regolamentare, non potestà normativa attinente alla disciplina dei rapporti intersoggettivi privati, e meno che mai ai rapporti negoziali» (A.C. JEMOLO, *Gli occhi del giurista*, cit., p. 69).

Ripercorre i tratti fondamentali dell'origine dei rapporti tra ordinamento statale e quello sportivo, nonché quelli tra la giustizia statale e quella sportiva, ricostruiti sulla base della teoria della pluralità degli ordinamenti G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007, *passim*.

Tra la dottrina risalente si ricorda altresì: A. FALZEA, *Lo sport e il diritto*, in *Annuario della Università degli Studi di Messina*, Messina, 1955, pp. 19-27; L.F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975. Recentemente cfr. A. BASILICO, *L'autonomia dell'ordinamento sportivo e il diritto di agire in giudizio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, fasc. 2, pp. 213-221; F.G. COCA, *Autonomia sportiva e pienezza di tutela giurisdizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, fasc. 3, pp. 1687-1695; L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, *passim*; C. CASTRONOVO, *Pluralità degli ordinamenti, autonomia sportiva e responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 2008, fasc. 3, pp. 545-561, ove l'a. si sofferma sulle intersezioni tra diritto sportivo e diritto statale, pertanto sulle scriminanti sportive e l'assunzione di rischio; R. CAPRIOLI, *Il significato dell'autonomia nel sistema delle fonti del diritto sportivo nazionale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, II, pp. 283-289 e l'a., oltre ad aver ricordato che l'autonomia può manifestarsi anche per mezzo di consuetudini «sportive», si sofferma sulla «armonia» intesa come canone di valutazione degli atti e criterio di collegamento tra le normazioni dei due ordinamenti (cit., pp. 288-289).

⁷¹ Tale principio, di fatto, anche se non espressamente indicato nell'art. 18 cost., rappresenta un limite istituzionale d'ordine pubblico per tutte le comunità (cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 147); pertanto non si esclude la sua applicabilità alle Federazioni, le quali sono «rette da norme statutarie e regolamentari sulla base del principio di democrazia interna, del principio di partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizioni di parità e in armonia con l'ordinamento sportivo nazionale ed internazionale» (art. 16, d.lgs. n. 242 del 1999).

⁷² Cfr. Salv. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1955, p. 298 ss.

attraverso la lente del genere [...] significa rendere visibili asimmetrie strutturali, a partire da quelle che si generano nella costruzione del maschile e del femminile in questo ambito»⁷³.

L'osservazione di come si conservi la dignità della persona all'interno dell'ordinamento sportivo, in funzione del binarismo sessuale, apre il varco a nuovi interrogativi di non facile soluzione; questo perché lo sport nasce come spazio riservato al sesso maschile, mentre inizia ad accogliere le donne per alcune appropriate discipline solo a partire dai primi anni '90, determinando così una "divisione biologica" a seconda delle categorie di genere di appartenenza, prendendo in considerazione le naturali attitudini del sesso maschile o femminile.

Ecco che le regole tecniche dell'ordinamento sportivo appaiono fondamentali per delineare i primi passaggi argomentativi sulle intersezioni fra sport, genere, identità e interessi collettivi, con l'intento di rischiarare l'orizzonte in merito a tutte quelle questioni di manifesta discrezionalità che sembrano rappresentare l'attività delle Federazioni internazionali, indiscutibilmente autonome nella organizzazione delle gare e (come si vedrà nel proseguo della lettura) non vincolate al rispetto delle linee guida del Comitato Olimpico Internazionale (C.I.O.); tuttavia le Federazioni non possono disattendere gli standard internazionali dei diritti umani, stante la funzione unificante della dignità e della tutela della persona - direi - "senza pretesa di definitività", in considerazione (come delineato nel paragrafo introduttivo) della possibile fluttuazione della identità di genere. Ed è con questo metro di valutazione che vanno osservate le recenti contese agonistiche (vedi, *infra*, par. 3) che pongono in luce le regole di un minisistema che ruota attorno a direttive il cui obiettivo potrebbe in realtà essere prevalentemente strategico, più che meramente inclusivo.

L'autonomia dell'ordinamento sportivo è confermata dalla giurisprudenza, che in modo unanime afferma che «i rapporti tra l'ordinamento sportivo e quello statale sono regolati in base al principio di autonomia, il quale implica il riconoscimento dei reciproci valori giuridici e di conseguenza degli atti definitivamente adottati all'interno di ciascuno di essi»⁷⁴. Che tali rapporti siano regolamentati in base al principio di autonomia si trae invero già dall'art. 1 «Principi generali», del decreto legge 19 agosto 2003, n. 220⁷⁵, che esordisce «[l]a Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale» (art. 1, comma primo, d.l. n. 220 del 2003); tuttavia la regolazione di tali rapporti fuoriesce dalla predicata autonomia nei casi di «rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo» (art. 1, comma secondo, d.l. n. 220 del 2003). Pertanto, per un verso si individuano fatti che assumono rilevanza di illecito soltanto nell'ambito dell'ordinamento sportivo (realizzando un pregiudizio alla realizzazione di interessi fondamentali ed istituzionali dell'attività sportiva stessa) e, quindi, nei confronti dei quali si applicano le regole e le sanzioni sportive; per altro verso, invece, sussistono dei fatti che - non solo integrano degli illeciti sportivi, con conseguente pregiudizio sul funzionamento della

⁷³ C.M. REALE e A. TUSELLI, *Corpi (in)disciplinati: intra-azioni di sesso, genere e razza nello spazio sportivo/ (Un)ruley bodies: sex, gender and race inter-actions in the sport field*, in *AG AboutGender. International Journal of Gender Studies*, 2022, fasc. 11, p. 514.

⁷⁴ Cons. St., sez. V, 10 ottobre 2022, n. 8662, in *Red. Giuffrè*, 2023.

⁷⁵ «Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva» (in G.U. del 20 agosto 2003, n. 192). Il d.l. è stato convertito con modificazioni dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280 (in G.U. del 18 ottobre 2003, n. 243) che ha riconosciuto l'autonomia dell'ordinamento sportivo rispetto all'ordinamento statale, delimitando i limiti di tale autonomia.

giustizia sportiva - ma manifestano profili di rilevanza anche per l'ordinamento statale⁷⁶, con successivo riparto di giurisdizione tra giudice sportivo e giudice dello Stato.

In applicazione ai principi generali delineati dal primo articolo segue la disciplina contenuta nell'art. 2 del d.l. n. 220 del 2003, rubricato «Autonomia dell'ordinamento sportivo»⁷⁷, che al comma secondo evidenzia che le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire, secondo le previsioni degli statuti e regolamenti del Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI)⁷⁸ e delle Federazioni sportive nazionali (FSN)⁷⁹, gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo, poiché è riservata a questo ordinamento l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive, così come i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare nonché l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive. Tutte le altre controversie aventi ad oggetto atti del CONI o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo, come previsto dall'art. 2 del d.l. n. 220 del 2003, sono disciplinate dal codice del processo amministrativo (cfr. art. 3, d.l. n. 220 del 2003); sono in ogni caso riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed alla competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio «le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione

⁷⁶ In tal senso v. TAR Lazio, sez. I, Roma, 5 settembre 2022, n. 11407, in *Foro amm.*, 2022, c. 1133, che evidenzia l'insussistenza dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, nel caso in cui siano coinvolte (come previsto dall'art. 1, comma secondo, d.l. 19 agosto 2003, n. 220) situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico nazionale.

⁷⁷ L'art. 2, del d.l. n. 220 del 2003, al primo comma prevede che «In applicazione dei principi di cui all'articolo 1, è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive».

⁷⁸ Il CONI «è la Confederazione delle Federazioni sportive nazionali (FSN) e delle Discipline sportive associate (DSA)» (art. 1, comma 1, Statuto CONI). Il CONI, che dunque rappresenta le FSN, è dotato di personalità giuridica di diritto pubblico e si conforma ai principi dell'ordinamento sportivo internazionale; l'ente cura l'organizzazione e il potenziamento dello sport nazionale, con lo scopo di promuovere la massima diffusione della pratica sportiva contro ogni forma di discriminazione e di violenza. Il Comitato Olimpico Nazionale Italiano svolge all'interno della Nazione in maniera autonoma la regolazione e la gestione delle attività sportive nazionali in rappresentanza del Comitato Olimpico Internazionale (C.I.O.). In tal senso espressamente l'art. 4 dello Statuto CONI, rubricato «Principio di autonomia sportiva», secondo cui il «CONI svolge le proprie funzioni e i propri compiti con autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione, in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del Comitato Olimpico Internazionale "CIO"». Similmente, la definizione contenuta nell'art. 2, comma primo, lett. j), d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, per il quale il «CONI [è] l'ente pubblico [...] riconosciuto dal Comitato Olimpico Internazionale che, in conformità alla Carta olimpica, svolge il ruolo di Comitato olimpico sul territorio nazionale».

⁷⁹ Tali enti sono costituiti a fini di coordinamento e di indirizzo dell'attività degli enti federati, nonché a fini di rappresentanza unitaria degli stessi. Le Federazioni a seguito del riconoscimento da parte del Comitato Olimpico Nazionale acquisiscono il potere di definire in via autonoma i requisiti di idoneità dei partecipanti alle gare da loro organizzate, senza con ciò tuttavia poter pregiudicare i diritti fondamentali degli atleti. Dunque, le Federazioni sia con le norme statutarie, che delineano l'ordinamento dell'ente, sia con le norme regolamentari, tese a organizzare in maniera tecnica ed amministrativa il funzionamento della Federazione, svolgono un'attività privatistica che però non determina un ulteriore ambito ordinamentale. A livello internazionale, infatti, esiste una Federazione per ogni sport ed ognuna ha autonomia e competenza per la disciplina sportiva che rappresenta, così delineando un sistema piramidale dello sport ma non un ordinamento sportivo internazionale.

a competizioni professionistiche»⁸⁰ (art. 3 d.l. n. 220 del 2003). Tuttavia non rientrano nella giurisdizione statale le controversie riguardanti il corretto svolgimento della prestazione agonistica e la regolarità della competizione sportiva, così come le controversie disciplinari.

Pertanto, «le regole dell'ordinamento sportivo» - come recentemente osservato dalle S.U. - «disciplinanti l'osservanza e l'applicazione di norme regolamentari, organizzative e statutarie dirette a garantire il corretto svolgimento delle attività sportive (ccdd. “regole tecniche”), nonché i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione delle relative sanzioni, costituiscono espressione dell'autonomia interna delle Federazioni e restano irrilevanti per l'ordinamento giuridico dello Stato, con il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona»⁸¹.

In altri termini, l'autonomia dell'ordinamento sportivo risulta così gerarchicamente strutturata: al vertice il Comitato Olimpico Internazionale⁸² - organismo non governativo che ha sede in Svizzera e che individua valori e principi olimpici -, da cui dipendono i singoli Comitati Olimpici Nazionali e, in via ulteriormente subordinata, le singole Federazioni sportive. La peculiarità di tale gerarchia risiede nella circostanza che essa non osta a che gli enti subordinati (nel caso di specie le Federazioni) possano, con un certo margine di autonomia, derogare in senso ancor più restrittivo la disciplina dell'accesso alle attività agonistiche anche a carico di soggetti che, invece, potrebbero parteciparvi secondo le direttive internazionali. Nessun problema, ovviamente, laddove la suddetta deroga fosse invece di natura ampliativa, sebbene ciò possa comunque dar vita a situazioni di vistosa asimmetria nel rapporto agonistico con atleti appartenenti a Federazioni di altri Stati.

L'autonomia delle Federazioni è ampiamente riconosciuta dalla dottrina⁸³ e dalla giurisprudenza⁸⁴; in tal senso si è espresso il Consiglio di Stato⁸⁵, secondo il quale le Federazioni hanno «un potere ampiamente discrezionale, connesso con le loro funzioni istituzionali di controllo e vigilanza dello sport»⁸⁶, residuando agli organi dell'ordinamento sportivo le valutazioni di opportunità per la definizione degli assetti organizzativi dei campionati.

La persona fisica diviene “soggetto dell'ordinamento sportivo” attraverso il “tesseramento”⁸⁷, a seguito del quale è autorizzata a svolgere attività sportiva, a partecipare all'attività e alle competizioni organizzate o riconosciute dalle Federazioni e organizzazioni di categoria, nonché «nell'esercizio della pratica sportiva [...] ad osservare le norme dettate dal CONI, dal CIO, dal CIP, dal IPC e dalla federazione nazionale ed internazionale, Disciplina Sportiva Associata o dall'Ente di Promozione Sportiva di appartenenza»⁸⁸. Il

⁸⁰ Art. 3, d.l. n. 220 del 2003, come modificato dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145.

⁸¹ Cass. civ., S.U., 7 maggio 2021, n. 12149, in *Giust. civ. Mass.*, 2021.

⁸² Per una disamina sull'autonomia del C.I.O. come garanzia delle federazioni olimpiche si rimanda allo studio di A.M. GAMBINO e G. NAPOLITANO, *Alle scaturigini del diritto sportivo. Olimpiadi e CIO nella Rivista*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2021, fasc. 1, pp. 13-19.

⁸³ In tale direzione M. BASILE, *L'autonomia delle federazioni sportive*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, II, pp. 307-329; ID., *La giurisdizione sulle controversie con le federazioni sportive*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, I, pp. 280-289.

⁸⁴ Da ultimo, TAR Lazio, sez. I, Roma, 5 settembre 2022, n. 11407, cit.

⁸⁵ Cons. St., sez. V, 24 maggio 2021, n. 4001, in *DeJure*.

⁸⁶ Cons. St., sez. V, 24 maggio 2021, cit., par. 9, in conformità a Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49.

⁸⁷ Cfr. artt. 15 e 16 (Titolo III, «Persone fisiche») del d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36. L'art. 16, in particolare, si occupa del tesseramento degli atleti minorenni, in considerazione delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del minore.

⁸⁸ Art. 15, comma terzo, d.lgs. n. 36 del 2021.

tesseramento è subordinato al soddisfacimento dei requisiti necessari affinché la persona possa essere considerata “soggetto” dell’ordinamento sportivo e conseguentemente svolgere in modo “libero”⁸⁹ l’esercizio dell’attività sportiva.

L’autonomia di tale ordinamento aiuta l’interprete nella conoscenza delle specifiche previsioni di settore che comunque giammai possono non riconoscere i diritti umani. Questo si unisce all’evoluzione che ha interessato il diritto sportivo, che ha nel tempo acquisito piena dignità scientifica e raggiunto una impostazione teorica sistematica, anche dal punto di vista dell’insegnamento⁹⁰ e che ha incrementato lo studio di tale diritto⁹¹, a cui la Corte costituzionale ha nel tempo attribuito sempre più maggiore rilievo⁹².

Si è sin da subito posto l’accento come le regole sportive individuino di per sé una necessaria divisione in categorie per genere di appartenenza e, dunque, come lo sport giustifichi divisioni biologiche, binarie e naturalistiche, tutte legate alla sessualità.

Ma come già sottolineato il sesso non è uno *status* imm modificabile ma assume un ruolo fondamentale nel qualificare ed integrare tutto un insieme di situazioni giuridiche soggettive da riferire al transessuale, transgender o intersessuale; in questo processo elemento di base è l’individuazione della pubertà come momento distintivo della costituzione completa dei caratteri sessuali (maschili o femminili), poiché è da quel momento che la formazione della vita umana e della sfera sessuale appare contraddistinta dai caratteri di appartenenza del sesso biologico.

La qualificazione del sesso integra la situazione giuridica del soggetto transessuale o *transgender* e ha delle ricadute nell’esercizio dei correlati diritti e doveri che risultano collegati al sesso a seguito della sua rettificazione; pertanto l’individuazione del sesso appare necessaria ai fini dei criteri di partecipazione alle competizioni agonistiche, allo scopo di dirimere le questioni di mancata osservanza di regole di equità, tutte le volte in cui il *match* abbia come concorrenti un’atleta *cisgender* e un’atleta *transgender* o intersessuale.

⁸⁹ Come previsto dall’art. 1 della legge 23 marzo 1981, n. 91.

⁹⁰ Per i rapporti tra fenomeno sportivo e diritto alla luce del principio di specificità dello sport, arricchito dalle fonti europee quali parti integranti dell’ordinamento interno, nella opzione metodologica della concezione unitaria e sistematica dell’ordinamento giuridico si rinvia ad AA. VV., in L. DI NELLA, E. INDRACCOLO, A. LEPORE, P. DEL VECCHIO, S. PALAZZI (a cura di), *«Manuale di diritto dello sport»*, Napoli, 2021. Ancora più recentemente, al fine di ricercare criteri atti a definire i principi destinati a governare i contesti che esprimono la più significativa conflittualità, v. M. MARCELLO e P. LAGHI (a cura di), *Studi sulle responsabilità degli enti sportivi*, Napoli, 2023.

⁹¹ Si veda, ad esempio, il Codice di Giustizia sportiva della Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), approvato dalla Giunta Nazionale del CONI, ai sensi dell’art. 7, comma 5, lett. l) dello Statuto CONI, con deliberazione n. 258 dell’11 giugno 2019. Il codice è composto da 142 articoli e sul sito *figc.it* è scaricabile la versione modificata e aggiornata al 17 maggio 2023. L’art. 3 del Codice di Giustizia sportiva si occupa dei «Rapporti tra il Codice e le altre fonti normative» enunciando che il «Codice è adottato in conformità a quanto disposto dalla norme dell’ordinamento statale», riconoscendo così la supremazia dei principi fondamentali italo-europei, e a seguire «dallo Statuto del Coni, dai Principi di giustizia sportiva e dal Codice della giustizia sportiva adottati dal Coni, [...], dallo Statuto della FIGC, [...], nonché dalle norme della Fédération Internationale de Football Association (FIFA) e della Union of European Football Associations (UEFA)».

⁹² Con riferimento al ruolo svolto dalla Corte costituzionale «nel porre argine all’indipendentismo sportivo tra luci ed ombre», alla luce delle sentenze del 2011 (Corte cost., sentenza n. 49 del 2011) e del 2019 (Corte cost., sentenza n. 160 del 2019), per «raggiungere un ragionevole punto di equilibrio tra i contrapposti valori dell’effettività della tutela giurisdizionale e dell’autonomia dell’ordinamento sportivo» si rimanda all’approfondimento di R. BORRELLO, *La posizione dell’organizzazione sportiva nell’attuale quadro costituzionale: alcune riflessioni su un profilo fortemente problematico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, fasc. 5, pp. 2685-2701.

In questi casi la soluzione dipenderà sempre dal bilanciamento degli interessi del singolo, nel rispetto della sua “dignità-solidarietà”⁹³, con gli interessi di carattere generale che trovano esemplificazione nella garanzia di un equo agonismo sportivo, nella tutela di tutti, dei “*competitors cisgender*” e degli atleti *trans* o *intersex*. La *governance* dello sport ha nel tempo, con delle linee guida e *policy* di verifica e “sorveglianza” del genere⁹⁴, tentato di risolvere le diatribe che, invero, rappresentano ancora oggi il nodo gordiano dello sport contemporaneo, come si è potuto evincere dalle recenti Olimpiadi di Parigi.

Ecco che le federazioni sportive e il C.I.O. esercitano funzioni legislative, dalle quali si ricavano i requisiti di accesso alle competizioni agonistiche. Il C.I.O. ha nel tempo con diversi regolamenti⁹⁵ delineato delle regole che riguardano le partecipazioni delle atlete *trans*⁹⁶ e intersessuali nello spazio sportivo. L'istanza di partecipazione alle competizioni internazionali, specie nei primi anni, ha ricevuto una diversa soluzione a seconda della Federazione sportiva chiamata a giudicare la sussistenza di una transizione di genere, che dapprima si riconosceva solo se «“completa” dal punto di vista anatomico, ormonale e legale»⁹⁷. Ed è a partire dal 2000 che aumenta la numerosità delle istanze di partecipazione, a cui è seguito un prudente atteggiamento della *governance* sportiva verso la ricerca di parametri oggettivi utili a soddisfare il principio di parità di accesso alle competizioni agonistiche.

Dai livelli ormonali si transita ad una vera e propria «autodeterminazione di genere»⁹⁸ come indicata dai regolamenti del C.I.O. sull'accesso alle competizioni di donne *trans* e *intersex* e nasce così nel 2003 un protocollo redatto da una commissione medica del C.I.O. (*Statement of the Stockholm consensus on sex reassignment in sport*) che consente alle atlete *trans* la

⁹³ Il riferimento è a quanto già in precedenza illustrato, v. *supra* par. 1 e spec. note n. 17-18 e 20.

⁹⁴ La sorveglianza dei confini di genere [vedi in argomento, C.M. REALE e A. TUSELLI, *Corpi (in)disciplinati: intra-azioni di sesso, genere e razza nello spazio sportivo*, cit., spec. pp. 520-530], ai fini del mantenimento delle categorie secondo il sistema binario, si è nel tempo espressa in modo differente. Inizialmente gli organismi sportivi, a partire dal 1966 (in occasione dei Giochi di Kingston), procedevano alla verifica attraverso delle «nude parade» (cit., p. 520), secondo il «sex testing» adottato dal C.I.O. e che consisteva nell'ispezione fisica delle atlete da parte di un gruppo di medici che avevano il compito di verificarne il sesso. E nello stesso periodo il criterio delle «nude parade» è stato adottato anche dall'Associazione Internazionale delle Federazioni di Atletica Leggera (c.d. IAAF) per i campionati europei di atletica leggera a Budapest; tuttavia tale pratica fu considerata lesiva della dignità delle atlete e pertanto dopo il 1966 non fu più adoperata. A seguire, in concomitanza con le Olimpiadi a Città del Messico nel 1968, si iniziò ad utilizzare un ulteriore criterio, definito «test del corpo di Barr» che fa leva sull'assetto cromosomico dei partecipanti (XX o XY); ciononostante anche tale criterio fu poi abbandonato perché fallace per alcuni esiti e non applicabile alle persone intersessuali, che non rientrano nei parametri indicati dal test. Questo criterio, tuttavia, rimane più a lungo, fino al 1991 quando la IAAF decise di non utilizzarlo più. A seguire, in occasione delle Olimpiadi del 1992 e del 1996 si adoperò il nuovo test cromosomico c.d. PCR (volto all'individuazione del cromosoma Y). Successivamente la comunità scientifica prende atto della limitatezza dell'approccio cromosomico per la determinazione del sesso ai fini dell'accesso alle gare. Nel 1999 il C.I.O. elimina l'obbligo del test di verifica del genere ed attribuisce agli screening anti-doping il ruolo di deterrenti per le frodi di genere. Difatti, successivamente il controllo sulle atlete si attiva solo in casi di sospetti sul sesso di appartenenza.

⁹⁵ Tali regolamenti, tuttavia, non sono vincolanti per le Federazioni che, come detto, hanno ampi margini di discrezionalità.

⁹⁶ È sul finire degli anni '90 che si hanno le prime istanze di atlete che si dichiarano *trans* e che chiedono di partecipare alle competizioni sportive internazionali.

⁹⁷ C.M. REALE e A. TUSELLI, *Corpi (in)disciplinati: intra-azioni di sesso, genere e razza nello spazio sportivo*, cit., p. 523: ad esempio, così venne reputata «Michelle Dumaresq, ciclista trans canadese, [che] ottenne la possibilità di gareggiare dall'Unione Internazionale Ciclismo (UCI) nel 2002».

⁹⁸ Così definita da C.M. REALE e A. TUSELLI, *o.u.c.*, p. 523.

partecipazione alle competizioni sportive nella categoria corrispondente al nuovo sesso acquisito, purché vi siano alcune condizioni ritenute imprescindibili⁹⁹.

Nel 2015¹⁰⁰, invece, si intravedono delle linee guida più attenuate con cui il C.I.O. non impone alle atlete (uomini che acquisiscono il genere femminile¹⁰¹) *trans* o *intersex*, ai fini dell'accesso alle competizioni agonistiche, interventi chirurgici invasivi ma l'aver redatto una dichiarazione (non modificabile per almeno quattro anni) che certifichi il proprio genere come femminile, nonché avere un determinato livello di testosterone¹⁰² (inferiore a 10 nmol/L)¹⁰³ a partire da 12 mesi prima della gara competitiva, mantenendo tale livello per tutta la durata della competizione.

Pur essendo stato il primo criterio utilizzato, il testosterone ha di fatto realizzato discriminazioni ed esclusioni inique che appaiono non giustificate dal bilanciamento delle posizioni rispettivamente delle *cisgender* e delle atlete *trans* o *intersex* ma basate unicamente sull'affievolimento delle "chances" di vittoria delle *cisgender*, prescindendo quindi dai diritti fondamentali e dal loro sviluppo all'interno delle formazioni sociali.

A seguire, sono state poste in essere consultazioni con le parti interessate (tra cui atlete *trans* o *intersex*, medici esperti, federazioni sportive internazionali) che hanno

⁹⁹ Le condizioni sono ritenute imprescindibili ai fini della ammissibilità e precisamente si tratta delle seguenti: il completamento delle mutazioni sessuali con gli interventi chirurgici di conferma del genere; a seguito del completamento fisico della transizione, il riconoscimento del nuovo sesso da un punto vista legale, ad opera della pubblica autorità; infine la sottoposizione delle atlete a una congrua terapia ormonale, conforme con il nuovo sesso, allo scopo di minimizzare il vantaggio competitivo correlato al genere biologico di appartenenza.

¹⁰⁰ Con il documento *IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism November 2015*, in *stillmed.olympic.org*, si delineano le «Transgender guidelines».

¹⁰¹ Mentre per le donne che acquisiscono il genere maschile si ritiene che queste siano legittimate a competere nelle categorie maschili senza alcuna restrizione.

¹⁰² Come evidenziato questa è «la prima volta [che] il CIO fa esplicito riferimento ad un parametro ormonale: il testosterone. Questo passaggio è fondamentale, perché proprio su questo ormone si giocherà la partita dell'accesso alle competizioni a partire dal 2015. Il testosterone diventa, per lo spazio sportivo, il parametro che può determinare il presunto vantaggio competitivo, schiacciando su quest'ultimo il tentativo di "misurare" la prestanza nella performance sportiva» (C.M. REALE e A. TUSELLI, *o.n.c.*, p. 525). Per lo svolgimento del ruolo del testosterone nell'atletica secondo i regolamenti IAAF sull'accesso alle competizioni di donne *trans* e *intersex* v.: C.M. REALE e A. TUSELLI, *o.n.c.*, spec. pp. 528-530; D.J. HANDELSMAN, A.L. HIRSCHBERG, S. BERMON, *Circulating testosterone as the hormonal basis of sex differences in athletic performance*, in *Endocrine Reviews*, vol. 39, 2018, ottobre 2018, pp. 803-829.

¹⁰³ Tali condizioni sono previste nel par. 2 delle «Transgender guidelines» (v., *supra*, nt. 100): «2.1. The athlete has declared that her gender identity is female. The declaration cannot be changed, for sporting purposes, for a minimum of four years». «2.2. The athlete must demonstrate that her total testosterone level in serum has been below 10 nmol/L for at least 12 months prior to her first competition (with the requirement for any longer period to be based on a confidential case-by-case evaluation, considering whether or not 12 months is a sufficient length of time to minimize any advantage in women's competition)». «2.3. The athlete's total testosterone level in serum must remain below 10 nmol/L throughout the period of desired eligibility to compete in the female category». «2.4. Compliance with these conditions may be monitored by testing. In the event of non-compliance, the athlete's eligibility for female competition will be suspended for 12 months».

L'imprescindibilità del livello del testosterone pertanto si ricava dalla normativa sia del C.I.O. che dell'IAAF; quest'ultima ha adottato a partire dal 1° maggio 2011 il «IAAF Regulations Governing Eligibility of Females with Hyperandrogenism to Compete in Women's Competition» e il «IAAF Regulations Governing Eligibility of Athletes who have Undergone Sex Reassignment to Compete in Women's Competition».

A partire dal 2018, inoltre, l'IAAF condizionò l'accesso alle competizioni sportive delle atlete *trans* all'avere un livello di testosterone inferiore ai 5nmol/L [in tali termini «IAAF Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development)» pubblicate il 23 aprile 2018 ed in vigore dal 1° novembre 2018, par. 2.3, lett. b) e c)].

contribuito nel 2021 alla redazione di nuove raccomandazioni¹⁰⁴ da parte del C.I.O., allo scopo di garantire il rispetto dei diritti umani, dell'eguaglianza di genere per uno sport inclusivo ed equo. In tale direzione si colloca il documento *IOC Framework on Fairness, Inclusion and Non-Discrimination on the Basis of Gender Identity and Sex Variations*, che senza pregiudicare il mantenimento di uno spazio competitivo giusto ed equilibrato¹⁰⁵, riconosce e garantisce il rispetto del principio di "non discriminazione"¹⁰⁶, assicurando così a tutte le persone, indipendentemente dalla propria identità di genere e/o variazioni del sesso, la possibilità di praticare sport in un ambiente sicuro e privo di discriminazioni. Dunque, non si ha più l'esclusione automatica dalle competizioni in base alla identità di genere e si abbandona, così, il criterio ormonale come fattore dirimente per l'accesso alla competizione agonistica, purché gli atleti soddisfino i criteri di ammissibilità coerenti con il principio di "equità", di cui al par. 4¹⁰⁷, secondo il quale qualora le organizzazioni sportive scelgano di stabilire criteri di ammissibilità per le categorie maschili e femminili in competizione dovrebbero farlo al fine di assicurare che nessun atleta abbia all'interno di una categoria un vantaggio competitivo sleale sproporzionato e che tutti gli atleti possano poter rivendicare la propria identità di genere.

Ecco che nell'ordinamento sportivo, al pari dell'ordinamento generale, diventa preponderante il principio di "autodeterminazione"¹⁰⁸, che nello spazio sportivo si manifesta nella determinazione della "categoria di gara" che più si presta al «riconoscimento identitario autodeterminato»¹⁰⁹ della persona. Ciò induce ad una rivisitazione del rigido binarismo e ad un allineamento, che il C.I.O. effettua, del criterio dell'"autodeterminazione" di genere per il rispetto delle persone *trans*, in aderenza a quanto

¹⁰⁴ *IOC Framework on Fairness, Inclusion and Non-Discrimination on the Basis of Gender Identity and Sex Variations*, in vigore dal 22 novembre 2021.

¹⁰⁵ *IOC Framework on Fairness*, cit., prevede al par. 4 il principio di «Fairness».

¹⁰⁶ *IOC Framework on Fairness*, cit., par. 3. Non-Discrimination: 3.1 Eligibility criteria should be established and implemented fairly and in a manner that does not systematically exclude athletes from competition based upon their gender identity, physical appearance and/or sex variations. 3.2 Provided they meet eligibility criteria that are consistent with principle 4 [Fairness], athletes should be allowed to compete in the category that best aligns with their self-determined gender identity. 3.3 Criteria to determine disproportionate competitive advantage may, at times, require testing of an athlete's performance and physical capacity. However, no athlete should be subject to targeted testing because of, or aimed at determining, their sex, gender identity and/or sex variations.

¹⁰⁷ *IOC Framework on Fairness*, cit., par. 4. Fairness. 4.1 Where sports organisations elect to issue eligibility criteria for men's and women's categories for a given competition, they should do so with a view to: a) Providing confidence that no athlete within a category has an unfair and disproportionate competitive advantage (namely an advantage gained by altering one's body or one that disproportionately exceeds other advantages that exist at elite-level competition); b) preventing a risk to the physical safety of other athletes; and c) preventing athletes from claiming a gender identity different from the one consistently and persistently used, with a view to entering a competition in a given category.

¹⁰⁸ Per una trattazione sul principio di autodeterminazione sia consentito il rinvio ad A. VESTO, *Capacità di autodeterminazione, disagio psichico e rilevanza giuridica dei trattamenti sanitari*, in *Consulta online*, 2022, fasc. II, pp. 422-446.

¹⁰⁹ C.M. REALE e A. TUSELLI, *o.n.c.*, p. 526, ove si pone in rilievo come molto sia cambiato «almeno in linea di principio, rispetto alle *nude parade*: lo spazio sportivo fa proprio il principio di autodeterminazione di genere, rinegoziando, in un certo senso, gli assunti che da sempre lo caratterizzano. Quelle del CIO sono tuttavia delle linee guida, dunque seppur autorevoli, non sono vincolanti per le federazioni sportive internazionali, ma vorrebbero offrire un approccio *principle-based* all'elaborazione dei criteri applicabili per l'accesso alle singole competizioni sportive. [...] Tuttavia, i criteri di accesso stabiliti dalle federazioni dovranno tenere conto degli standard internazionali dei diritti umani, essere basati su evidenze scientifiche robuste ed essere precedute da una consultazione con le atlete».

già previsto in altri ordinamenti¹¹⁰, che così non sono obbligate a sottoporsi ad interventi chirurgici e/o trattamenti ormonali.

Superata l'obbligatorietà dell'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso, seguito da almeno due anni di terapia ormonale, oggi (alla luce altresì della sentenza CEDU di cui, *infra*, par. 3) l'orientamento granitico di esclusione da una gara a causa del livello del testosterone inizia a sgretolarsi e risente di una nuova concezione a tutela dei diritti fondamentali e del riconoscimento della identità di genere dell'atleta¹¹¹.

Ad esempio, si pensi alla Federazione Internazionale di nuoto (FINA) che ha escluso dalle competizioni le atlete *trans* che non hanno iniziato le terapie per la transizione entro i 12 anni; similmente la Federazione Internazionale di Atletica Leggera (World Athletics, ex-IAAF) che a partire dal 31 marzo 2023¹¹² proibisce alle atlete *trans* la competizione agli eventi femminili di atletica leggera e a quelle atlete che abbiano completato la transizione dopo la pubertà le competizioni internazionali femminili, sul presupposto che chi ha trascorso la pubertà sviluppando un corpo maschile non possa gareggiare nelle competizioni femminili, allo scopo di garantire una equità competitiva. Con un ulteriore regolamento¹¹³ si specifica che gli atleti che presentano condizioni congenite, che causano uno sviluppo sessuale atipico («differenze di sviluppo sessuale» o DSD), devono: rispettare il regolamento DSD; cooperare in buona fede con il referente medico e il gruppo di esperti nell'adempimento delle rispettive responsabilità, come previste nel regolamento DSD;

¹¹⁰ «come Argentina, Malta, Norvegia, Danimarca, Irlanda, Lussemburgo e molte altre» (C.M. REALE e A. TUSELLI, *o.n.c.*, p. 527).

¹¹¹ Che nei confronti dell'atleta sussistano «almeno tre *livelli* di valori fondamentali – specificamente almeno quello dell'inclusione, dell'equità e dell'ambiente [...] – come tali riconducibili ad altrettanti soggetti [...] e cioè, rispettivamente, l'atleta inter- e trans-gender, quello cis-gender e, infine, l'atleta, per così dire, “senza aggettivo”. È appena il caso di ricordare – per avviare il discorso dal primo dei livelli appena illustrati – che a chiedere di essere tutelato in capo all'atleta inter- e trans-gender non possa che essere il valore fondamentale dell'inclusione (la maggiore possibile alle condizioni di contesto date), assunto nella sua declinazione non solo, com'è ovvio, *negativa*, di divieto di discriminazione, ma pure, se non soprattutto, *positiva* di garanzia di salute, sicurezza e dignità» [S. AGOSTA, Tra *inclusione* ed *equità*: i diritti dell'atleta transgender alla prova dei valori fondamentali, in *Atti della Accademia Peloritana dei Pericolanti - Classe di Scienze Giuridiche, Economiche, Economiche e Politiche*, voll. 90-91 (2021-22), Anno Accademico XC-XCI, p. 36].

La triade dei valori fondamentali (inclusione, equità ed ambiente) rappresenta una «triplice multiforme espressione del medesimo valore super-costituzionale della dignità della persona umana (che quindi, di essi, rappresenta l'ideale *reductio ad unum*)» (S. AGOSTA, *cit.*, p. 37).

¹¹² Regolamento della World Athletics (WA) «Eligibility Regulations for Transgender Athletes» che, allo scopo di mantenere l'equità per le atlete al di sopra di ogni altra dichiarazione, vieta agli atleti che hanno attraversato la «pubertà maschile» di partecipare alle competizioni di classifiche mondiali femminili. Espressamente il regolamento, muovendo dalla constatazione di una sostanziale differenza di sesso nelle prestazioni sportive che emerge dalla pubertà in poi, prescrive che per poter partecipare ad una competizione mondiale un'atleta transgender deve soddisfare tutte le condizioni previste nel par. 3B «Eligibility conditions for Transgender female Athletes», indicate nelle sezioni: 3.2.1, They must provide a written and signed declaration, in a form satisfactory to the Medical Manager, that their gender identity is female; 3.2.2, They must not have experienced any part of male puberty either beyond Tanner Stage 2 or after age 12 (whichever comes first); 3.2.3, Since puberty they must have continuously maintained the concentration of testosterone in their serum below 2.5 nmol/L; 3.2.4, They must continue to maintain the concentration of testosterone in their serum below 2.5 nmol/L at all times (i.e., whether they are in competition or out of competition) for so long as they wish to retain eligibility to compete in the female classification at World Rankings Competitions and/or have recognised any World Record performance in the female classification at a competition that is not a World Rankings Competition».

¹¹³ Regolamento WA, «Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with differences of sex development)», anch'esso in vigore dal 31 marzo 2023.

sottoporsi a test e monitorare la condizione di DSD, consentendo la divulgazione e l'uso delle proprie informazioni per implementare e applicare i regolamenti DSD in modo efficace ed efficiente¹¹⁴. Il regolamento DSD al par. 3 prevede le condizioni di ammissibilità per gli atleti intersessuali o «rilevanti»¹¹⁵, a seguito della vittoria di una competizione da record nella categoria femminile; in tali casi la persona deve aver mantenuto costantemente la concentrazione di testosterone al di sotto di 2,5 nmol/L per un periodo di almeno 24 mesi e per tutto il tempo in cui desidera “mantenere l'idoneità” a competere nella classifica femminile (cioè sia se gli atleti siano in competizione sia se non gareggino) nelle competizioni World Rankings.

L'evoluzione delineata induce a riflettere ed osservare come le politiche sportive e le regole tecniche si atteggino nel senso di adeguare “la tutela della salute degli atleti” (come prevista dall'art. 2, comma 2, dello Statuto CONI) in linea con quanto definito dall'OMS che fa coincidere la salute (non con l'assenza della malattia ma) con il “benessere”. E a garanzia del principio di non discriminazione il «CONI [...] detta principi contro [...] le discriminazioni basate [...] sul sesso e l'orientamento sessuale e assume e promuove le opportune iniziative contro ogni forma di violenza e discriminazione nello sport» (art. 2, comma 4, dello Statuto CONI). A questo si aggiunge la rilevanza attribuita allo sport sia con il recente intervento di modifica dell'art. 33 cost.¹¹⁶ sia nella acclarata funzione dell'attività sportiva, come già descritta nell'art. 3 del d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, secondo il quale l'esercizio dell'attività sportiva (sia se svolta in forma individuale che collettiva, professionistica o dilettantistica) è libero e deve svolgersi nel perseguimento di obiettivi che fanno emergere la centralità della persona e dei suoi diritti, in merito ai quali lo sport diventa «strumento di miglioramento della qualità della vita e di tutela della salute, nonché quale mezzo di coesione territoriale»¹¹⁷. Altresì l'attività sportiva è promozionale

¹¹⁴ Tali condizioni sono previste nel regolamento citato nella precedente nota, definito anche regolamento DSD, all'interno del par. 2, «Eligibility».

¹¹⁵ Regolamento Eligibility Regulations for the Female, cit., par. 3, Eligibility Conditions for Relevant Athletes. Le sezioni all'interno di questo paragrafo prevedono:

3.1 A “Relevant Athlete” is an Athlete who meets each of the following three criteria: 3.1.1 they have one of the following DSDs: 3.1.1.1 5 α -reductase type 2 deficiency; 3.1.1.2 partial androgen insensitivity syndrome (aka PAIS); 3.1.1.3 17 β -hydroxysteroid dehydrogenase type 3 (17 β -HSD3) deficiency; 3.1.1.4 ovotesticular DSD; or 3.1.1.5 any other genetic disorder involving disordered gonadal steroidogenesis; and 3.1.2 as a result, they have a concentration of testosterone of 2.5 nmol/L or more in their serum; and 3.1.3 they have sufficient androgen sensitivity for that testosterone to have a material androgenising effect.

3.2 To be eligible to compete in the female classification at a World Rankings Competition, and/or to have recognised any World Record performance in a competition that is not a World Rankings Competition, a Relevant Athlete must meet each of the following conditions (the “DSD Eligibility Conditions”): 3.2.1 they must be recognised at law (for example, in a birth certificate or passport) either as female or as intersex; 3.2.2 they must have continuously maintained the concentration of testosterone in their serum below 2.5 nmol/L for a period of at least 24 months; and 3.2.3 they must continue to maintain the concentration of testosterone in their serum below 2.5 nmol/L at all times (i.e., whether they are in competition or out of competition) for so long as they wish to retain eligibility to compete in the female classification at World Rankings Competitions and/or to have recognised any World Record performance in the female classification at a competition that is not a World Rankings Competition.

¹¹⁶ L'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 26 settembre 2023 [«Modifica all'articolo 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva», in G.U. del 7 ottobre 2023, n. 235] introduce un ultimo comma all'art. 33 cost., a tenore del quale «La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme». Il provvedimento entra in vigore il 22 ottobre 2023 ed inserisce a tutti gli effetti lo “sport” nella Costituzione italiana.

¹¹⁷ Art. 3, comma secondo, lett. a), d.lgs. n. 36 del 2021.

all'«acquisizione di stili di vita corretti e funzionali all'inclusione sociale, alla promozione della salute, nonché al miglioramento [...] del benessere psico-fisico sia nelle persone sane sia nelle persone affette da patologie»¹¹⁸, incentivando «la pratica sportiva dei cittadini con disabilità»¹¹⁹, garantendone l'accesso alle infrastrutture sportive, quale misura volta ad assicurarne il pieno inserimento nella società civile»¹²⁰, proteggendo «la salute e la sicurezza di coloro che partecipano ad attività sportive, in particolare modo i minori»¹²¹.

È con la legge costituzionale n. 1 del 26 settembre 2023 che la Costituzione italiana riconosce il valore “educativo”, “sociale” e di “promozione del benessere psicofisico” dell'attività sportiva in tutte le sue forme: dilettantistiche, professionistiche, paralimpiche.

È indubbio come quest'intervento abbia, di fatto, più che introdotto un elemento di novità, esplicitato una tutela che già rinveniva la propria linfa vitale nei principi fondamentali della Costituzione. Nel silenzio della legge, infatti, non può attribuirsi alla previgente mancata previsione un significato volto ad escludere tutela costituzionale al diritto allo sport, sebbene così possa apparire considerando la temperie culturale su cui è sorto il 16 marzo del 1942 il codice civile. La dottrina dell'epoca, mostrando prevalenti tendenze moderate rispetto a spinte audacemente riformatrici, si poneva verso i diritti dell'uomo in termini di protezione (più che di loro fondazione)¹²² e, viceversa, nei riguardi della individuazione degli elementi caratterizzanti l'ordinamento giuridico in generale, avviava un approfondimento di tali elementi come ricostruiti dalla teorica di Santi Romano. Così si individuano nella plurisoggettività, nell'organizzazione e nella normazione propria¹²³ degli indici di riconoscimento dell'organizzazione sportiva, sia internazionale che nazionale. Con tale impostazione Massimo Severo Giannini delinea le relazioni esistenti tra l'ordinamento sportivo e quello statale, pur nella consapevolezza della centralità dell'ordinamento statale, e focalizzando l'attenzione sulle fattispecie che potevano presentarsi come reato, nonché su quelle che creavano delle conflittualità tra le norme statali e quelle sportive.

Da qui la genesi della prospettiva che attribuisce al fenomeno sportivo una natura atipica o “a-giuridica”, come se il fenomeno delle attività sportive fosse un fenomeno pre-giuridico¹²⁴, che come tale però rinveniva nel retroterra culturale (prima ancora che

¹¹⁸ Art. 3, comma secondo, lett. b), d.lgs. n. 36 del 2021.

¹¹⁹ La diffusione dell'idea paralimpica e il più proficuo avviamento della pratica sportiva delle persone disabili sono garantiti dal Comitato Italiano Paralimpico (CIP), ente pubblico riconosciuto dal Comitato Paralimpico Internazionale. Il CIP ha il compito di riconoscere le organizzazioni sportive nazionali (Federazioni Sportive Paralimpiche) poste al vertice di una disciplina sportiva paralimpica o a un gruppo di discipline paralimpiche affini. Cfr. altresì Titolo VI «Disposizioni in materia di pari opportunità per le persone», d.lgs. n. 36 del 2021, Capo I «Gruppi sportivi dei corpi civili dello Stato», artt. 43-46 (Sezione Paralimpica Fiamme Azzurre; Tesseramento e reclutamento di atleti paralimpici da parte dei gruppi sportivi della Polizia di Stato-Fiamme Oro; Tesseramento e reclutamento di atleti paralimpici nelle componenti sportive del Corpo nazionale dei vigili del fuoco) e Capo II «Gruppi sportivi militari», artt. 47-49 (Tesseramento degli atleti con disabilità fisiche e sensoriali con il Gruppo Sportivo Paralimpico del Ministero della difesa; Tesseramento degli atleti con disabilità fisiche e sensoriali con la «Sezione Paralimpica Fiamme Gialle»).

¹²⁰ Art. 3, comma secondo, lett. f), d.lgs. n. 36 del 2021.

¹²¹ Art. 3, comma secondo, lett. g), d.lgs. n. 36 del 2021.

¹²² Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 1988.

¹²³ Il riferimento è a M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1949, p. 10 ss.

¹²⁴ Ciò viene anche evidenziato nei lavori del progetto di legge costituzionale: «[...] la scelta del verbo “**riconosce**” richiama, all'evidenza, la formula linguistica dell'articolo 2 della Carta, lasciando trasparire la visione dell'attività sportiva come realtà “pre-esistente”, in qualche senso “pre-giuridica”, di cui la Repubblica

giuridico) centro gravitazionale. Con il tempo la logica del sistema impone una diversa comprensione del fenomeno dello sport unitamente alla storia, alla sociologia, all'antropologia e, soprattutto, alle indicazioni sistematiche che scaturivano dal testo costituzionale¹²⁵. Difatti, nonostante il silenzio normativo, la costituzionalizzazione del fenomeno sportivo¹²⁶ non è mai stata messa in dubbio, giacché l'attività sportiva finisce per coinvolgere altre disposizioni che implicitamente già si riferivano allo sport: artt. 2, 3 e 18 cost. La Costituzione conferisce un rilievo significativo ai “gruppi intermedi”, secondo la nota costruzione elaborata da Mortati¹²⁷ e l'impostazione di Franco Modugno, per il quale le formazioni sociali si pongono come momento ed espressione di “libertà nello Stato”, in una virtuosa dialettica con l'ordinamento generale, poiché tale ordinamento rinuncia alla regolazione di determinati settori che, nell'ottica pluralistica e con un processo di confronto-integrazione, vengono rimessi all'autonomia delle singole formazioni sociali¹²⁸.

Del resto non sussistono dubbi sul fatto che questa sia la struttura pluralistica della Costituzione, come è stato altresì confermato dalla Corte costituzionale, che con la sentenza n. 384 del 2003 ha evidenziato che la formazione sociale rappresenta una importantissima garanzia a tutela e realizzazione della personalità umana, nei vari settori in cui viene ad estrinsecarsi, soprattutto nelle garanzie delle libertà costituzionali¹²⁹. In tale direzione imprescindibile è il richiamo a quanto espresso dalla Corte costituzionale con la sentenza del 25 giugno 2019, n. 160¹³⁰ (in continuità con quanto espresso dalla Corte nel 2011 con la sentenza n. 49). Nello specifico la Corte dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, lett. b), e 2, del d.l. n. 220 del 2003, rileva che, nel quadro della struttura pluralista della Costituzione, anche il sistema dell'organizzazione sportiva trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, come singolo ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (ex art. 2 cost.), assicurando al singolo il diritto di associarsi liberamente per fini non vietati dalla legge penale (art. 18 cost.). Emerge, dunque, come l'autonomia della regolamentazione statale del sistema sportivo si debba mantenere

è chiamata a prendere atto, offrendole al contempo tutela e promozione» (Dossier 20 aprile 2022, *Modifica all'articolo 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva*, A.C. 3531 cost. e abb., p. 4).

¹²⁵ In tal senso: F. MODUGNO, (voce) *Pluralismo degli ordinamenti giuridici*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 1-58, ove l'a. pone in luce come gli ordinamenti particolari non possano contenere norme contrastanti con quelle dell'ordinamento generale, giacché «quanto più l'ordinamento generale è ispirato al criterio democratico e pluralistico (come il nostro: v. soprattutto art. 2 cost.), tanto più la sussistenza di ordinamenti particolari nel proprio ambito è indice e garanzia della sua stessa realizzazione concreta. I virtuali conflitti tra norme di ordinamenti diversi tra loro e nei confronti di quelle statali sono risolti, non già attraverso la prevalenza imperativa delle norme statali bensì attraverso il contemperamento e il coordinamento fra di esse, secondo i diversi settori di competenza» (cit., p. 58).

¹²⁶ Che lo sport rappresenti una formazione sociale, espressione di un diritto inviolabile, cfr. G. GUARINO, *Lo sport quale «formazione sociale» di carattere sovranazionale*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, pp. 347-358. Difatti, mentre antecedentemente all'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana lo sport costituiva un “ordinamento derivato”, legittimato a svolgere tale ruolo dall'ordinamento statale ma secondo una logica di “assorbimento”, con l'entrata in vigore dell'art. 2 cost., invece, la teoria delle formazioni sociali valorizza l'autonomia dell'ordinamento sportivo in quanto anch'esso ordinamento originario (anche se non sovrano) e che, pertanto, come tale va confrontato e coordinato con l'ordinamento mondiale e nazionale dello sport.

¹²⁷ C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Roma, 1971.

¹²⁸ F. MODUGNO, (voce) *Pluralismo degli ordinamenti giuridici*, cit.

¹²⁹ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Padova, 2003.

¹³⁰ In *cortecostituzionale.it*.

nei limiti di un bilanciamento ragionevole che tenga in debito conto il riconoscimento delle altre garanzie costituzionali e il principio di effettività della tutela giurisdizionale (ex artt. 24, 103, 113 Cost.).

3. *Agonismo sportivo e discriminazioni per ragioni sessuali e di identità di genere. Lo sport come diritto fondamentale della persona*

Dai recenti sviluppi della giurisprudenza di Strasburgo e delle ultime Olimpiadi¹³¹ si elevano le riflessioni che coinvolgono direttamente le atlete intersessuali ma i cui ragionamenti possono applicarsi anche alle atlete *trans*, sul presupposto che in entrambi i casi si realizzi un comportamento discriminatorio¹³².

Come detto, il caso Semenya ha destato un intenso clamore mediatico, che da ultimo è stato recentemente accentuato con l'intervento della CEDU in tema di discriminazioni di genere nei confronti di atleti di livello internazionale¹³³. Con questa decisione la Corte ha evidenziato come fosse stato negato alla campionessa olimpica la possibilità di reagire alla discriminazione subita da parte della Corte di arbitrato per lo sport e della Corte suprema svizzera¹³⁴. Le ripercussioni sono notevoli giacché, nonostante la sentenza CEDU sia stata a favore dell'atleta, Semenya non ha potuto partecipare ai Giochi olimpici di Tokyo e di Parigi¹³⁵. Tuttavia le recenti Olimpiadi hanno ammesso nelle competizioni le pugili Imane Khelif e Lin Yu-ting anch'esse affette da iperandrogenismo¹³⁶. La partecipazione delle pugilesse ha destato molto scalpore in quanto le stesse solo un anno prima sono risultate inidonee al test di idoneità di genere, secondo i criteri per l'accesso alle categorie femminili previsti dall'IBA, e dunque non sono state ammesse ai Mondiali 2023; viceversa per il

¹³¹ La XXXIII edizione dei Giochi olimpici si è svolta a Parigi dal 26 luglio all'11 agosto 2024 mentre le Paralimpiadi di Parigi si sono svolte dal 28 agosto all'8 settembre 2024.

¹³² Per quanto riguarda, in termini generali, le discriminazioni nei confronti della persona intersessuale si rimanda al contributo di A. LORENZETTI, *Le persone intersex nel diritto antidiscriminatorio: fra vuoti normativi e necessità di protezione*, in M. PELISSERO e A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, 2022, pp. 163-175. Il bilanciamento tra le opposte posizioni deve svolgersi «riconoscendo l'indissolubilità dell'endiadi tra *ragionevolezza* e *bilanciamento* [...] così] scongiura[ndo] i pericoli sia della *cecità della mera susunzione* [...] sia della *tirannia dei valori*» (G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, 3, p. 717, corsivi autentici, e cfr. ID., *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit.).

¹³³ CEDU, sez. III, sent. 11 luglio 2023, ric. n. 10934/21, in *dirittifondamentali.it*.

¹³⁴ La Corte suprema svizzera ha, infatti, confermato la decisione del Tribunale arbitrale dello sport (CAS) di Losanna, la quale a sua volta convalidava un regolamento della Federazione Internazionale di Atletica Leggera (World Athletics, WA, ex-IAAF), così obbligando l'atleta a cure ormonali per partecipare ai Giochi olimpionici. È da precisare come Semenya non abbia chiesto alcuna somma a titolo di risarcimento danni ma, ciononostante, la CEDU ha condannato la Svizzera al pagamento di una determinata somma.

¹³⁵ Si fa presente che l'udienza successiva, causa *Semenya v. Svizzera* (ricorso n. 10934/21), si è svolta il 15 maggio 2024 ed il testo della decisione e la registrazione dell'udienza sono visibili sul sito *ecbr.coe.int*. La Corte europea si è riunita presso la Grande Camera e dopo l'udienza ha iniziato le sue deliberazioni a porte chiuse; la decisione verrà presa in una fase successiva.

¹³⁶ Particolare attenzione ha destato la performance della pugilessa algerina Imane Khelif, la quale ha vinto la competizione di pugilato contro la sua avversaria italiana (Angela Carini) in 46 secondi e poi ha vinto l'oro olimpico. Cfr., *supra*, par. 1, e, *infra*, le conclusioni.

Sul punto si rimanda, altresì, alle riflessioni di A. MARCHESE, *Competizioni sportive e principio di non discriminazione*, cit., par. 2.

C.I.O. le atlete sono state ritenute idonee per le gare di boxe nella competizione femminile dei giochi olimpici di Parigi.

Ritornando a Semenya, la Corte EDU interviene non sul regolamento della World Athletics, invalidandolo, bensì riconoscendo come la Svizzera (dove ha sede la WA) abbia oltrepassato il limitato margine di apprezzamento e così violato i diritti di Semenya, coinvolgendo la sfera privata ed intima dell'atleta, costretta ad abbandonare le gare nel 2019. Di qui il riconoscimento, a parer della CEDU, della violazione del divieto di discriminazione in combinato disposto con il diritto al rispetto della vita privata e ad un ricorso effettivo.

Dalle parole della Corte, che ha messo a raffronto la situazione di Semenya con quella delle altre atlete, emerge nitidamente come l'atleta sudafricana fosse stata destinataria di un "atto discriminatorio", di un trattamento diverso rispetto a quello riservato alle altre atlete che, di fatto, ha determinato la sua esclusione dalle gare; così facendo la Svizzera ha, pertanto, realizzato una discriminazione ai danni dell'atleta, violando l'art. 14 della CEDU, relativo al divieto di discriminazione, l'art. 8 CEDU, che tutela il diritto alla riservatezza, nonché l'art. 13 CEDU, venendo meno il diritto ad un ricorso effettivo, giacché nei confronti degli sportivi professionisti la tutela giudiziaria appare più invasiva e più ristretta rispetto all'applicabilità dei principi fondamentali, dal momento che la pronuncia del CAS non si è uniformata ai principi della giurisprudenza della Corte ed inoltre i Tribunali aditi rinnegando la violazione del principio di «non discriminazione» hanno privato l'atleta delle adeguate garanzie istituzionali per proporre un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU.

Come confermato dalla giurisprudenza appena citata, la costruzione della "persona"¹³⁷ in chiave egualitaria e solidaristica ha agevolato il processo di valorizzazione dell'attività sportiva che ha ricevuto espresso riconoscimento nella Costituzione; il valore educativo ed inclusivo dello sport si manifesta ancor di più nel contesto internazionale: nei giochi e nelle gare olimpioniche ove contribuisce a realizzare l'integrazione delle singole personalità, in una prospettiva di tutela e valorizzazione dei diritti collettivi. È innegabile che l'attività sportiva contribuisca alla diffusione dei valori della solidarietà, della reciprocità, del rispetto e dell'osservanza delle regole, svolgendo così una funzione "educativa" e socializzante al pari della famiglia. In tale ottica va visto l'inserimento dello sport all'interno dell'art. 33 cost.¹³⁸, in quanto pensato e riconosciuto come momento di integrazione sociale, oltre che di espressione di benessere psico-fisico e, quindi, di tutela della salute ai sensi dell'art. 32 cost.

Il 26 settembre 2023 è stata approvata definitivamente, in seconda deliberazione dal Senato con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dei senatori Iannone ed altri¹³⁹ che con legge cost. n. 1 del 2023 ha aggiunto un ultimo comma all'art. 33 cost., secondo cui «La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme». Con questa esplicita previsione, pertanto, il contenuto assiologico dell'attività sportiva si declina su tre direttrici (valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico) che si pongono tra loro «[...]non in rapporto gerarchico, bensì

¹³⁷ Cfr. G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, n. 6, pp. 829-835.

¹³⁸ Tra i primi commenti, M. DI MASI, *Dall'etica alla costituzionalizzazione dello sport. Brevi note sulla riforma dell'articolo 33 della Costituzione*, in *federalismi.it*, 6 settembre 2023, fasc. 22, pp. 124-134.

¹³⁹ Vedi l'iter ed i lavori preparatori del disegno di legge 13-B in *camera.it*, Atto Camera: 715-B.

equiordinato e complementare»¹⁴⁰; inoltre la Costituzione riconosce espressamente il “valore” dello sport ma non determina quali siano le modalità di attuazione di tale diritto. Questa sarà una responsabilità dell’ordinamento civile e sportivo, della classe dirigente e di quella politica, ma soprattutto dell’ordinamento sportivo che deve trasformare ed assicurare il riconoscimento del “valore” dello sport in un diritto da garantire a tutti, partendo dalle persone in difficoltà, dalle periferie urbane e sociali. La gestione e la conformità della realizzazione di tale diritto, alla luce di una interpretazione che riconosce i diritti inviolabili dell’uomo, diventa funzionale alla promozione e attuazione della “unitarietà del valore della persona” e del riconoscimento della sua personalità quale valore dell’ordinamento giuridico (civile, sportivo, religioso, etc.).

Attraverso la specificazione dell’art. 33 cost. trapela, pertanto, come l’aggregazione umana sportiva trovi esplicito riconoscimento e formale legittimazione come “formazione sociale” ben oltre la previsione contenuta nell’art. 2 cost., alla stessa stregua di altri precedenti riconoscimenti che nel tempo hanno coinvolto istituti fondamentali come la famiglia, ex art. 29 cost., società naturale fondata sul matrimonio, con la conseguenziale interpretazione teorico-pratica, per cui le realtà familiari diverse da quelle di tipo eterosessuale possono trovare sostanziale riconoscimento (solo) nella previsione delle formazioni sociali genericamente intese dall’art. 2 cost., che come tali sono funzionalmente preordinate a favorire lo sviluppo della personalità umana.

L’art. 33 cost., con l’espressa previsione, ha voluto non solo confermare il riconoscimento giuridico delle aggregazioni umane sportive associative - ex artt. 2, 18 e 32 cost. - ma soprattutto conferire allo sport una valenza programmatica che, però, si potrà raggiungere solo con il coinvolgimento delle istituzioni a ciò preposte. Tale previsione, difatti, non era necessaria¹⁴¹ ma al suo interno enfatizza il riconoscimento delle attività sportive individuali atte a sviluppare un’attività fisica protesa al benessere psicofisico, cosicché si riconosce espressamente che lo sport sia quella formazione sociale costituzionalmente garantita non solo dall’art. 2 cost., nella valorizzazione dei diritti fondamentali della persona in relazione ai suoi specifici bisogni anche esistenziali, ma soprattutto nelle modalità di attuazione di tali diritti connessi allo svolgimento delle attività sportive.

La nuova previsione fa perno sul momento del riconoscimento («La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell’attività sportiva in tutte le sue forme») rispetto a quello della garanzia, che trova pieno riscontro nella formulazione di cui all’art. 2 cost. («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo [...]»), in una dialettica di mutua integrazione da cui si arguisce che le tre direttrici assiologiche contenute nell’art. 33 cost. devono essere tutelate in tutte le modalità possibili, sia se in forma associativa che individuale, se per finalità competitive agonistiche o dilettantistiche, oppure paralitiche. Il riconoscimento del preesistente valore dello sport enfatizza l’impegno della Repubblica nella promozione e nelle politiche di incentivazione, nella tutela e nelle logiche che favoriscono l’accesso dell’attività sportiva in tutte le sue manifestazioni: sport amatoriale, dilettantistico, professionistico, paralimpico, ma poi sarà compito dello Stato favorire economicamente tali attività.

¹⁴⁰ Testualmente i lavori al progetto di legge, cfr. Dossier 20 aprile 2022, *Modifica all’articolo 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva*, cit., p. 5.

¹⁴¹ Difatti anche prima non si escludeva una interpretazione dello sport conforme alla Costituzione ed ai suoi principi fondamentali. Cfr. T.E. FROSINI, *La dimensione costituzionale dello sport*, in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2021, fasc. 2, pp. 240-249.

Difatti il riconoscimento costituirebbe lettera morta se le varie organizzazioni non potessero autonomamente (ma non arbitrariamente) disciplinarne le attività. La connessione verticale tra le organizzazioni sportive, a sua volta, mette in evidenza come le aggregazioni umane sportive possono essere favorite e valorizzate da entità minori, più prossime ai cittadini, come le Federazioni, che per mezzo dell'autonomia che le contraddistingue possono estrinsecare le proprie funzioni educative, culturali, arginando prevaricazioni verticali. La tutela di tale condizione deriva dalla circostanza che il fenomeno sportivo, una volta riconosciutane la rilevanza giuridica, va inteso come fenomeno di "autogoverno" della comunità sottesa: la formazione sociale composta dai tesserati e dagli organi sportivi manifesta una "autonomia" che deriva dalla normazione di settore ma che giammai può spingersi fino ad annullare il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, la cui realizzazione costituisce la matrice valoriale della nostra Costituzione e del pluralismo degli ordinamenti giuridici che realizzano (o meglio *devono* realizzare), di fatto, una promozione del principio personalistico¹⁴² all'interno delle singole formazioni sociali. In tal senso, in conformità con il testo introdotto nella Costituzione, appare naturale attribuire allo sport una funzione "socializzante", "educativa" e "promozionale della salute umana"; così *riconoscendo* che lo sport è un diritto inviolabile, un diritto fondamentale della persona. Come già rilevato, l'effettività implicita di tale funzione invero era già intuibile prima della introduzione di cui all'art. 33 cost.; ma la differenza risiede nel fatto che attraverso tale formale riconoscimento si stabilisce la rilevanza del fenomeno sportivo anche nella sua dimensione individuale. Mentre spetterà al Legislatore e al Governo rendere effettivo tale diritto, garantendone l'accesso alle condizioni economiche più agevolative o che comunque non mettano in risalto le differenti condizioni economiche delle persone, soprattutto nei presupposti fisiologici e organizzativi che caratterizzano alcune Regioni rispetto ad altre. L'accesso allo sport non può essere una modalità garantita solo per i più abbienti ma deve poter estendersi alla popolazione intera, attraverso un intervento nazionale e/o regionale capace di compensare la depressione di alcune aree rispetto ad altre, diversamente la riforma rimarrà per questo versante inattuata.

4. *Conclusioni. Dalla logica binaria ad un possibile accesso algoritmico alle competizioni agonistiche. "Ius" e "stato di natura" nel campo d'indagine delle differenze biologiche che "resistono" al depotenziamento ormonale: certezza giuridica, equità, strategie di gara e recenti approdi della normativa di settore*

A parer di alcuni studi, si rileva una differenza di genere degli atleti *trans* o *intersex*, la quale è causa di un vantaggio biologico che in alcuni ambiti, come nello sport e nella medicina, tende a non affievolirsi, giacché la forza della muscolatura rimane quella geneticamente determinata¹⁴³.

¹⁴² In tale direzione del resto già G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 63, ove si legge che «i diritti inviolabili della persona non possono non costituire un condizionamento anche per gli ordinamenti infrastatali, dato che lo Stato non può mai abdicare al compito primario, assegnatogli dalla Costituzione, di tutelare questi diritti persino in presenza di ordinamenti siffatti».

¹⁴³ Sul punto cfr. V. GAROFALO e A.E. CALOGERO, *Donne transgender nello sport*, cit., pp. 55-61. Gli autori analizzano nelle atlete *trans* sia gli effetti biologici e fisiologici dei cambiamenti indotti dalla terapia ormonale di affermazione di genere (c.d. GAHT, che nelle donne transgender determinano una serie di modifiche fisiologiche in grado di influenzarne le prestazioni fisiche) sia gli effetti irreversibili del testosterone, cioè di come le capacità fisiche e atletiche delle donne transgender possano essere determinanti anche dopo la terapia

Certe caratteristiche fenotipiche rimangono inalterate per tutta la vita del soggetto e non mutano con la fluttuazione della identità di genere e, pertanto, secondo alcuni non sarebbe errato compensare tali differenze con strumenti algoritmici (creati dalla interazione di fattori fisiologici e sociali)¹⁴⁴ ritenuti capaci di conciliare la “continuità” biologica (che sembra prevalere nelle competizioni sportive e nelle profilassi mediche) e la “discontinuità giuridica”¹⁴⁵, come rappresentata dalla rettificazione accolta e legittimata dal procedimento giurisdizionale e amministrativo, superando così la tradizionale logica binaria.

L’algoritmo, però, tenendo conto di alcuni fattori (emoglobina, età della transizione, livelli di testosterone, altezza, peso etc.) potrebbe continuare a far prevalere il binarismo

ormonale di transizione. Dall’analisi emerge come non si possa far dipendere solo dalla riduzione del livello del testosterone la trattazione della questione ma come l’interrogativo preponderante sia l’incidenza della resistenza (*rectius* persistenza) muscolare dopo la transizione di genere. Gli autori, infatti, osservano come esistano «[e]ffetti permanenti del testosterone sulla fisiologia maschile [...] difficilmente modificabili mediante GAHT. Le differenze di sesso permanenti che influenzano le prestazioni atletiche riguardano il sistema nervoso, la struttura scheletrica e l’apparato cardiorespiratorio» (cit., p. 58). Difatti, mentre gli «effetti del testosterone su capacità aerobica, massa e forza muscolare sono considerati reversibili poiché influenzati dalle concentrazioni di testosterone circolante [...] fin dalla nascita iniziano le differenze nel cervello tra i sessi dovute ai picchi di testosterone nel periodo pre- e post-natale che determinano [...] differenze anatomiche e diverse connessioni tra le reti cerebrali [; infatti] il cervello maschile possiede una maggiore interconnettività in quelle regioni attribuite [...] all’elaborazione spaziale uditiva/visiva» (cit., p. 58). Secondo gli autori, infatti, la dominanza biologica maschile «non mostra alcuna diminuzione nelle donne transgender dopo 12 mesi di terapia estrogenica, mentre si riscontra una diminuzione della propensione alla rabbia e all’aggressività [; inoltre le] modifiche alla struttura scheletrica non subiscono variazioni in seguito ai cambiamenti dei livelli di testosterone indotti dalla GAHT, come evidenziato da studi condotti su donne transgender, i quali dimostrano che la terapia estrogenica a lungo termine non causa perdita di massa ossea» (cit., p. 59). A parer degli autori, infatti, le previsioni previste dal C.I.O. (che consentono alle atlete transgender di gareggiare se i livelli di testosterone sono minori di 10 nmol/L per almeno 12 mesi prima della competizione) non tengono conto «delle differenze anatomiche che non risentono dell’abbassamento del testosterone in seguito a GAHT, poiché determinate durante lo sviluppo fetale e nei primi anni di vita. Inoltre, i livelli di testosterone stabiliti dal CIO, oltre ad essere superiori rispetto ai normali range delle donne cisgender, difficilmente sono raggiunti in modo continuativo dalle donne transgender, a causa delle difficoltà riscontrate durante la GAHT, quali aderenza alla terapia, composizione corporea ed effetti collaterali» (cit., p. 59). Dunque, nelle considerazioni conclusive gli autori biasimano la circostanza che allo stato attuale vengano «considerati solo i livelli di testosterone come parametro per l’inclusione delle donne transgender in competizioni sportive, non considerando le possibili differenze in termini di altri androgeni e ormoni (DHT, DHEAS, androstenedione, GH) e altri fattori non ormonali (cromosoma Y, recettore per gli androgeni) che potrebbero avere un ruolo nelle differenze tra donne trans- e cisgender. Le donne transgender presentano vantaggi soprattutto negli sport di potenza e resistenza. Tuttavia, altri sport come la ginnastica artistica, la danza e l’equitazione risultano svantaggiosi. Nonostante la struttura scheletrica più compatta e resistente, le maggiori dimensioni del cuore e dei polmoni e le differenti strutture cerebrali, le donne transgender devono fare i conti con la minor massa muscolare, i livelli di emoglobina ridotti e la minor aggressività che la riduzione dei livelli di testosterone comporta. [...] Tra le possibili soluzioni proposte vi sarebbe quella di dividere le varie categorie sportive non in base al binarismo di genere (maschio/femmina), ma attraverso un algoritmo simile a quello utilizzato nelle paraolimpiadi. L’algoritmo proposto sarebbe adattato ai singoli sport e terrebbe conto di una serie di fattori fisiologici e sociali che influiscono sulla funzione atletica (altezza, peso, livelli di emoglobina, VO₂ max, età della transizione, livelli di testosterone, presenza o meno dei testicoli). Essendo applicato a tutti gli atleti, l’algoritmo risulterebbe equo e inclusivo» (cit., p. 60).

¹⁴⁴ In tali termini, V. GAROFALO e A.E. CALOGERO, *o.u.c.*, p. 60 (vedi parte finale della nota che precede).

¹⁴⁵ La terminologia adoperata, seppur nella specifica contingenza della fattispecie, richiama l’insegnamento e l’approccio culturale di Salvatore Pugliatti, che attraverso i suoi scritti ha dimostrato di essere antesignano per la promozione di idee, teorie e metodologie giuridiche. Specificamente S. PUGLIATTI [*Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 87] afferma che «l’ordinamento giuridico rappresenta la concretezza storica, e quindi il continuo mobile, mentre il sistema normativo [...] rappresenta il discontinuo astratto».

delle due categorie sessuali, in modo rigido e senza contemplare la specificità del caso concreto.

L'ordinamento, nelle declinazioni osservate (tra cui, formazioni sociali familiari, ordinamento sportivo e scolastico), mostra di preservare un approccio binario che ostacola l'introduzione di "un terzo genere" a meno che subentri un intervento legislativo di sistema¹⁴⁶. Ma a prescindere da ciò, la questione è di carattere generale - soprattutto con riferimento alle formazioni sociali familiari e alle pregresse situazioni giuridiche acquisite con il precedente sesso, stante il predominio della *lex* - in quanto il diritto deve occuparsi di queste vicende, per tendere ad un equilibrio tra le opposte posizioni, analizzando se e come eventuali effetti permanenti del testosterone cagionino una discriminazione, anche in caso di intervento chirurgico degli organi sessuali e di profilassi farmacologica e se, dunque, ciò leda la *chance* dei competitors *cisgender*¹⁴⁷.

Senza sottovalutare come la discrezionalità delle Federazioni (nei termini in cui è stato evidenziato nel par. 2), nell'ammettere alle competizioni anche coloro che invece potrebbero essere esclusi¹⁴⁸ secondo direttive internazionali e nazionali, possa nascondere una strategia economica di marketing, pensata unicamente per conquistare risultati difficilmente raggiungibili dalle atlete *cisgender* e, pertanto, nascondere un proposito meno nobile rispetto a quello di garantire e tutelare i diritti fondamentali dell'uomo all'interno delle formazioni sociali. Sono tanti, pertanto, gli aspetti della questione, la quale nella sua complessità fa emergere il contrasto esistente tra il "diritto" o "*ius*" (come efficacemente analizzato da Aldo Schiavone¹⁴⁹), che attribuisce rilevanza alla nuova identità di genere, e lo "stato di natura" che, invece, fa resistere le differenze biologiche e genera ampi dibattiti specie nei contesti agonistici. Il conflitto tra "*lex*" e "*ius*" può generare, soprattutto nei confronti di chi si ferma al dato letterale della norma, un atteggiamento di "disincanto" per il diritto ricostruito secondo l'autoreferenzialità della legge e la sua supina accettazione da parte dei consociati, destinati a subire una vera e propria "tirannia della legge (specie se) ingiusta"¹⁵⁰. Disincanto che il giurista sensibile ai temi dei diritti fondamentali può superare

¹⁴⁶ Così Corte cost., 23 luglio 2024, n. 143, in *Diritto & Giustizia*, 2024, 23 luglio: «Vanno dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso) nella parte in cui non prevede che quello assegnato con la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso possa essere un "altro sesso", diverso dal maschile e dal femminile, atteso che l'eventuale introduzione di un terzo genere di stato civile avrebbe un impatto generale, che postula necessariamente un intervento legislativo di sistema, nei vari settori dell'ordinamento e per i numerosi istituti attualmente regolati con logica binaria».

¹⁴⁷ Quando invece forse sarebbe più opportuno indagare se il transgender non riceva (più che un vantaggio) uno svantaggio dalla corporatura biologica anche in considerazione del fatto che le «donne transgender devono fare i conti con la minor massa muscolare, i livelli di emoglobina ridotti e la minor aggressività che la riduzione dei livelli di testosterone comporta» (V. GAROFALO e A.E. CALOGERO, *Donne transgender nello sport*, cit., p. 60).

¹⁴⁸ Si pensi al caso già citato della sollevatrice neozelandese Laurel Hubbard (v. *supra*, par. 1 e nt. 56) e tra gli articoli pubblicati vedi C. SISTI, *Lauren Hubbard, prima atleta olimpica transgender, è stata eliminata ma il suo messaggio è potentissimo*, in *elle.com*, 4 agosto 2021.

¹⁴⁹ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017.

¹⁵⁰ Intendendo per tale la legge che non ammette eccezioni, la legge che predomina e non consente alcun bilanciamento con gli interessi fondamentali, facendo rimanere in capo al cittadino il dilemma se rispettarla o disattenderla come avvenuto nella tragedia di Sofocle attraverso la scelta di Antigone di rimanere fedele all'etica, alla famiglia, alle leggi non scritte piuttosto che al decreto di Creonte. In altri termini, tutto ciò che è arbitrario (legge ma anche autonomia sportiva) può portare alla sfiducia del cittadino che si sente obbligato all'osservanza di precetti sproporzionati e lesivi, oltre ogni ragionevolezza, dei propri diritti. Invece attraverso lo strumento della ragionevolezza si supera il razionalismo e l'interprete è accompagnato ad eseguire un

attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata che tiene in considerazione gli interessi meritevoli di tutela. Tale disincanto è stato ironicamente delineato, in modo antesignano, da Filippo Vassalli che, nella Roma occupata dai tedeschi, definisce l'avvilimento in cui è caduto il diritto come «il tramonto sanguigno della nostra civiltà»¹⁵¹. Riconoscere la funzione dello “*ius*” significa osservare ed indagare la ragione giustificativa del diritto positivo che non può ridursi ad una riproduzione “disincantata” di una ideologia economica o dogmatica ma - come insegnato da autorevole dottrina - l'interprete deve tener conto delle mutevoli vicende ed esigenze della persona attraverso un «diritto veramente vivo e vigente»¹⁵² e in rapporto dialogico con gli interessi emergenti e la filosofia di vita della persona, nella prospettiva unitaria del sistema ordinamentale, giacché «Ordinamento è il *cosmo secolare del diritto*, la sola unità concessa alle decisioni normative»¹⁵³. Come autorevolmente posto in luce «il giurista deve considerare il complesso dell'ordine giuridico non già staticamente come un'ossatura fossilizzata o come una formazione graduale di cristalli, della quale si tratti solo di mettere in luce e allo scoperto le successive stratificazioni, ma dinamicamente come una viva e operante concatenazione produttiva (per dirla con Dilthey), come un organismo in perenne movimento, che, immergendosi nel mondo dell'attualità, è capace di *auto-integrarsi* secondo un disegno di razionale *coerenza* e in accordo con le mutevoli vicende e le sopravvenienti vitali esigenze della *società presente* in quanto vi si possano dimostrare rispecchiate. [...] Nel che non si deve mai dimenticare che il mutarsi dei rapporti sociali nel tempo reagisce sulla originaria *ratio iuris* e matura un esito sociale ulteriore, [pertanto quando] si parla di una presunta “completezza logica” dell'ordine giuridico [non si intende fare riferimento a] un dato definitivo preconstituito e acquisito una volta per tutte [bensì] come un punto d'arrivo ideale e una meta, mai

controllo di legittimità e un bilanciamento degli interessi per come individuati nel momento applicativo della legge.

¹⁵¹ F. VASSALLI, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore overosia la dogmatica ludicra*, Roma, 1944, p. 143.

¹⁵² Il riferimento è alla nota prolusione di E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, fasc. 5, p. 43, e in AA. VV., *Le prolusioni dei civilisti*, Tomo III (1940-1979), Napoli, 2012, spec. p. 2477. Dagli studi dell'autore e dal testo della prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948 si trae l'insegnamento di un processo interpretativo con «funzione normativa» (E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, cit., p. 38 e spec. p. 41) allo scopo di garantire l'attualità del testo di legge, in una prospettiva non statica e sterile ma dinamica e a vocazione plurale. L'a., infatti, descrive tale condizione ponendo in luce che «[i]l testo letterale del codice funziona come un'impalcatura o intelaiatura, che non si rianima se non al contatto con la vita della società cui è destinato [...] delineando così che l'interpretazione giuridica oltre a presentare] un momento conoscitivo, cioè ricognitivo del pensiero (della legge o di altra fonte di diritto), [...] ha inoltre *funzione normativa*: la funzione cioè di desumerne in definitiva massime di decisione e di azione pratica (ancorché non immediata), da osservare e da applicare» (cit., p. 41). In altri termini, «l'interpretazione ha la funzione di mantenere in vita la legge o altra fonte di diritto mediante l'intendere, e così di conservare in perenne efficienza nella vita di una società precetti, norme e valutazioni normative, che sono destinate a regolarla e a servirle di orientamento: tanto da potersi dire che, viceversa, le norme non più interpretate finiscano per restare lettera morta e perdano da ultimo la loro capacità di attuarsi e di farsi valere» (E. BETTI, *o.u.c.*, p. 42).

¹⁵³ N. IRTI, *Destino di Nomos*, in M. CACCIARI e ID., *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, p. 131 (corsivi autentici). In un avvincente riflessione sul ruolo della giustizia e del collegamento di questa con la legge, si interrogano del destino di Dike e Nomos, ripensando un saggio del grande filologo Werner Jaeger, il filosofo Cacciari e il giurista Irti. Quest'ultimo osserva come sia in capo a ciascun individuo la «*sceita dell'inizio* [...] poiché non esiste una norma fondamentale di carattere vincolante, a cui l'individuo debba soggiacere, [ma la norma fondamentale, la *Grund-norm*,] è scelta dal singolo, che perciò si fa artefice del suo proprio ordinamento» (cit., p. 132).

definitivamente raggiunta, del processo interpretativo»¹⁵⁴; dal momento che il controllo di liceità e d'idoneità di un bisogno individuale non può essere svolto in modo aprioristico ma vagliando il concreto «intento pratico o interesse [...] che] giacendo per sua natura fuori dal campo del diritto [...] attinge[...] le sue ragioni nella sempre mutevole vita sociale»¹⁵⁵.

Diversamente opinando allora basterebbe rinviare tutte le decisioni ad un algoritmo, che tuttavia, a parer di chi scrive, appare incapace di operare un controllo valoriale del caso concreto e degli interessi meritevoli di tutela. Il rischio, dunque, in questi casi, è che l'algoritmo diventi (più che uno strumento di inclusione) un mezzo di ghettizzazione, una sorta di discriminazione al pari dei primi interventi della normativa di settore, indirizzata ad ammettere soltanto atlete transgender con un determinato livello di testosterone. In altri termini la legge è, cioè, necessaria per la sua intrinseca caratterizzazione accertativa e di orientamento della organizzazione sociale ma se si prende in considerazione solo il dato formale senza una visione complessiva raggiungibile attraverso una “interpretazione per principi” allora il rischio è di non saper realmente cogliere il perenne divenire e mutamento degli interessi. Solo con lo “*ius*”, inteso come capacità generativa del diritto al mondo giuridico reale, che attiene alla filosofia di vita delle persone, il diritto concorre alla rideterminazione e alla evoluzione della legge al caso concreto alla luce degli interessi meritevoli di tutela, raggiungendo in tal modo quella finalità assiologica a cui il diritto deve ambire per essere realmente rappresentazione (non astratta ma) dinamica dei valori fondamentali.

E nel caso della identità di genere nelle questioni rilevate, con specifico riferimento al mondo sportivo agonistico, la matrice biologica della persona *trans* o *intersex* fa comprendere come il “diritto” debba tener in debita considerazione l'identità nella sua svariata pluralità di punti di vista, poiché se così non fosse la legge (senza interpretazione per principi e senza il suo adattamento alla concreta situazione e alla filosofia di vita) aprirebbe il varco a situazioni affabulatorie che poggerebbero le basi nella fattispecie astratta considerata come l'unica soluzione possibile, prescindendo da un adeguato e razionale adeguamento tra il sesso biologico di appartenenza e “l'autodeterminazione di genere”, che invece il sistema unitario delle fonti deve garantire a tutela della personalità.

In conclusione, al fine di garantire l'inclusione e la non discriminazione alle atlete che si contraddistinguono per una identità di genere diversa rispetto a quella biologica o perché biologicamente non definita, la World Athletics ha nel 2023 modificato le regole sulla ammissibilità alle gare¹⁵⁶, distinguendo tra atleti transgender¹⁵⁷ e atleti con una differenza di sviluppo sessuale¹⁵⁸. Tali modifiche sono state recepite in Italia dalla FIDAL nelle «Norme Attività 2024»¹⁵⁹ ed in base ad esse «Le atlete transgender che intendano partecipare a gare nel genere femminile devono consegnare al referente del settore sanitario l'autodichiarazione di genere femminile e seguire il protocollo sanitario federale necessario per la condizione di eleggibilità femminile. In particolare, le atlete transgender non devono aver sperimentato alcuna forma di pubertà maschile successiva alla stadiazione “Tanner” di

¹⁵⁴ E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, cit., pp. 38-39 (corsivi autentici).

¹⁵⁵ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 2002, pp. 323-324.

¹⁵⁶ 23 marzo 2023.

¹⁵⁷ Cfr. *Eligibility Regulations for Transgender Athlete*.

¹⁵⁸ Cfr. *Eligibility Regulations for the Female Classification*.

¹⁵⁹ In *fidal.it*. A p. 21 del documento si legge che la Federazione Italiana di Atletica Leggera (FIDAL) recepisce le indicazioni e le norme contenute nel Regolamento della World Athletics in materia di eleggibilità dell'atleta transgender e successivi eventuali aggiornamenti.

secondo grado o dopo i 12 anni di età (qualunque evento si verifichi prima); inoltre, fin dalla pubertà, devono aver mantenuto continuativamente la concentrazione di testosterone nel siero al di sotto dei 2,5 nmol/L; devono altresì continuare a mantenere la suddetta concentrazione di testosterone entro il limite di cui sopra per tutto il periodo in cui intendano essere eleggibili nel genere femminile; [...]»¹⁶⁰. Quanto agli atleti con differenze di sviluppo sessuale (DSD)¹⁶¹ propensi a concorrere nelle gare femminili, essi devono dimostrare che la concentrazione di testosterone nel sangue sia stata continuativamente, per un periodo di almeno 24 mesi, inferiore alla soglia di 2,5 nmol/L¹⁶², e mantenere il livello di testosterone entro questo limite per tutto il periodo in cui intendano essere eleggibili nel genere femminile¹⁶³; ma in nessun caso sono richiesti ai fini dell'eleggibilità interventi chirurgici sull'anatomia dell'atleta¹⁶⁴. Le nuove regole adottate dalla FIDAL seguendo la World Athletics rappresentano un evidente compromesso fra la tutela dei valori fondamentali della persona, in specie della identità di genere, e la salvaguardia della parità agonistica di chi partecipa alle gare di atletica leggera, a garanzia del divieto di discriminazione.

L'attualità della questione, come già precedentemente evidenziato¹⁶⁵, emerge dalle recenti vicende delle Olimpiadi 2024, a seguito delle quali è stata, tra l'altro, proposta, sul match Carini-Khelif una interrogazione del partito Fratelli d'Italia alla Commissione Europea, presentata dalla eurodeputata FdI Elena Donazzan al fine di evitare ulteriori discriminazioni contro le donne nel mondo dello sport.

L'introduzione nel 2021 da parte del C.I.O. di regole di inclusione e non discriminazione per una equità nella competizione si scontra con una realtà culturale che rimane ancorata alla fissità della logica binaria, mentre il C.I.O. ha scelto di non stabilire più regole rigide sui livelli di testosterone, permanendo così in capo alle Federazioni un'autonomia nei criteri di ammissibilità purché non lesivi dei diritti fondamentali. E così è stato per le Olimpiadi di Parigi 2024 che rappresentano sia la prima edizione di una parità di genere ugualitaria per l'assegnazione delle medaglie sia «le Olimpiadi più LGBT di sempre con 193 atleti apertamente out»¹⁶⁶. Ciononostante è un dato di fatto che questo scenario abbia fortificato il dibattito che già nel 2020 era stato intrapreso a tutela delle donne *cisgender* per una reale equità competitiva¹⁶⁷.

¹⁶⁰ Norme Attività 2024, p. 22, par. 20.2.3 (in *fidal.it*).

¹⁶¹ Anche per queste disposizioni la FIDAL recepisce le indicazioni e le norme contenute nel Regolamento della World Athletics in materia di eleggibilità dell'atleta con differenze dello sviluppo sessuale e successivi eventuali aggiornamenti.

¹⁶² Norme Attività 2024, par. 21.2.2. (cit., p. 23).

¹⁶³ Norme Attività 2024, par. 21.2.3. (cit., p. 24).

¹⁶⁴ Norme Attività 2024, par. 21.2.4. (cit., p. 24).

¹⁶⁵ Vedi quanto già osservato sia nel par. 1 che nel par. 3.

¹⁶⁶ Vedi, *supra*, par. 1 e nt. 57 e, altresì, l'articolo del 1° agosto 2024 di E. MORO, *Quelli di Parigi sono i giochi olimpici con il maggior numero di atleti apertamente LGBTQIA*, in *elle.com*.

¹⁶⁷ Oltre alle pugilesse vincitrici dell'oro olimpico, si ricorda altresì la partecipazione alle Olimpiadi di Parigi della mezzofondista statunitense Nikki Hiltz, atleta trans e non-binaria. Mentre per i giochi Paralimpici si richiama l'esordio della prima transgender Valentina Petrillo, atleta italiana, ipovedente, che partecipa alle competizioni di atletica leggera. Situazioni queste che per la loro complessità nel rapporto con le *cisgender* reclamano un bilanciamento (come anticipato *supra* par. 3, nt. 132, cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit.) secondo ragionevolezza che, dunque, non consente la prevalenza *a priori* di uno dei valori coinvolti né il sacrificio totale di uno di essi bensì il coordinamento di una tutela unitaria di tutti gli interessi costituzionali meritevoli di tutela.

Scendendo dall'alto di posizioni ideologiche e mutando la prospettiva d'indagine si potrebbe, invero, osservare come le stesse atlete pugilesse, vincitrici dell'oro olimpico rispettivamente per la categoria di appartenenza, siano state destinatarie di una discriminazione, poiché solo un anno prima erano state escluse dai Campionati mondiali di pugilato dilettanti femminili 2023 per i livelli del testosterone, mentre per le Olimpiadi l'esclusione si ribalta in ammissibilità. Come può una persona, che ha delle caratteristiche ormonali innate (che non ha cercato attraverso un procedimento di rettificazione anagrafica, ormonale o chirurgico) e particolarmente sviluppate rispetto alle altre donne, essere discriminata per motivi sessuali nonostante il sesso determinato comprovi l'appartenenza a quel determinato genere?

In questi casi è la ragionevolezza, condizionata dai valori e dagli interessi del sistema giuridico contemporaneo, ad adattare la razionalità della legge al singolo caso concreto. Altrimenti, per assurdo andrebbero “discriminati” tutti coloro che presentano caratteristiche naturalmente vantaggiose rispetto agli altri¹⁶⁸, mentre forse sarebbe il caso di iniziare ad investigare se in alcuni casi la muscolatura di un atleta transgender anziché costituire un vantaggio nella competizione femminile di categoria finisca per fare rallentare le prestazioni o renderle ancor più faticose¹⁶⁹. Non c'è forse un principio di verità nel decalogo del C.I.O. che non dà per scontato che nascere uomo garantisca un vantaggio prestazionale dovuto alla “memoria” ormonale?

Ecco che emerge il conflitto tra legge e diritto, consuetudini culturali e tutela della persona che l'ordinamento non può discriminare perché “diversa” rispetto al genere biologicamente determinato ma deve proteggere nel pieno rispetto della dignità umana. E, dunque, sarà il “diritto” attraverso il bilanciamento degli interessi concreti, e non la mera razionalità della “legge”, a determinare la soluzione da applicare al caso concreto.

¹⁶⁸ In altri termini, se si intendesse *a priori* far prevalere la posizione e la *chance* di vittoria in capo alle *cisgender*, sorge spontaneo l'interrogativo di come andrebbero considerate tutte quelle attitudini particolari che conferiscono ad una persona un “naturale vantaggio” nelle competizioni sportive senza per questo essere considerate inique: il riferimento è all'ex nuotatore statunitense Michael Phelps, l'olimpionico più decorato della storia con il maggior numero di medaglie, che ha conquistato 8 ori a Pechino 2008, le cui braccia straordinariamente lunghe (con un'apertura alare di 2,03 metri ed un'altezza di 1,93 metri) non sono mai state additate come ingiuste ma celebrate come tratti distintivi dell'atleta, che però di fatto si è nel tempo avvantaggiato della sua stessa corporatura senza per questo generare discriminazioni (dirette o indirette) nelle competizioni agonistiche.

¹⁶⁹ Cfr., al riguardo, quanto già argomentato spec. nt. 147.