

Il diritto fuori binario.

La tutela giuridica dei minori con varianza di genere tra responsabilità genitoriale e autonomia individuale: una prospettiva comparata

SOMMARIO: 1. «Tutti pazzi per il *gender*». Qualche *caveat* terminologico – 2. Minori e identità sessuale: implicazioni etico-giuridiche – 2.1 Sessualità biologica e sessualità «sociale» fra miti antichi e moderni – 3. La rivoluzione copernicana nella concezione dei minori – 3.1 Minore età e consenso: il caso della varianza di genere – 4. L'esperienza inglese – 4.1 L'accesso ai trattamenti medico-sanitari da parte dei minori in Inghilterra: tra principi di *medical law* e giurisprudenza di *common law* – 4.2 La varianza di genere nei minori: la posizione della giurisprudenza inglese – 5. L'esperienza americana – 5.1 Le resistenze al riconoscimento dell'autonomia del minore in ambito medico – 5.2 I limiti della tutela antidiscriminatoria dell'identità di genere: la diatriba sull'accesso dei giovani *transgender* ai bagni e agli spogliatoi diversi dal loro sesso biologico – 6. L'esperienza italiana. Un dialogo fra le Corti nel silenzio legislativo

*«Every morning I promise myself that I'll spend the entire day as a man.
But I think Lili's thoughts, I dream her dreams. She's always there.
[...] Sometimes I think about killing Einar.
But it's only the thought that I'd be killing Lili too that stops me».*
(Einar Wegener, *The Danish Girl*, 2015)

1. «Tutti pazzi per il *gender*». Qualche *caveat* terminologico

Le definizioni sono arbitrarie, servono per semplificare la vita. La realtà, invece, è sempre più complessa, un insieme in cui i confini netti non esistono – ma esistono contiguità, sovrapposizioni, intrecci sui quali tracciamo linee e diamo definizioni – e che, più conosciamo, più possiamo (o dobbiamo) specificare come quando ci avviciniamo a qualcosa. Ciò non significa che non esistano differenze o che tutto sia relativo. Significa che quello che osserviamo è liquido. La biologia, per esempio, fa distinzioni meno nette rispetto ai termini maschio e femmina. In biologia ci sono i due estremi, ma ci sono anche molte possibilità intermedie. Esistono molti stadi di intersessualità, come l'ermafroditismo, la sindrome di Morris e quella di Swyer, e ci sono casi in cui è controversa la definizione di intersessualità, come la sindrome di Turner o di Klinefelter¹. Anche alcune di queste

¹ L'intersessualità si riferisce alle anomalie congenite del sistema riproduttivo, che possono comportare lo sviluppo atipico, talvolta ambiguo, dell'apparato genitale. La maggioranza delle forme di intersessualità non è visibile alla nascita. È il caso, per esempio, delle ragazze con una completa insensibilità agli androgeni (AIS): generalmente nascono con un fenotipo tipicamente femminile e possono scoprire di avere cromosomi XY all'età della pubertà, dopo essersi sottoposte ad esami per accertare le cause dell'assenza di menarca. Lo stesso si può dire per i maschi con cromosoma «XXY» che possono venire a conoscenza della propria intersessualità in un percorso di analisi dei motivi dell'infertilità. I casi di nascite con genitali «ambigui», rispetto alle definizioni tradizionali del femminile e del maschile (per esempio, forme di ermafroditismo), sono una minoranza ma pur sempre significativa. Per un approfondimento si suggerisce COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, in www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/testo_20100225.pdf, 2010. Dati e stime attendibili sono invece reperibili sul sito web della *Intersex Society of North America*: <http://www.isna.org/> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019). Si veda, inoltre, J.S. KESSLER, *La costruzione medica del genere: il caso dei bambini intersessuati*, in S. PICCONE STELLA – C. SARACENO (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 95-117.

condizioni sono definite disordini della differenziazione sessuale o dello sviluppo sessuale, ma pure definire una «patologia» non è così agevole come potrebbe sembrare. L'incongruenza di genere è stata considerata una patologia mentale fino a quando, nel giugno 2018, l'Organizzazione mondiale della sanità non ha ritenuto di classificarla tra le «Condizioni relative alla salute sessuale» nell'undicesima edizione dell'*International Classification of Diseases*².

Questo soltanto se parliamo di «sesso», ovvero dell'appartenenza a un genere sessuale determinato dalla presenza dei cromosomi XX e XY (quelli che, a un certo punto dello sviluppo embrionale, stabiliscono se l'individuo sarà maschio o femmina). Le cose si complicano ulteriormente se iniziamo poi a parlare di «identità di genere», di «orientamento sessuale» o addirittura di «ruoli di genere»³. Può per esempio accadere di essere biologicamente femmina, con un'identità di genere femminile o maschile oppure intermedia, di orientamento eterosessuale oppure no e di amare contemporaneamente la danza e il calcio. La complessità della prospettiva fa sì che «il rosa non sia intrinsecamente un colore da femmine, almeno lo sia in modo diverso rispetto all'aver o no l'utero, anche se si può essere donne – in un senso meno claustrofobico della riduzione del ruolo femminile a un patrimonio cromosomico o al possesso di alcuni organi sessuali – senza averlo: perché sei nata senza, perché te l'hanno tolto, perché eri nata come maschio ma la tua identità di genere è femminile»⁴.

Negli ultimi anni, il discorso sul genere e sull'identità di genere si è fatto molto più intenso e si è progressivamente spostato dal campo prettamente medico/psicologico a quello politico/giuridico. Non sempre, tuttavia, a ciò è corrisposto un'altrettanta precisione e correttezza terminologica, complice un'informazione talvolta più attenta al clamore che alla proprietà di linguaggio⁵. Definire un individuo «transessuale» ha un significato diverso rispetto al definirlo «*transgender*» o «*gender variant*»; parlare di «intersessualità» vuol dire considerare un fenomeno differente dalla «disforia di

2 Nella pubblicazione del nuovo ICD-11 (*International Classification of Diseases 11th Revision*) l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha rimosso l'incongruenza di genere (diagnosi che viene fatta alle persone *transgender* se accedono ai servizi sanitari) dal capitolo relativo ai disturbi mentali, spostandola in un capitolo creato *ad hoc* e denominato «Condizioni relative alla salute sessuale». Similmente è accaduto per un altro importante manuale diagnostico, ovvero il DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), dove a partire dalla quinta edizione del 2013 l'incongruenza di genere è passata dall'essere considerata un «disturbo dell'identità» assimilabile ad altre «devianze sessuali» quali pedofilia, necrofilia, voyerismo e feticismo, all'essere definita «disforia di genere» (la cui etimologia risale al greco *δυσφορία* 'angoscia', 'pena'), con cui si fa riferimento al sentimento di stress o disagio che alcune persone possono sperimentare in presenza di incongruenza tra il genere di cui si fa esperienze e i caratteri sessuali primari e secondari. Questo termine apparve più appropriato poiché rappresenta uno stato emotivo negativo nei confronti del proprio genere. Ciò implica fondamentalmente due conseguenze: la prima è che non ci si riferisce più a un disturbo dell'identità, cioè non si sostiene più che tutte le persone *gender variant* (quelle che non si collocano all'interno degli stereotipi del binarismo di genere) abbiano un disturbo mentale, ma si considera la sofferenza che potrebbe essere arrecata da questa condizione. La seconda conseguenza, direttamente collegata alla prima, è una minor patologizzazione, proprio perché soltanto alcune persone di genere non-conforme presentano disforia di genere nella loro vita e solo coloro che ne traggono disagio riceveranno una diagnosi.

3 Sul punto cfr. J. BUTLER, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Laterza, Roma-Bari, 2013; E. RUPINI, *Le identità di genere*, Carocci, Roma, 2009; R.W. CONNELL, *Questioni di genere*, Il Mulino, Bologna, 2006; M.E. DE CAROLI, *Categorizzazione sociale e costruzione del pregiudizio: riflessioni e ricerche sulla formazione degli atteggiamenti di "genere" ed "etnia"*, Franco Angeli, Milano, 2005.

4 C. LALLI, *Tutti pazzi per il gender*, in *Internazionale*, 31 marzo 2015, disponibile su: <https://www.internazionale.it/opinione/chiara-lalli/2015/03/31/teoria-gender-diritti> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

5 A questo proposito, per esempio, si segnalano in lingua inglese: E. DAY, *Transgender kids: 'Everyone was calling me Sebastian, but I knew I was a girl'*, in *The Guardian*, 5 Aprile 2015; J. LEAKE, *NHS helps children choose their sex*, in *The Sunday Times*, 17 Novembre 2013; H. DEVLIN, *Children aged 9 with gender issues can delay puberty*, in *The Times*, 19 Maggio 2014. Mentre, in lingua italiana: E. TEBANO, *Nella clinica olandese dove si «sospende», la pubertà degli adolescenti transgender*, in *La 27esima Ora*, Corriere.it, 25 Febbraio 2015; B. FRIGERIO, *Arriva in Italia il trattamento ormonale per cambiare sesso ai bambini. «Delirio di onnipotenza»*, 24 ottobre 2013, <http://www.tempi.it/arriva-anche-in-italia-il-trattamento-ormonale-per-cambiare-sesso-ai-bambini#.VXFLHKZ0pcw>; e O. VETRI, *Sospendere la pubertà per scegliere l'orientamento sessuale*, in *Famiglia Cristiana*, 25 febbraio 2015, <http://www.famigliacristiana.it/articolo/olanda-fermare-la-puberta-per-scegliere-l-orientamento-sessuale.aspx> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

genere», anche se talvolta connessi o intrecciati, così come riferirsi all'identità di genere di una persona non implica in alcun modo indagare il suo orientamento sessuale. Più in particolare, mentre con il termine «transessualismo» si indica la condizione di chi abbia condotto un procedimento di rettificazione medico-chirurgica del sesso attribuito alla nascita, compiendo il «transito» da un sesso all'altro («*Female to Male*» o «*Male to Female*»), la parola «*transgender*» può essere utilizzata, in senso generale, per indicare gli individui la cui identità di genere non è conforme alle aspettative sociali associate al sesso biologico assegnato alla nascita. Oggi si tende a fare riferimento a quest'ultima nozione quale termine «ombrello» utilizzato per riferirsi a tutte quelle persone la cui identità di genere non è percepita come allineata al genere assegnato alla nascita⁶. Più di recente, soprattutto con riguardo agli individui in età evolutiva, è stato poi coniato il termine «varianza di genere» per indicare le diversificate identità *transgender* che, per l'appunto, sono varianti rispetto alle norme socio-culturalmente imposte relative al genere maschile o femminile. Questo termine viene anche utilizzato per sottolineare la differenza fondamentale che intercorre con la disforia di genere. Da un punto di vista psichiatrico, infatti, la disforia indica la sofferenza per determinate condizioni mentali e/o fisiche, ma non tutte le persone *transgender* – o con varianza di genere – avvertono una disforia per la propria condizione identitaria. Più spesso è proprio l'ambiente socio-culturale in cui si trovano, ancora troppo rigidamente ancorato al dogma del binarismo sessuale, a stigmatizzarle e discriminarle e, di conseguenza, a determinare in loro disagio e sofferenza psicofisica.

2. Minori e identità sessuale: implicazioni etico-giuridiche

L'infanzia e l'adolescenza costituiscono un periodo fondamentale nella vita di un individuo per la costruzione della propria identità. Questa è una fase delicata di transizione in cui la personalità che va formandosi, come insieme delle caratteristiche biologiche, psicologiche e sociali, si costruisce nel tempo, potenziando e sviluppando le proprie peculiarità, ma anche utilizzando gli stimoli e gli apporti provenienti dall'ambiente. Nella costruzione dell'identità di ciascun individuo si deve considerare sia un patrimonio nativo, ereditario e congenito di attitudini e disposizioni individuali, sia l'insieme dei trattamenti educativi, delle influenze sociali e culturali, che concorrono a determinare i tratti della personalità.

Interrogarsi sulla propria identità significa anche porsi delle domande sull'essere maschio o femmina, ossia sulla propria identità sessuale. Al momento della nascita, ogni individuo viene indicato come maschio o femmina e gli viene così attribuita l'appartenenza a un genere sessuale mediante l'osservazione dei genitali esterni. Questa «etichettatura» rappresenta l'inizio di un percorso che segna l'intera esistenza dell'essere umano, il primo messaggio che il mondo esterno ci invia sulla nostra identità sessuale; poi, durante tutta la vita, seguono una miriade di altri messaggi del mondo circostante che, giorno dopo giorno, esperienza dopo esperienza, confermano o meno la nostra identità.

La nostra cultura e, segnatamente, il nostro diritto necessitano di tali classificazioni per disciplinare la vita sociale. Il diritto, infatti, codifica l'individuo «in generale» (l'Uomo o la Donna) e «in particolare» (il Minore, il Criminale, la Prostituta, la Madre, l'Omosessuale etc.). In questo senso, il diritto si configura non solo come uno di quei sistemi produttivi della differenza di genere, ma anche come generatore di soggettività e identità a cui l'individuo viene legato e associato. Un siffatto meccanismo di normazione, tuttavia, non può e non deve divenire esso stesso generatore di

⁶ Così AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, *Guidelines for psychological practice with transgender e gender non-conforming people*, in *American Psychologist*, 70(9), 2015, pp. 832-864. Si veda anche F. PFÄFFLIN, *Transgenderism and transsexuality: Medical and psychological viewpoints*, in J.M. SCHERPE (a cura di), *The legal status of transsexual and transgender persons*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 11-24; P. CURRAH, *Gender Pluralisms under the Transgender Umbrella*, in P. CURRAH, R.M. JUANG, S. PRICE MINTER (a cura di), *Transgender Rights*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2006, pp. 3-31.

differenziazioni e discriminazioni nel momento in cui si confronta con la complessità dell'essere umano; i paradigmi mentali e culturali dominanti devono essere decostruiti affinché gli strumenti giuridici possano davvero garantire l'eguale dignità e l'eguale libertà a tutti gli individui⁷. La sociologa del diritto Tamar Pitch individua nella differenza sessuale il paradigma di tutte le differenze, poiché si tratta di «una differenza diversa da tutte le altre, giacché le attraversa tutte». In particolare, l'Autrice rileva il carattere relazionale della differenza: «nell'ottica giuridica, cioè, nel lessico delle Costituzioni, la differenza (non solo di sesso, ma anche di razza, di lingua, di religione, di età, di orientamento sessuale) si traduce in mancanza di qualcosa, in deficit. Ma, mancanza rispetto a che cosa? Come nel caso della devianza così in quello della differenza il parametro di riferimento è l'uomo normale, normale in quanto è partendo da questo stampo che si forgia la norma»⁸.

L'uomo «normale» della Pitch è un soggetto apparentemente neutro, astratto e universale, che tuttavia nasconde l'assunzione del maschile a norma di riferimento. In questa prospettiva, non sorprende la difficoltà del diritto a risolvere il cd «dilemma della differenza»⁹. Condizioni umane quali il transgenderismo e l'intersessualità, scombinando le tradizionali categorie ermeneutiche (genere nel primo caso e sesso biologico nel secondo), aprono dei vuoti nella tutela della persona. Il problema si pone a maggior ragione nel caso siano coinvolti bambini e adolescenti. Più di ogni altro, il minore vive in una fase di incertezza: attraversa un momento di ricerca di sé e di costruzione della propria identità e si aspetta di trovare tutto il supporto e la comprensione necessari da parte della famiglia e della società in cui vive. Nella maggior parte dei casi, trova invece un ambiente socio-familiare che di fronte a queste manifestazioni reagisce o con indifferenza o con durezza e chiusura totale, e un contesto sociale e giuridico impreparato a tutelarlo e che tende piuttosto a «normalizzarlo» per farlo rientrare in una delle categorie prestabilite. È paradossale quella società in cui un genitore davanti al pianto notturno del bambino pensa solo a calmanti per farlo dormire, piuttosto che tentare di capire le cause di quel pianto.

Come ha avuto modo di precisare anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, in un documento del 25 febbraio 2010, le questioni attinenti alla strutturazione dell'identità sessuale del bambino e dell'adolescente richiedono una seria e approfondita riflessione, essendo in gioco le complesse decisioni di intervento sul corpo e sulla psiche da parte del medico, le modalità di consulenza ai genitori e agli stessi minori quando raggiungono un sufficiente grado di consapevolezza. Il Comitato sembra, dunque, cogliere la complessità delle implicazioni etico-giuridiche, sottolineando che: «ogni scelta in questa peculiare situazione deve essere adeguatamente ponderata, valutando caso per caso, in funzione del «riconoscimento» dell'identità sessuale nell'ambito di una considerazione globale del soggetto, bilanciando in una sintesi dinamica i dati biologici (nel caso di neonati) e gli aspetti biologico-psicologici (nel caso di minori con sufficiente livello di consapevolezza), con l'obiettivo di armonizzare elementi di disarmonia. La concezione della sessualità come realtà strutturante della persona nella sua unitotalità, modalità di esistere, di entrare in relazione, di essere nel mondo, impedisce di ricorrere ad un criterio esclusivamente fisico-biologico, così come impedisce di prescindere dalle dimensioni corporee del sesso a favore esclusivamente di quelle psichiche e culturali. [...] La sessualità, quindi, non è «neutra» alla nascita, anche se il/la bambino/a sono all'inizio del loro percorso di identificazione sessuale: vi sono elementi biologici (genetici, gonadici, ormonali, fenotipici) che si intrecciano con fattori ambientali (sociali e familiari, quali la rappresentazione dei genitori circa l'identità sessuale del figlio/figlia). La medicina, e anche il diritto, non possono ignorare questa complessità»¹⁰.

⁷ Sia consentito il rinvio a L. GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della «normalità»: il caso dei minore intersessuali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, n. 4, 2012.

⁸ T. PITCH, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004, p.343.

⁹ M. MINOW, *Making all the difference. Inclusion, exclusion, and American law*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1990, p. 279.

2.1 Sessualità biologica e sessualità «sociale» fra miti antichi e moderni

«Le mascolinità? Al plurale? Vent'anni fa un'ipotesi del genere sarebbe stata a dir poco insolita. E vent'anni prima ancora probabilmente impensabile. Da sempre la mascolinità è stata considerata ovvia, naturale, universale; soprattutto una e unitaria, tutt'altro che molteplice e frammentata»¹¹. La concezione del maschile e del femminile è oggi profondamente cambiata sia come risposta storico-sociale ai femminismi e agli studi di genere, sia come nuova epistemologia che si è trovata a fare i conti con l'analisi psicologica del comportamento sociale. Il biologico, cioè l'appartenenza ad un sesso cromosomico e gonadico, diviene, a partire dalla psicoanalisi di Lacan¹², insufficiente a descrivere il «genere». L'appartenenza a uno dei due sessi, quale garanzia di una sicura identità sessuale, viene minata dalla complessità della prospettiva. Come anticipato nel paragrafo precedente, l'identità sessuale deriva dall'interazione tra dimensione biologica e socio-culturale (contro il determinismo biologico da un lato e il determinismo socio-culturale dall'altro): si riconosce, in altre parole, la rilevanza della componente biologica ma anche l'intervento di fattori esterni (psicologici e ambientali) che consentono, sin dalle prime fasi di sviluppo del minore, il raggiungimento e l'espressione di un sufficiente grado di consapevolezza. Pur senza sapere quanto e come essi interagiscano, è ormai consolidato che interagiscano. E ancora: «poiché maschile e femminile eccedono, quali categorie, la differenza biologica, è possibile che [...] il maschio biologico non sia iscritto nel lato "socialmente" maschile e che la femmina biologica non lo sia in quello femminile»¹³.

Contro ogni tradizione e classificazione socio-culturale, ciascun individuo esperisce la propria sessualità anche e soprattutto a livello della psiche, eccedendo quindi i limiti del meramente biologico e del costruttivismo sociale. Eppure, storicamente così non è mai stato e non è tuttora: i miti della virilità, della sottomissione femminile, degli amori dovuti e di quelli proibiti mantengono una funzione culturale e sociale di fondamentale importanza, perché contribuiscono a consolidare le dinamiche sociali e le istituzioni civili e religiose che caratterizzano una certa società. Nell'antica Roma, per esempio, i bambini maschi venivano educati ad essere dominatori: come cittadini di Roma erano destinati a «sottomettere il mondo». «Il romano deve imporsi: sui concittadini, con l'uso politico della parola; su tutti gli altri, con la forza delle armi e la superiorità delle leggi»¹⁴. Anche in campo sessuale: la virilità è considerata una manifestazione della romanità, è una virtù. Il *pater familias* romano è un padrone assoluto, dai poteri illimitati su ciò che gli appartiene, cose o schiavi che siano. Non sorprende allora che, mentre i rapporti sessuali tra cittadini maschi romani fossero vietati, la sottomissione sessuale dei nemici o degli schiavi fosse invece pratica frequente. Oggi, schiavi e gladiatori sono stati sostituiti da altre figure di mascolinità e femminilità di riferimento. Il bambino cresce in un contesto socio-familiare che si aspetta e pretende che si comporti in modo socialmente e culturalmente consono al proprio sesso biologico. Pertanto, ci si aspetta che i maschi agiscano in modi comunemente considerati maschilini e le femmine in modi percepiti come femminili.

Da Giove a Giunone, a Barbie e Ken, in tutte le culture si è associato all'essere maschio e all'essere femmina un certo ruolo di genere, pretendendone il rispetto: la società e la cultura plasmano in

10 COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I disturbi della differenza sessuale nei minori*, 25 febbraio 2010, in www.bioetica.governo.it, pp. 14-15 (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

11 D. BUCHBINDER, *Masculinities and Identities*, Melbourne University Press, Melbourne, 1994; trad. It. G. Magnifico – S. Petrilli (a cura di), *Sii uomo, studio sulle identità maschili*, Mimesis, Milano-Udine, 2004, p. 25.

12 Si veda, semplificando, J. LACAN, *L'istanza della lettera dell'inconscio o la ragione dopo Freud*, in *Scritti* Vol. 1, Einaudi, Torino, 2002. Per un approfondimento si rimanda a J. BUTLER, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

13 M. MESSINA, *La molteplicità dell'uomo moderno*, in D. BUCHBINDER – S. PETRILLI (a cura di), *Masculinities. Identità maschili e appartenenze culturali*, Mimesis, Milano-Udine, 2009, p.146.

14 Cfr. E. CANTARELLA, *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'antica Roma*, Feltrinelli, Roma, 2009.

questo modo l'identità sessuale del minore. I problemi sorgono quando le aspettative e i desideri dell'individuo deragliano dai binari già tracciati. Quando, per esempio, il giovane Billy Elliot, nell'omonimo film, decide di studiare danza classica, si scontra con i pregiudizi del padre e della società che vedono nella danza maschile una pratica omosessuale, e nell'essere omosessuali una colpa; quando, nel film *Tomboy*, la piccola Laure affronta, nei panni di un ragazzino, il gioco, l'amicizia, la socializzazione e il primo innamoramento, si scontra con una realtà adulta chiusa e incapace di prestarle ascolto. Se si tratti o meno di un disturbo dell'identità di genere non è importante: ciò che rileva è la delicatezza e la complessità dell'infanzia e dell'adolescenza, quali momenti di formazione dell'Io personale, in cui la vera sfida consiste nella capacità degli adulti di mettersi in ascolto.

Il mito dei due sessi, tanto nell'antichità quanto nella modernità, si presta alla costruzione culturale del genere in virtù della quale l'accesso alla sfera pubblica, la divisione del lavoro, la detenzione del potere si sono caratterizzati per una profonda asimmetria a svantaggio del genere femminile. Ma andando ancora oltre si potrebbe sostenere, come del resto fa Judith Butler¹⁵, che non soltanto il genere è una costruzione culturale ma anche il sesso, inteso come differenze corporee tra i sessi, sarebbe un artificio che acquista rilevanza culturale nel momento in cui si richiede la presenza di due generi ben distinti. Al centro del mito del binarismo sessuale vi sarebbe infatti il dogma dell'eterosessualità obbligatoria: è il dovere dell'eterosessualità che impone la presenza di due generi ed è la necessità di eliminare ogni ambiguità tra questi che attribuisce rilevanza culturale alle differenze corporee tra i sessi, individuate *in primis* nei genitali che ne rappresentano l'espressione più tangibile ed evidente. Pertanto, continua Butler, non sarebbe tanto il genere a derivare dal sesso, quanto il sesso a derivare dal genere¹⁶. Quindi anche il sesso, così come il genere, in definitiva risulta essere un prodotto culturale-linguistico e la distinzione sesso-genere, nell'ottica di un regime binario asimmetrico e obbligatoriamente eterosessuale, assume un significato ancora più pervasivo giungendo a plasmare l'identità degli individui.

È evidente che fenomeni come l'intersessualità e il transgenderismo scombinano i tradizionali sistemi di classificazione sociali e giuridici, allorquando «i corpi anatomici non rappresentano più soltanto le ideologie di sesso e di genere in essi incluse»¹⁷. Si rende necessario quindi un ripensamento del rigido dimorfismo sessuale che caratterizza le società occidentali e che ha evidentemente contaminato anche le categorie del ragionamento giuridico. Partendo dalla realtà delle persone intersessuali, il mito dei due sessi si infrange: l'essere umano appare piuttosto come un *continuum*, ai cui due poli estremi si trovano la femmina e il maschio biologici «standard», e lungo di esso un insieme (tutt'altro che numericamente irrilevante) di persone con varietà cromosomiche e/o fenotipiche che non rientrano in quei due opposti. Persone, queste ultime, che in epoche diverse o in altre società vedevano riconosciuta, e talora altamente apprezzata, la loro presenza e che invece in società simbolicamente e strutturalmente basate su categorie dualistiche e dicotomiche, non trovano nemmeno cittadinanza e sono spesso oggetto di discriminazione e stigmatizzazione.

La peculiarità di queste situazioni esistenziali, specialmente quando riguardano i minori, richiede dunque una riflessione nella quale «la vita vera fa sentire le sue ragioni e il corpo irrompe con tutta la sua fisicità, facendo apparire sbiadita una dimensione dei diritti riferita unicamente ad un soggetto astratto, ad un individuo disincarnato»¹⁸ e, di conseguenza, un ripensamento dei tradizionali sistemi di classificazione e ragionamento giuridico. E un tale ripensamento si rende ancora più necessario quando la cornice culturale dominante, incidendo sull'agire sociale e

15 Cfr., J. BUTLER, *Scambi di genere. Identità, sesso e desiderio*, trad. it. R. Zuppet, Sansoni, Firenze, 2004; *ID.*, *La disfatta del genere*, trad. it. P. Maffezzoli, Meltemi, Milano, 2006.

16 Si veda, ancora, J. BUTLER, *La disfatta del genere*, Op. cit.

17 M. PICKLES, *Vestirsi per fare colpo: il transgender e la minaccia all'identità di genere*, in D. BUCHBINDER – S. PETRILLI (a cura di), *Masculinities. Identità maschili e appartenenze culturali*, Mimesis, Milano-Udine, 2009.

18 S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus e il corpo giuridificato*, in Trattato di Biodiritto, diretto da S. RODOTÀ – P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2010.

giuridico, rischia di ledere la dignità di coloro che non rientrano nei rigidi schemi classificatori che, per quanto ampi e omnicomprensivi siano, determinano un appiattimento della tutela entro binari già tracciati.

Emblematica, in questo senso, è la critica ad un protocollo medico, paternalistico e retrogrado, che prevede la «normalizzazione chirurgica» dei genitali ambigui del neonato intersessuale, con l'intento di favorirne il migliore adattamento all'interno del sesso assegnatoli e con la speranza (poi smentita dai fatti)¹⁹ di evitare disturbi dell'identità di genere. Si propone, al contrario, la valorizzazione della diversità di ogni essere umano in quanto tale, al fine di tutelarne la dignità e i basilari diritti umani, sostenendo una moratoria su tutti gli interventi chirurgici di «normalizzazione» non necessari alla salute del minore e lasciando decidere quest'ultimo, una volta raggiunta la maturità necessaria, se e come intervenire sul proprio corpo. È interessante rilevare come il fattore culturale si scontri con la scienza e con il diritto nel momento in cui si discute su come, quando e perché intervenire chirurgicamente (non a scopi terapeutici) sui minori intersessuali: l'Occidente grida allo scandalo di fronte alle pratiche mutilatorie femminili che vengono effettuate per motivi culturali o religiosi in alcuni paesi islamici africani, eppure ha chiuso per molto tempo gli occhi davanti a tali interventi chirurgici di «normalizzazione», presentati come cure necessarie quando altro non sono che mutilazioni genitali e corporee dettate dal dogma del binarismo sessuale²⁰.

3. La rivoluzione copernicana nella concezione dei minori

L'interesse culturale, sociale e giuridico per i «diritti dei minori» è un fenomeno sotto gli occhi di tutti. È certamente uno dei temi che, negli ultimi anni, ha richiamato con forza l'attenzione del legislatore, sotto la spinta della necessità, da un lato, di dare concreta attuazione ai principi giuridici affermati a livello internazionale e sovranazionale e, dall'altro, di adeguare l'ordinamento ai nuovi bisogni e ai nuovi diritti di una società in rapida evoluzione, con l'esigenza di colmare, talvolta, veri e propri vuoti normativi. I diritti di cui parliamo abbracciano tutte le fasi della vita del soggetto in formazione e si legano strettamente al contesto sociale cui egli appartiene. L'ambito giuridico diviene, pertanto, strumento di riconoscimento e, al tempo stesso, di garanzia dei diritti del minore, sia di quelli attinenti alla sfera personalissima (diritto alla vita, all'identità personale), sia di quelli relativi alla sfera familiare (istruzione, educazione, mantenimento), nonché dei diritti di libertà e di rilevanza sociale (salute, riservatezza). La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 rappresenta la rivoluzione copernicana per i diritti dei minori, segnando il passaggio «dal

19 La decisione etico-deontologica di intervenire chirurgicamente, secondo il parere del Comitato Nazionale Per La Bioetica, *I disturbi della differenza sessuale nei minori*, 25 febbraio 2010, in www.bioetica.governo.it, dovrebbe sempre tener conto delle caratteristiche intrinseche derivanti dalle diverse diagnosi possibili (pre-parto o post-parto) di intersessualismo ed essere ancorata a criteri obiettivi quali «criterio terapeutico e di urgenza medica, gradualità, prevedibilità di beneficio e minimizzazione del danno (inteso in senso fisico e psichico) nella prospettiva di conseguire, all'interno di una situazione di patologia organica, la maggior armonia possibile», specie quando irreversibili o difficilmente reversibili (pag. 19). In quest'ottica, previo consenso informato, «la scelta del medico deve essere condivisa dai genitori (responsabili della successiva educazione del bambino) e – nella misura del possibile – dal minore, i cui interessi devono sempre essere posti al centro della considerazione etica» (pag. 20 e pag. 23, punto 1). E nei «casi più difficili» (specie in quelli di «ambiguità genitale») è sconsigliato di procedere ad interventi demolitivi e/o ricostruttivi (pag. 20 e pag. 23, punto 3), anche ove la determinazione dei genitori sia difforme (pag. 21 e pag. 23, punto 2). Si veda per un approfondimento giuridico sul punto anche A. LORENZETTI, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno di Catania, 7-8 giugno 2013, Napoli, 2013, pp. 485 ss.; S. STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, in *Genlus*, n.1, 2018, pp. 17 ss.

20 Sul punto si rimanda alle interessanti riflessioni di L. BERNINI, *Le teorie queer. Un'introduzione*, Mimesis, Milano-Udine, 2017. Si veda anche F. FERRARI, *Pensare il genere e parlare di genere: distinguere livelli, obiettivi e contesti*, in *Genlus*, n. 1, 2016, pp. 178 ss.; sia, infine, consentito poi il rinvio a L. GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della «normalità»: il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. Critica di Dir. Priv.*, n. 4, 2012.

bambino protetto al bambino partecipante»²¹. È proprio la previsione di diritti di partecipazione a testimoniare la portata innovativa della Convenzione alla luce della quale il minore, intendendo come tale l'individuo fino al diciottesimo anno di età (salvo che secondo le leggi del suo Stato non abbia raggiunto prima la capacità legale), è considerato una persona che ha diritti umani fondamentali, opinioni da esprimere e consapevolezza di sé. Diversamente da altre disposizioni, quali il divieto di non-discriminazione, il divieto di sfruttamento del lavoro minorile, il divieto di punizioni corporali, il divieto di impiego in attività produttive pericolose, che erano già stati riconosciuti in atti e documenti precedenti, negli articoli relativi alla partecipazione appare cristallina l'intenzione, originale e innovativa, di sconfessare un approccio puramente paternalistico ai problemi relativi alla tutela del minore.

«Gli Stati parte garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale»²². È indicativo sottolineare come suddetto articolo sia stato identificato dal Comitato ONU per i diritti dell'infanzia come uno dei pilastri della Convenzione, assumendo in tal modo un valore speciale non soltanto come diritto soggettivo autonomo da realizzare, ma anche come parametro interpretativo dell'intera Convenzione e valutativo dei progressi raggiunti dagli Stati nell'attuazione dei diritti in essa enunciati. *«Article 12 is one of the four general principles of the Convention which highlights the fact that this article establishes not only a right in itself, but should also be considered in the interpretation and implementation of all other rights»²³*.

Tale articolo individua dunque un diritto sostanziale, affermando che tutti i minori hanno il diritto di partecipare alle decisioni che li riguardano; è anche un diritto procedurale, ovvero uno strumento attraverso il quale intervenire nei processi decisionali, influire sulle scelte, denunciare abusi di potere e ottenere giustizia. Consente, in altre parole, di essere protagonisti delle proprie scelte «esistenziali», di opporsi alle violazioni, di agire per ottenere il riconoscimento dei propri diritti; ma, al contempo, è anche un significativo strumento interpretativo della normativa nazionale nei casi in cui si presenti lacunosa o di non agevole lettura. Ne consegue che il diritto all'ascolto agisce in tutte le decisioni che concernono la vita del bambino, dalla scuola alla famiglia, dai tribunali agli ospedali; richiede, anzitutto, l'obbligo di mettere il minore nella condizione ottimale per esprimere la sua opinione e, in secondo luogo, la garanzia del rispetto dei suoi diritti compatibilmente con l'età, il grado di maturità e il suo vissuto.

La necessità di tenere in debita considerazione l'opinione del bambino e procedere al suo ascolto nelle questioni e nei processi civili che a diverso titolo possono riguardarlo è stata per molto tempo trascurata dal legislatore italiano. Ad eccezione fatta del procedimento di adozione, per il quale la normativa interna non poteva non prendere in considerazione il tema del consenso (e con esso dell'audizione) dei minori, soltanto nel 2006, con l'entrata in vigore della legge n. 54, in tema di affidamento condiviso, si è assistito nell'ordinamento al primo rilevante cambiamento di impostazione. L'ormai abrogato articolo 155 *sexies* c.c. stabiliva per l'appunto che *«il giudice dispone[ss], inoltre, l'audizione del figlio minore che [avesse] compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento»*. La disciplina è stata rivista con l'ultima grande riforma della filiazione, bipartita tra la legge n. 219 del 2012 e il d.lgs. n. 154 del 2013, per mezzo della quale l'ascolto è stato previsto quale figura generale, oltre che in numerose specifiche disposizioni, e dettagliato, nei suoi presupposti, modalità di estrinsecazione e possibili deroghe²⁴. Pertanto, si prevede ai sensi dell'art. 315 *bis*, 3° comma, c.c. (introdotto dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219), che

21 Così P. RONFANI, *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei 'nuovi' diritti dei minori*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2001, pp. 67 e ss.

22 Art. 12, Convenzione sui diritti dell'infanzia, 1989.

23 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 12*, 2009, CRC/C/GC/12, §2.

«il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». Il richiamo generico a «questioni» e «procedure» lascia intuire che l'ascolto debba esplicarsi non soltanto sul versante della tutela giurisdizionale, ma prima ancora e «a monte» nell'ambito delle stesse relazioni familiari e in tutti i procedimenti amministrativi in cui sia necessario assumere scelte che riguardano la vita del bambino o dell'adolescente. Il d.lgs. n. 154/2013 ha poi dettagliato il tema in numerose disposizioni più specifiche e ha introdotto gli artt. 336 *bis* c.c., interamente dedicato all'ascolto del minore, 337 *octies* c.c. (che sostituisce l'art. 155 *sexies* c.c.), in tema di poteri istruttori e ascolto del minore dei procedimenti della crisi della famiglia e 38 *bis* disp. att. c.c. (sulle modalità operative inerenti l'ascolto).

L'ascolto, il più significativo tra i diritti partecipativi, è dunque oggi nell'ordinamento italiano un istituto di carattere generale, che può essere disposto anche in procedimenti per i quali pure in astratto non sia indicato da una disposizione specifica, rappresentando esso un vero e proprio diritto acquisito del minore, la cui salvaguardia è un dovere pubblico²⁵.

3.1 Minore età e consenso: il caso della varianza di genere

Il corpo è il primo veicolo attraverso il quale il genere e la sessualità sono esposti agli altri, appresi nei loro significati sociali e culturali e trattati dalle norme giuridiche. Ed è grazie a queste norme che il corpo guadagna un'esistenza sociale. Se è vero che gli individui dipendono dal riconoscimento degli altri, è necessario che i criteri sulla base dei quali il riconoscimento opera siano i più inclusivi possibile: liberandosi dalla presa normalizzante e violenta del mito dei due sessi e del paradigma eterosessuale – quella per cui la volontà di modificare nome e genere anagrafici debba essere diagnosticata come *gender dysforia* o quella per cui l'ambiguità genitale dei minori intersessuali debba essere necessariamente risolta dal bisturi – si può pensare un processo di riconoscimento plurimo, volto a rivendicare uno statuto di realtà, di «vivibilità» anche per quelle identità eccezionali finora marginalizzate e oppresse.

La questione giuridica del consenso a intraprendere percorsi sanitari volti, da un lato, a bloccare temporaneamente la pubertà in attesa che il minore raggiunga una consapevolezza e maturità tali da poter stabilire con certezza in che modo raggiungere il proprio benessere psico-fisico e, dall'altro, la sottoposizione a terapie ormonali e a interventi chirurgici finalizzati all'adeguamento irreversibile del soma con la psiche rappresenta senza dubbio uno dei temi bioetici più delicati e dibattuti degli ultimi anni. Alla luce del complesso quadro delle fonti che occorre considerare attualmente, tra normative interne ed europee e garanzie sancite a livello internazionale, si è assistito ad un progressivo ridimensionamento della «potestà assoluta» degli adulti, da un lato, e ad una valorizzazione del diritto di parola, se non di autonomia, del minore dall'altro. Ciò anche a seguito

24 Si rimanda, tra gli altri, a A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i «figli» hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2013, pp. 263 ss.; DANOVÌ, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in *Fam. e dir.*, 2014, pp. 535 ss.; BUFFONE, *L'ascolto del minore*, in *Il civilista. Speciale Le novità del "decreto filiazione"*, 2014, pp. 73 ss.

25 La posizione del minore all'interno del processo appare ancora troppo poco valorizzata. Soprattutto manca di effettività la previsione dei diritti di partecipazione del bambino nelle procedure che lo riguardano: salve specifiche e isolate ipotesi, il minore non viene considerato parte (formale) del processo, non v'è dunque l'obbligo di garantirgli un proprio difensore tecnico, con la conseguenza spesso di trasformare il suo ascolto in una sorta di «autodifesa». Ciò può condurre, in taluni casi, a un vero e proprio impoverimento del valore del diritto all'ascolto che, come ricordato, ha carattere generale (il nuovo art. 315 *bis*, 3° comma, non lo circoscrive al tema del processo, ma lo estende a tutte «le questioni e le procedure» che riguardano il figlio) ed impone il dovere di prendere in carico la volontà del minore, in primo luogo da parte dei genitori o più in generale i soggetti che esercitano la correlata responsabilità, ma non solo da parte di essi. Il dovere di ascolto e di tutela dei minori, in quanto soggetti vulnerabili, è compito primario della collettività e dello Stato. Cfr., per esempio, M.G. RUO, *Il curatore del minore. Compiti, procedure, responsabilità*, Maggioli, Rimini, 2014.

di una notevole implementazione degli interventi dell'autorità giudiziaria minorile, volti al controllo dell'esercizio della responsabilità genitoriale in aree sempre più estese di conflittualità. Una di queste aree è quella relativa alle decisioni sui trattamenti sanitari. Quale peso assegnare alla volontà del minore rispetto alle decisioni sui trattamenti medici che lo riguardano? Ma ancora prima: *chi* decide dei trattamenti sanitari dei minori? Il Tribunale per i minorenni di Milano, per esempio, ha recentemente sostenuto, a proposito della decisione circa l'inserimento in una comunità psichiatrica di un sedicenne, che «non si può sostenere che i genitori rappresentino i figli minori anche in relazione alle scelte mediche, in particolare quando il minore abbia raggiunto un'età tale da non poterlo ritenere incapace naturalisticamente, altrimenti si giungerebbe alla privazione di diritti personalissimi sulla sola base del dato formale rappresentato dall'incapacità legale»²⁶.

La questione della disponibilità del proprio corpo da parte del minore e del diritto all'autodeterminazione rispetto alle scelte più intime, deve misurarsi con l'esigenza di protezione e di perseguimento della sua salute e del suo benessere. In altre parole, è necessario individuare il giusto equilibrio tra autonomia e protezione, specie in relazione all'esercizio dei diritti della personalità. Perché se è vero che «ci si trova di fronte ad una persona ancora in fase di formazione e sviluppo, la cui crescita è istituzionalmente affidata agli adulti che l'ordinamento individua come responsabili della cura di quel determinato soggetto»²⁷, è altrettanto vero che il riconoscimento al minore del valore di persona impone la tutela della sua dignità «a prescindere dalle attività che può compiere, e dalle particolari comunità e dalla classe sociale in cui si trova inserito»²⁸. Pertanto, se si vuole proteggere la personalità del minore, diventa indispensabile apprezzarne l'ascolto in funzione della realizzazione della sua personalità. «Il fatto che le decisioni sul corpo siano di particolare rilievo per l'esplicazione della personalità dell'individuo, nel caso del minore può essere indicativo di due esigenze non sempre convergenti: da un lato quella di garantire allo stesso ampi spazi di autonomia su scelte personali ed esistenziali, dall'altro quella di proteggere un soggetto che non ha ancora raggiunto la piena maturità»²⁹.

L'interprete, quindi, è chiamato a un compito non facile: ricostruire la posizione giuridica del minore, in particolare con riferimento alla gestione del proprio corpo e al consenso al trattamento medico. La questione diventa ancora più complessa quando tale trattamento medico serve, per esempio, a definire l'identità sessuale del minore secondo i suoi desideri e inclinazioni. Come comportarsi di fronte al minore che chiede di essere sottoposto ad un trattamento, chirurgico o ormonale, di cambiamento del sesso? Data la fluidità dei parametri da valutare (capacità di discernimento del minore, suo superiore interesse, autodeterminazione sessuale) e la mancanza di criteri legislativi certi, è cruciale la cooperazione tra tutti i soggetti coinvolti (minori, genitori, medici, autorità giudiziaria), al fine di individuare la soluzione migliore per il massimo benessere del minore.

«Il discorso, partito dalle esigenze di autodeterminazione del minore, si sposta a questo punto su un possibile concorso e conflitto tra genitori, medici e minore nella (etero)determinazione dell'interesse di quest'ultimo. [Tuttavia] ritenere che la capacità di discernimento possa (e debba) essere valutata caso per caso attribuisce una responsabilità maggiore alla figura professionale cui il minore si rivolge. Questi peraltro non dovrebbe sostituirsi alla funzione educativa dei genitori, ma limitarsi a valutare la capacità del minore di (auto)determinare il proprio interesse»³⁰.

Con riferimento alla normativa italiana, la materia segue la regola generale del consenso informato³¹, secondo la quale qualsiasi trattamento sanitario, a eccezione di quelli imposti dalla

26 Tribunale per i minorenni di Milano, decreto del 21 gennaio 2011, in www.leggiditalia.it.

27 M. PICCINI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, Padova, 2007, p. 215.

28 P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in Enciclopedia giuridica, vol. XXIV, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991.

29 M. PICCINI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Op. cit., pp. 215-216.

30 *Idem*, p. 224.

31 Per un approfondimento si rinvia a U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989. Tale principio è stato riaffermato

legge, deve essere preceduto dalla manifestazione di volontà del soggetto interessato. Nel caso si tratti di persona minore di età, tale consenso deve essere prestato al medico dai genitori o dal suo legale rappresentante. L'atto infatti richiede la capacità di agire del soggetto oppure, in mancanza, l'intervento del suo rappresentante. Anche i testi normativi più recenti restano fedeli a tale principio, nonostante manifestino un'attenta considerazione, molto maggiore che in passato, per la personalità e la dignità del minore e quindi per le opinioni che questo è in grado di esprimere. In quest'ottica si è espresso anche il Comitato Nazionale per la Bioetica che ha rimarcato come il consenso informato sia *condicio sine qua non* per legittimare l'atto sanitario che altrimenti sarebbe illecito, perché lesivo del diritto soggettivo della persona di autodeterminazione e di mantenimento della propria integrità psico-fisica. Il consenso informato ha quindi molti significati impliciti: partecipazione, consapevolezza, libertà di scelta e libertà di decisione. Similmente si esprime anche la «Carta dei Diritti dei Bambini e degli Adolescenti in Ospedale», adottata nel 2008, che riprende la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (CRC) e s'ispira alla Carta di EACH (*European Association of Children in Hospital*) del 1988, nella quale viene garantito al bambino/adolescente, proprio in qualità di persona consapevole, il diritto di essere coinvolto nel processo di espressione dell'assenso/dissenso. L'art. 315 *bis* c.c., introdotto con la riforma del 2012, ha positivizzato la necessità di coinvolgere attivamente il minore in «*tutte le questioni e le procedure che lo riguardano*» e, dunque, anche in quelle che concernono le cure mediche. Tuttavia non ha chiarito le modalità, il peso che l'opinione debba rivestire nella formazione del consenso, l'effettività dei diritti del minore nei casi di conflitto con i genitori o il legale rappresentante. Per esempio, uno degli aspetti più critici riguarda la relazione tra età e «capacità di comprensione»: secondo il Comitato Nazionale per la Bioetica «è difficile pensare a un assenso-dissenso informato prima dei sette anni. Successivamente, quando il bambino esplora meglio le proprie motivazioni e le confronta con ciò che gli altri dicono e fanno, è pensabile un assenso-dissenso informato insieme a quello dei genitori. A partire dai dodici anni, si può supporre un'espressione di volontà progressivamente consapevole, perché anche di fronte a situazioni complesse, come per esempio interventi che invece di essere curativi o palliativi possano tendere verso azioni di accanimento terapeutico, i preadolescenti e gli adolescenti riescono a figurarsi il futuro e ad assumersene la responsabilità di fronte al proprio progetto di vita»³². Il compito di valutare la competenza del minore a prestare valido consenso al trattamento sanitario può risultare facilitato dal riferimento ad alcune norme che individuano certe fasce di età (si veda, per esempio, l'art. 2 della l.194/1978, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*). In tal senso i quattordici o sedici anni possono essere considerati un'età a partire dalla quale l'operatore potrà presumere, salva prova contraria, raggiunta la maturità richiesta; al di sotto di quest'età, occorrerà valutare attentamente, caso per caso, l'effettiva consapevolezza e maturità del soggetto. Il concetto chiave cui ancorare la soluzione di tali conflitti è quello, da una parte, di valorizzare il concetto di responsabilità genitoriale, in forza del quale le scelte del genitore, indirizzate alla realizzazione degli interessi del figlio, devono essere prese nel suo esclusivo interesse e con lui condivise, man mano che egli acquista capacità di discernimento, nel rispetto delle sue inclinazioni naturali e aspirazioni (art. 30 Cost.) e, dall'altra, di adempiere seriamente al dovere di ascolto del fanciullo, consentendogli un'effettiva partecipazione nelle decisioni che lo riguardano, nel rispetto della sua dignità e capacità di autodeterminazione (artt. 315 *bis*, 2° comma, e 316, 1° comma, c.c.)³³. Il discrimine tra autonomia decisionale del minore e potestà decisoria dei genitori è costituito

anche dalla giurisprudenza costituzionale. Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza del 23 dicembre 2008, n. 438 e 30 giugno 2009, n. 253.

32 Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Informazione e consenso all'atto medico*, 20 giugno 1992, in http://bioetica.governo.it/media/170114/p10_1992_informazion_e-e-consenso_abs_it.pdf (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

33 È la stessa Corte costituzionale a precisare che «l'art. 2 Cost. collega, dunque, i diritti inviolabili al valore della persona e al principio di solidarietà. I diritti di libertà sono riconosciuti, cioè, dalla Costituzione in relazione alla tutela e

dalla capacità di discernimento che consente alla giovane di decidere autonomamente circa l'interruzione della gravidanza, ammette l'avvio di percorsi di recupero dell'adolescente dalle tossicodipendenze senza che ne siano informati i genitori (artt. 75 e 120, 2° comma, d.p.r. 9-10-1990, n. 309), legittima le sue decisioni circa il trattamento medico sanitario e le scelte sulla procreazione responsabile. Sono questi tutti casi che evidenziano come la scelta del minore di non informare i genitori deve essere rispettata, ma non di rado si pone la questione circa l'opposizione alla scelta degli esercenti la responsabilità, quando risulti in concreto contraria all'interesse del minore. Nello stesso senso, con riguardo al diritto all'identità sessuale, da ricomprendersi nel diritto alla salute psico-fisica³⁴ di cui all'art. 32 Cost., si muove la decisione circa l'intervento chirurgico di riattribuzione di sesso su un diciassettenne cui era stato diagnosticato con certezza un disturbo dell'identità di genere: la manifestazione del consenso informato costituisce un «atto complesso, espressione di due volontà concorrenti, quella del minore e quella del genitore»³⁵, pur nel silenzio della legge n. 164 del 1982 regolante la materia.

In generale, però, nonostante tali orientamenti, in Italia è ancora assente una regolamentazione normativa sistematica che indichi quali siano i principi e le più corrette modalità per informare i minori sui trattamenti sanitari cui debbano essere eventualmente sottoposti ed esprimere il loro consenso/dissenso. Questo comporta un notevole grado di incertezza in ambito clinico e difficoltà nel garantire contemporaneamente la tutela delle norme di legge e dei principi etici.

Nemmeno la recente riforma del 2017, legge n. 219, che ha finalmente dettato in modo chiaro una disciplina in materia di consenso informato e ha introdotto le cd. disposizioni anticipate di trattamento³⁶, può considerarsi un punto d'arrivo appagante. In particolare, l'art. 1 della legge n. 219, sottolineando la diretta derivazione delle soluzioni indicate dalla Carta costituzionale (artt. 2, 13 e 32) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 1, 2 e 3), ribadisce, in linea generale, la correlazione fra espressione del consenso (all'inizio e alla prosecuzione del trattamento sanitario) e informazione, inquadrandola nella relazione di cura e fiducia tra paziente e medico. L'importanza di questa relazione, all'interno della quale si svolge dinamicamente la pianificazione delle cure (art. 5), si coglie in tutto l'impianto della legge e al suo interno sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo. Contestualmente viene ribadito che il diritto di essere informati presuppone una comunicazione comprensibile, completa e aggiornata, idonea a consentire una adeguata valutazione dei rischi e dei benefici, fermi restando il diritto del paziente di rifiutare di ricevere tali informazioni e il dovere di registrare il rifiuto. La parte sicuramente più innovativa concerne le disposizioni anticipate di trattamento (art. 4), ovvero gli atti in cui qualsiasi persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, può esprimere le proprie preferenze e convinzioni in

allo sviluppo del valore della persona e tale valore fa riferimento non all'individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita in relazioni sociali. Il costituzionalismo contemporaneo è, del resto, ispirato all'idea che l'ordinamento non deve limitarsi a garantire i diritti costituzionali ma deve adoprarsi per il loro sviluppo. Di qui una concezione dell'individuo come persona cui spetta una "libertà di" e non soltanto una "libertà da"» (sentenza n. 141 del 2019, Considerato in diritto, § 5.1). Cfr., in particolare, L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, in Atti del Convegno nazionale U.C.G.I., Pavia, 5-7 dicembre 2009, Milano, 2012; A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in *Pol. dir.*, 2014, pp. 403 ss.

³⁴ Corte cost., sentenza del 6 maggio 1985, n. 161.

³⁵ Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, in *Foro.it*.

³⁶ Si tratta di una di quelle materie «eticamente sensibili» che, a fronte dell'inerzia del legislatore, ha visto un attivismo giurisprudenziale piuttosto spinto, il quale ha svolto un ruolo cruciale di applicazione di norme costituzionali e sovranazionali. Si pensi, per esempio, alle problematiche emerse, in sede civile, come in sede penale, e sottese all'esercizio dei cd. diritti personalissimi in materia di consenso o rifiuto di trattamenti terapeutici da parte delle persone incapaci di intendere e di volere: Cass. 13 novembre 2008, n. 27145; App. Milano, decreto 9 luglio 2008, *id.*, 2009, I, 35 e 37; Trib. Roma 23 luglio 2007, *id.*, 2008, II, 105; o, più recentemente, alla vicenda costituzionale in tema di suicidio assistito (Corte. cost. ordinanza n. 207 del 2018, cd. «caso Cappato»).

materia di trattamento sanitario, potendo anche nominare, con atto scritto, un soggetto fiduciario che lo rappresenti nelle relazioni con il medico e gli ospedali.

Il consenso informato può essere espresso in forma scritta e deve essere inserito all'interno della cartella clinica, anche se è prevista la possibilità di esprimere tale consenso mediante videoregistrazione o altre apparecchiature elettroniche di comunicazione. Il consenso informato può essere sempre revocato e viene stabilito il principio secondo cui ogni persona maggiorenne, ovviamente capace di intendere e di volere, ha il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario.

La lacuna rimane con riferimento alle persone minori di età: l'art. 3 della legge dispone che il consenso informato sia espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore.

Il tema del consenso informato, che, come detto permea l'intera disciplina dettata dalla l. n. 219 del 2017, viene, quindi, affrontato, in termini non soddisfacenti con riguardo alla posizione dei minorenni: infatti, sebbene si sottolinei che la persona minore di età (o incapace) abbia il diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1, al punto che deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà (diritto all'ascolto), dall'altro lato non se ne garantisce l'effettività non prevedendo una necessaria ed automatica procedura che investa l'autorità giudiziaria in caso di conflitto (salvo l'ipotesi del rifiuto di cure che il medico reputi appropriate e necessarie (art. 3, comma 5)).

Quindi, nonostante sia riaffermato il dovere di tenere conto della volontà del minorenne, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità (peraltro equiparandolo alla situazione personale, ben diversa, dell'interdetto o del beneficiario dell'amministrazione di sostegno), nulla si dice su come affrontare sia l'ipotesi del contrasto tra i genitori, destinato ad essere risolto con gli strumenti processuali ordinariamente finalizzati alla composizione dei contrasti sull'esercizio della responsabilità genitoriale, sia l'ipotesi in cui sia il minore ad essere in disaccordo con le indicazioni dei rappresentanti, in favore o in sfavore del trattamento.

4. L'esperienza inglese

Anche negli ordinamenti di *common law* si sono poste questioni simili, se pur affrontate in modi e termini diversi. Nel Regno Unito, l'affermazione del minore come autonomo titolare di diritti ha visto un'evoluzione dal diciannovesimo secolo in poi³⁷, soprattutto grazie all'attività della giurisprudenza e all'adesione alle Carte internazionali a tutela dei minori³⁸. In particolare, in Inghilterra l'ambito del consenso ai trattamenti sanitari è stato quello in cui il legislatore si è mostrato più disponibile a riconoscere l'autonomia del minore rispetto a quella dei genitori e di eventuali tutori³⁹. Di notevole importanza è stato l'apporto della *common law* che ha fornito le basi per l'individuazione di una specifica capacità in capo al minorenne⁴⁰. A ciò ha fatto seguito l'adozione del *Children Act* del 1989 che ha riconosciuto il minore quale titolare di veri e propri diritti, che sia il giudice sia il legislatore devono rispettare e garantire in via preminente.

³⁷ Per un'esaustiva ricognizione dell'evoluzione della posizione del minore nel Regno Unito, si rinvia a N. LOWE, G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, (X ed.) Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 350-68; A. BAINHAM, *Children: the modern law*, Family Law, Bristol, 2005, pp. 29-77 e pp. 97-114.

³⁸ Prima fra tutte la già ricordata la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989. Per approfondimenti, G. VAN BUEREN, *The international law on the rights of the child*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998; M. R. SAULLE, *Codice Internazionale dei diritti del minore*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992; mentre il testo della Convenzione è reperibile online sul sito <https://www.unicef.it/> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

³⁹ E' questa la *Section 8* del Family Law Reform Act 1969.

⁴⁰ Si tratta della «Gillick competence», enucleata dai giudici nel caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, HL.

4.1 L'accesso ai trattamenti medico-sanitari da parte dei minori in Inghilterra: tra principi di *medical law* e giurisprudenza di *common law*

Anche nel diritto inglese, in materia di «*medical law*» o «*healthcare law*»⁴¹, il principio cardine è quello del consenso informato («*informed consent*») del paziente al trattamento sanitario, che è filiazione diretta del principio di autodeterminazione dell'individuo. Ora, i dati normativi di riferimento sono eterogenei e vanno integrati con i principi enucleati dalla giurisprudenza di *common law*.

Primo in ordine cronologico è il *Family Law Reform Act 1969* (FLRA) la cui *Section 8*, rubricata espressamente «*Consent by persons over 16 to surgical, medical and dental treatment*», stabilisce che: «(1) *The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian*». Perciò tra i sedici e i diciotto anni, il minore è ritenuto in condizione tale da potere prestare validamente il proprio consenso ai trattamenti sanitari. Occorre verificare se e quando i minori di sedici anni possono essere considerati abbastanza maturi per prendere decisioni del genere.

In questi casi, la regola è il cd. «*parental consent principle*», per cui laddove si renda necessario per il bambino sottoporsi ad un trattamento sanitario il potere di fornire il consenso spetta ai genitori o ai soggetti che hanno la responsabilità genitoriale nei suoi confronti⁴². In via più generale, poi, il *Children Act* del 1989 attribuisce a chiunque abbia la tutela *de facto* di un minore il dovere «*to do what it reasonable in all circumstances of the case for the purpose of safeguarding or promoting the child's welfare*»⁴³. A questo proposito, lo stesso *Children Act* formalizza il principio dei «*best interests of the child*»⁴⁴ (anche noto come «*welfare of the child*»), già sviluppato abbondantemente dalla giurisprudenza, e secondo cui il benessere del minore deve essere considerato in via preminente quando si tratta di prendere decisioni che interessino il bambino⁴⁵. E' bene ricordare che

41 M. A. JONES, A. E. MORRIS, *Medical Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005; A. GRUBB, J. LAING, *Principles of Medical Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

42 J. BRIDGEMAN, *The provision of healthcare to young and dependent children: the principles, concepts, and utility of the Children Act 1989*, in *Medical Law Review*, 25 (3), 2017, pp. 363-396; 377; A. BAINHAM, *Children: the modern law*, Op. cit., pp. 313-318.

43 *Children Act 1989*, s 3 (5) «*Meaning of 'parental responsibility'*» - «(5) A person who— (a) does not have parental responsibility for a particular child; but (b) has care of the child, may (subject to the provisions of this Act) do what is reasonable in all the circumstances of the case for the purpose of safeguarding or promoting the child's welfare».

44 *Children Act 1989*, s 1(1) «*Welfare of the child*» - «When a court determines any question with respect to— (a) the upbringing of a child; or (b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration».

45 Fondamentale, sotto questo profilo, è stato il ruolo giocato dalla normativa internazionale, che ha dato un notevole apporto allo sviluppo e all'articolazione della posizione del bambino come «titolare di diritti». Così, G. DOUGLAS, *An Introduction to Family Law*, Op. cit., p. 80. In particolare, da ricordare la già nota Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989, che riconosce ai minori gli stessi diritti civili, politici, sociali, economici e culturali degli adulti. Specialmente l'articolo 3 di tale Convenzione impone sugli Stati Parte che nelle decisioni di qualsiasi autorità pubblica, amministrativa, giudiziaria o legislativa interna «l'interesse superiore del minore» deve essere una considerazione preminente. Contemporaneamente, hanno notato alcuni, una tale tendenza stava andandosi affermando nel diritto interno del Regno Unito. La supremazia dell'interesse del minore è stata per la prima volta affermata oltremarina nel famoso caso *Ward v Laverty* [1925] AC 101, avente per oggetto una richiesta di un *writ* di *habeas corpus* da parte della prozia paterna di tre orfani al fine di ottenerne la custodia a seguito della morte della madre. La signora adduceva come motivazione a tale richiesta di custodia il desiderio che i pronipoti venissero cresciuti secondo i dettami della religione cristiana cattolica romana, religione del padre, mentre al tempo della domanda giudiziale i bambini vivevano, dalla morte della madre, presso i nonni materni ed erano stati allevati secondo la religione cristiana presbiteriana. La House of Lords, pur ritenendo di dover tenere in alta considerazione la volontà ed i desideri del padre come, affermò che dovesse essere il benessere dei bambini la considerazione prevalente nella decisione («*paramount consideration*»). Testualmente, Viscount Cave LC, in *Ward v. Laverty*, § 108: «It is the welfare of the children, which [...] forms the

l'applicazione del *welfare principle* non determina il riconoscimento automatico della piena autonomia del minore a scapito dell'autorità dei genitori, anche se ne diluisce l'intensità⁴⁶ e contribuisce in maniera significativa a rendere più flessibile la normativa positiva. Infatti, vi sono alcuni ambiti (tra cui spicca quello dei trattamenti medico-sanitari) in cui la volontà del minore deve essere tenuta in massima considerazione nel più ampio quadro di bilanciamento degli interessi in gioco⁴⁷.

Pertanto, è corretto affermare che il principio del «*parental consent*» non è assoluto ma conosce numerose eccezioni⁴⁸, tra cui, per quel che ci interessa, proprio quella relativa alla prestazione di un valido consenso alle cure mediche da parte di minori infrasedicenni. I giudici inglesi, proprio a partire dalla nozione dei «*best interests of the child*», hanno accolto infatti la possibilità che un infrasedicenne esprima il consenso a un trattamento medico purché sia ritenuto capace di discernimento per decidere autonomamente. A tal fine è stato elaborato il cd. «*Gillick test*»⁴⁹ dall'omonima sentenza della House of Lords, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*⁵⁰.

paramount consideration in these cases». Di conseguenza, la House of Lords rilevò che la famiglia paterna non aveva mostrato interesse per i bambini prima della morte della madre; che la figlia maggiore era ben inserita nella scuola scelta dai nonni materni e condivideva la fede presbiteriana della madre e dei nonni. In conclusione, la Corte non ritenne che vi fossero sufficienti motivi per separare i bambini dai nonni materni che li avevano amorevolmente allevati ed educati fino ad allora. Cfr. N. LOWE, G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Op. cit., p. 362 e pp. 450-55. Per approfondimenti, G. VAN BUEREN, *The international law on the rights of the child*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1998; M. R. SAULLE, *Codice Internazionale dei diritti del minore*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1992. Il testo della Convenzione è reperibile online in <https://www.unicef.it/> (Ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

46 N. LOWE, G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Op. cit., p. 362.

47 M. FREEMAN, *Article 3: the best interest of the child*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007; M. FREEMAN, *The best interest of the child? Is the best interest of the child in the best interests of children?*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 11, 1997, pp. 360-388. Non è un caso che, in ossequio all'articolo 12 della Convenzione – che introduce il diritto all'ascolto del minore – il legislatore britannico abbia previsto la *Section* (1) (3) (a) del Children Act del 1989 che dispone che nei procedimenti civili in materia giusfamiliare debbano essere tenute di conto le inclinazioni e le aspirazioni «accertabili» («*ascertainable*») del minore coinvolto. Cfr. N. LOWE, G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Op. cit., p. 362.

48 In primo luogo, lo Stato può in alcune circostanze intervenire e circoscrivere la discrezionalità genitoriale nel campo dei trattamenti sanitari per tutelare la salute del bambino, e può farlo direttamente tramite legislazione ad hoc, o indirettamente tramite i servizi sociali e le corti. In secondo luogo, possono verificarsi casi ove, nel conflitto tra il genitore ed il bambino, debba prevalere la volontà del bambino. In terzo luogo, il medico può agire anche senza il consenso del genitore. A. BAINHAM, *Children: the modern law*, cit., 318-331. In particolare, sui limiti all'intervento statale si veda M. FREEMAN, *The best interest of the child?*, Op. cit., pp. 370-379.

49 A. BAINHAM, *Children: the modern law*, Op. cit., pp. 346-349.

50 House of Lords, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] AC 112. In realtà, la primissima sentenza in cui viene fatto riferimento alla «capacità di discernimento del minore» per valutare o meno la legittimità di comportamenti dei genitori è il caso *R v. D* [1984] AC 778 HL del 1984. Nel caso in specie, il padre del bambino era accusato di averlo rapito dalla casa della madre; il convenuto si era difeso asserendo di avere il pieno diritto, secondo la common law britannica, di portare con sé il figlio in quanto la sua posizione di padre era predominante rispetto a quella della madre e del bambino («*paramountcy of his position at common law*»). (*R v. D* [1984] per Lord Brandon at 805.) La House of Lords rigettò tale argomentazione, ritenendo che la primazia della figura paterna nella famiglia fosse ormai superata [«[...] the paramountcy of a father's position in the family home [has] been progressively whittled away, until now, in the second half of the 20th century, [it] can be regarded as having disappeared altogether» (*R v. D* [1984] per Lord Brandon at 805) e concentrando la propria analisi sul fatto che il consenso del bambino ad andare con il padre potesse costituire una «*defence*» per il padre stesso. I Lords ritennero che tale caso potesse fungere da scusante e affermarono che: «I see no good reason why, in relation to the kidnapping of a child, it should not in all cases be the absence of the child's consent which is material, whatever its age may be. In the case of a very young child, it would not have the understanding and intelligence to give its consent, so that absence of consent would be necessary inference from its age. In the case if an older child, however, it must, I think be a question of a fact for a jury whether the child concerned has sufficient understanding and intelligence to its consent [...] While the matter will always be for the jury alone to decide, I should not expect a jury to find at all frequently that a child under 14 had sufficient understanding and intelligence to give its consent» (*R v. D* [1984] per Lord Brandon at 806.) Dunque, con *R v. D* si introduce il concetto per cui un bambino che abbia compiuto quattordici anni debba considerarsi in grado di poter prendere decisioni per il proprio futuro, anche se la vera e propria affermazione dell'autonomia del minore

Il caso aveva per oggetto le lamentele della signora Gillick, madre di tre figlie non ancora sedicenni, con riferimento ad una circolare ministeriale che accordava ai dottori la facoltà di poter fornire a ragazze di età inferiore ai sedici anni consigli e trattamenti contraccettivi senza il previo consenso dei genitori. La signora Gillick adiva dunque il tribunale poiché riteneva leso il suo diritto, in quanto madre e genitore responsabile⁵¹, ad essere informata⁵² rispetto a qualsiasi trattamento medico riguardante le figlie. L'*House of Lords* concluse che, laddove il minore fosse stato sufficientemente intelligente e maturo da comprendere pienamente la natura e le conseguenze del trattamento, avrebbe potuto esprimere un consenso valido al trattamento, pure con riguardo alla contraccezione⁵³. I giudici, in particolare, affermarono che non vi era un principio generale che riconoscesse in capo ai genitori un'«autorità assoluta fino al raggiungimento di una determinata età»⁵⁴. Come si legge nell'opinione di Lord Scarman, che ha dato la definizione di quello che nell'ordinamento inglese è divenuto il «*Gillick test*», «il principio insito [nella normativa giusfamiliare] prevede che i diritti dei genitori cedano il passo di fronte al diritto del figlio a prendere decisioni autonome una volta che questi abbia raggiunto una capacità di raziocinio e discernimento («*sufficient understanding and intelligence*») tali da essere perfettamente in grado di comprendere le conseguenze delle proprie scelte con riguardo a materie che richiedano una tale attività»⁵⁵. Di conseguenza, nel caso di specie, la figlia della signora Gillick fu ritenuta sufficientemente competente, ancorché non ancora sedicenne, per sottoporsi volontariamente e senza il consenso della madre a trattamenti contraccettivi.

La *Gillick competence* tuttavia deve essere verificata volta volta, caso per caso. Così, il giudice che si trova a dover decidere una controversia dovrà considerare ulteriori elementi, oltre a quelli già ricordati. In primo luogo, si guarderà al dato normativo, il *Mental Capacity Act 2005* (MCA), per esempio, in base al quale a ogni soggetto è riconosciuta la capacità di prendere decisioni riguardanti il proprio futuro «salvo che non sia dichiarato incapace».⁵⁶ Con riferimento ai minori, le linee guida della *Care Quality Commission* del 2017 specificano che «*mental capacity is present if a person can understand information given to them, retain the information given to them long enough to make a decision, can weigh up the advantages and disadvantages of the proposed course of treatment in order to make a decision, and can communicate their decision*»⁵⁷.

Di grande aiuto è anche il *BMA's handbook of ethics and law*, il manuale della British Medical Association, che fissa i criteri cardine quando ci si rapporta con bambini e adolescenti («*children and young people*»)»⁵⁸. Innanzitutto, quando ci si trova davanti a un minore è necessario combinare il

rispetto al volere dei genitori arriverà solo con *Gillick* nel 1986.

51 C. BARTON e G. DOUGLAS in *Law and Parenthood*, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 1995, p. 118, notano come prima del Children Act del 1989 (*Gillick* è del 1986) non fosse chiaro se la potestà genitoriale fosse esercitabile da uno solo dei genitori, in questo caso la madre. Gli Autori riportano l'opinione di Lord Fraser §163, il quale a sua volta rileva che «Il marito della signora Gillick non è parte nel giudizio pendente, tuttavia egli si è dichiarato del tutto d'accordo con le posizioni della moglie ed io procederò di conseguenza».

52 Ed anche, il diritto ad opporsi, laddove lo ritenesse opportuno.

53 *Ibidem*.

54 N. LOWE, G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Op. cit., p. 363.

55 «I would hold that as a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment *terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed*. It will be a question of fact whether a child seeking advice has sufficient understanding of what is involved to give a consent valid in law». *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, HL, per Lord Scarman § 184(A).

56 *Mental Capacity Act 2005*, s 1 (2).

57 CARE QUALITY COMMISSION, *Brief guide: capacity and competence to consent in under 18s*, dicembre 2017, reperibile online sul sito: https://www.cqc.org.uk/sites/default/files/20180228_briefguide-capacity_consent_under_18s_v2.pdf (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

58 BRITISH MEDICAL ASSOCIATION (BMA), *Medical Ethics Today. BMA's handbook of ethics and law*, (III ed.), Wiley-Blackwell Ltd.-BMJ Books, Chichester, West Sussex, 2012, pp. 145-183.

rispetto per l'autonomia individuale del soggetto con il principio dei «*best interests of the child*»⁵⁹. In questo senso, si tenta di incoraggiare il giovane a prendere le decisioni che si sente di prendere a patto che ne abbia la capacità. Pertanto, la BMA ha stabilito che il paziente minorenne abbia diritto a: «*be kept as fully informed as possible about their care and treatment; be able to expect health professional to act as their advocates; have their views and wishes sought and taken into account as part of promoting their welfare in the widest sense; be able to consent to treatment when they have sufficient “understanding and intelligence”; be encouraged to take decisions in collaboration with other family members, especially parents, if this is possible*»⁶⁰. Con particolare riferimento agli infrasedicenni, la BMA prosegue affermando che il consenso sarà valido solo se fondato su tre elementi: «*competence, information and voluntariness*» - ove per «*competence*» si intende «*Gillick competence*»⁶¹. Per accertare tale capacità vengono indicati una serie di punti che il medico dovrà accertare per valutare se l'infrasedicenne è capace di prestare il proprio consenso informato⁶². Vengono inoltre indicati i vari metodi per condurre la valutazione circa la sussistenza o meno della *competence*⁶³.

Va segnalato, tuttavia, che le Corti inglesi hanno successivamente ristretto la portata di questa decisione, sottolineando come i genitori e, in ultima istanza il giudice, mantengano un diritto parallelo di consenso e possano scavalcare le competenze del bambino, imponendo o rifiutando un certo trattamento, al fine di perseguire il suo massimo benessere («*best interests of the child*»), confermando la natura ambivalente di tale clausola, fundamentalmente rivolta a garantire la giustizia sostanziale del caso concreto.

4.2 La varianza di genere nei minori: la posizione della giurisprudenza inglese

Alla luce di questo quadro normativo, occorre ora vedere come è affrontata la questione specifica dei minori con varianza di genere che chiedono di essere sottoposti a cure ormonali o interventi chirurgici di modifica dei caratteri sessuali. Meritano di essere presi in considerazione due recenti casi che sono emblematici del disorientamento del diritto inglese nella gestione di questi fenomeni: il primo del 2015, *PD v. SD & JD (PD)*⁶⁴, e il secondo del 2016, *Re J (A Minor)*⁶⁵.

In *PD*, il ricorrente è un ragazzo di sedici anni nato biologicamente femmina che nel 2015 cambia legalmente il proprio nome da HD a PD in conformità al genere al quale sente di appartenere. Il ragazzo era stato adottato all'età di sei anni e fin dall'infanzia aveva sempre manifestato disagio nel riconoscersi come femmina e nel comportarsi come tale, preferendo invece identificarsi come maschio. Nel settembre del 2014, il medico curante aveva indirizzato il ragazzo e i genitori al *Tavistock Gender Identity Clinic* – clinica specializzata nel trattamento della varianza di genere, dell'intersessualità e della transessualità nei bambini tra gli 0 ai 18 anni – poiché riteneva PD affetto da disforia di genere. I genitori si erano opposti a tale consulto, non ritenendo che la condizione del figlio fosse tale da necessitare di assistenza medica specialistica. Dopo due episodi di tentato suicidio per overdose di sonniferi, il ragazzo viene ricoverato presso la locale struttura CAMHS

59 J. BRIDGEMAN, *The provision of healthcare to young and dependent children: the principles, concepts, and utility of the Children Act 1989*, Op. cit., pp. 394-395.

60 *Idem*, p. 147.

61 BRITISH MEDICAL ASSOCIATION (BMA), *Medical Ethics Today. BMA's handbook of ethics and law*, Op. cit., p. 149.

62 Tra cui ricordiamo: «the ability to understand that there is a choice and that choices have consequences; the ability to weigh the information in the balance and arrive at a decision; an understanding of the nature and the purpose of the proposed procedure; an understanding of the proposed procedure's risks and effects; an understanding of the alternatives to the proposed procedure, and the risks attached to them; freedom for undue pressure». *Ibidem*.

63 *Idem*, pp. 151-152.

64 *PD v. SD & JD*, [2015] EWHC 4103 (Fam).

65 *Re J (A minor)*, [2016] EWHC 2430 (Fam).

(*Child and Adolescent Mental Health Services*)⁶⁶, e successivamente viene dato in affidamento ad un'altra famiglia ai sensi della *Section 20* del *Children Act*⁶⁷. I genitori SD e JD, per timore di perdere i contatti con il figlio, non si oppongono al ricovero presso la CAMHS e alle visite al Tavistock Centre, pur continuando a non accettare il disagio del figlio. Il ragazzo, a questo punto, dichiara di voler recidere completamente i rapporti con la famiglia, non avendo mai avuto il supporto e la comprensione desiderati, e pertanto chiede espressamente che non venga passata ai genitori alcuna informazione relativa al suo stato di salute e alle cure intraprese. Nonostante l'iniziale opposizione, i genitori acconsentono a non ricevere più tali informazioni, proponendo in alternativa di avere almeno aggiornamenti trimestrali sulle condizioni del figlio, in vista di una futura riconciliazione. Compiuta l'età di sedici anni, PD conferma la volontà di chiudere i rapporti con i genitori adottivi in via permanente e dichiara di voler rimanere con la famiglia affidataria.

Ora, sebbene la legge inglese disponga che il minore di anni sedici possa prestare un valido consenso informato, i servizi sociali locali che seguono il ragazzo ritengono comunque che sia necessario informare i genitori sulle scelte mediche del figlio, ai sensi delle *Sections 22*⁶⁸ e *26*⁶⁹ del *Children Act* che prevedono l'obbligo di consultare ed informare i genitori del minore in merito alla sua salute. Ciò però ha l'effetto di esasperare il conflitto tra la famiglia e il giovane, il quale ricorre al giudice sostenendo la violazione del suo diritto alla riservatezza.

La decisione del giudice inglese ruota prevalentemente intorno al significato e alla portata applicativa dell'articolo 8 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU) che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁷⁰, così come già anche interpretato dalla giurisprudenza inglese, in particolare in due famosi precedenti del 2006, *Re C (Care: Consultation with Parents not in Child's Best Interests)*⁷¹ e *Regina on the Application of Sue Axon v. Secretary of State for Health*⁷². In quell'occasione, la Corte aveva avuto modo di chiarire che il diritto di cui all'art. 8 CEDU deve essere garantito in modo pieno anche al minore, quale soggetto a sé stante rispetto ai genitori⁷³.

Ora, il dovere di riservatezza rispetto al trattamento dei dati sanitari è particolarmente importante e può essere derogato solo a determinate condizioni e per ragioni significative. Ciò vale anche nell'ipotesi in cui l'interessato sia un minore. Nel caso di specie, viene rilevata, in primo luogo,

⁶⁶ Per ulteriori informazioni su questa struttura si veda il sito del National Health Service (NHS), <https://www.nhs.uk/using-the-nhs/nhs-services/mental-health-services/child-and-adolescent-mental-health-services-camhs/> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

⁶⁷ Children Act 1989, s 20 «Provisions for accommodation for children: general» – «(1) Every local authority shall provide accommodation for any child in need within their area who appears to them to require accommodation as a result of – (a) there being no person who has parental responsibility for him; (b) his being lost or having been abandoned; or (c) the person who has been caring for him being prevented (whether or not permanently, and for whatever reason) from providing him with suitable accommodation or care».

⁶⁸ Children Act 1989, s 22 «General duty of local authority in relation to children looked after by them» – «Before making any decision with respect to a child whom they are looking after, or proposing to look after, a local authority shall, so far as is reasonably practicable, ascertain the wishes and feelings of – (a) the child; (b) his parents; (c) any person who is not a parent of his but who has parental responsibility for him; and (d) any other person whose wishes and feelings the authority consider to be relevant, regarding the matter to be decided.»

⁶⁹ Children Act, s 26 (2) «Review of cases and inquiries into representation» – «(2)The regulations may, in particular, make provision – (a) as to the manner in which each case is to be reviewed; (b) as to the considerations to which the local authority are to have regard in reviewing each case; (c) as to the time when each case is first to be reviewed and the frequency of subsequent reviews; (d) requiring the authority, before conducting any review, to seek the views of— (i) the child; (ii) his parents; (iii) any person who is not a parent of his but who has parental responsibility for him; and (iv) any other person whose views the authority consider to be relevant, including, in particular, the views of those persons in relation to any particular matter which is to be considered in the course of the review».

⁷⁰ Come già operato nel precedente *Re C (Care: Consultation with Parents not in Child's best Interests)* [2006] 2 FLR 867; cfr. *PD v. SD & JD* [2015] EWHC 4103 (Fam), § 23.

⁷¹ *Re C (Care: Consultation with Parents not in Child's best Interests)* [2006] 2 FLR 867.

⁷² *Regina on the Application of Sue Axon v. Secretary of State for Health* [2006] EWHC 37 (Admin).

⁷³ *PD v. SD & JD* [2015] EWHC 4103 (Fam), § 25.

la violazione del diritto alla riservatezza del minore, poiché senza il suo consenso sono state divulgate ai genitori informazioni riservate e strettamente personali riguardanti il suo stato di salute. In secondo luogo, la Corte ritiene che il diritto al rispetto della vita familiare riconosciuto ai genitori debba essere bilanciato con il diritto alla vita privata – inteso come spazio di autodeterminazione della persona nelle sue scelte esistenziali – del figlio nel momento in cui egli acquista la capacità di «*suffiecent understanding and intellingence*» per prendere le proprie decisioni e comprenderne le conseguenze – cosa che peraltro è presunta per legge visto che nel frattempo PD ha compiuto gli anni sedici. In tale bilanciamento, quindi, il diritto *ex art. 8 CEDU* in capo ai genitori cede di fronte a quello del minore e alla sua richiesta di riserbo circa i propri dati sanitari. Dunque, conclude il giudice Keegan J., nel caso di specie i genitori non hanno diritto ad essere informati né tantomeno consultati circa le condizioni di salute del figlio poiché «*parental right to family life does not continue after the time when the child is able to make his own decisions. So parents do not have Article 8 rights to be notified of any advice of the medical profession after the young person is able to look after himself or herself and make his or her own decisions*»⁷⁴. Inoltre, consentire ai genitori di partecipare alla vita di PD quando egli ha manifestato chiara ed espressa volontà contraria, sarebbe contrario «*(a) to his welfare best interests, [...] (c) any hope of reconciliation being effected for the court to override his views and permit or require the local authority to provide information about PD to his parents*»⁷⁵.

Pertanto, conclude il giudice, PD è «*perfectly entitled to reach [the decision to completely disengage from family life with his parents] and is one that this court must respect*»⁷⁶.

Vi è dunque il riconoscimento di ampio spazio autodeterminativo in capo al minore, anche con riguardo a scelte così delicate e pervasive come l'assunzione di terapie ormonali (sia reversibili come nel caso degli ormoni che bloccano temporaneamente lo sviluppo puberale, sia semi-irreversibili come nel caso degli ormoni per lo sviluppo dei caratteri sessuali secondari corrispondenti al genere desiderato) o gli interventi chirurgici di demolizione e ricostruzione del sesso anatomico, escludendo addirittura dalla decisione gli eventuali genitori non supportivi.

Tuttavia, la giurisprudenza inglese appare tutt'altro che allineata sul punto a dimostrazione di quanto l'interpretazione della clausola dei *best interests of the child*, una sorta di «formula magica» che ricorre in tutte le questioni che concernono i bambini, non sia univoca bensì ambigua a tal punto da condurre talvolta a risultati diametralmente opposti. Nella decisione *Re J (A Minor)* del 2016 viene affrontato il problema di quando il minore possa essere ritenuto soggetto «affidabile» nel caso di manifestazione dei sintomi della varianza di genere. La madre di J, un bambino di circa quattro anni all'epoca dei fatti, si convince, osservando suo figlio, che sia affetto da disforia di genere e che in realtà si senta una bambina. La madre inizia pertanto a chiamare, vestire e considerare suo figlio come una bambina, intraprendendo anche un percorso terapeutico e psicologico presso alcune cliniche specializzate in varianza di genere infantile⁷⁷. Il padre del bambino non è d'accordo e accusa la madre di aver manipolato le informazioni ricevute dai professionisti⁷⁸, di averli addirittura manipolato per vedere confermata la propria teoria nei confronti del figlioletto⁷⁹. La vicenda finisce in tribunale dove, dopo un'attenta ricostruzione operata dai consulenti tecnici del giudice, vengono confermati i sospetti del padre, ovvero che il bambino non soffre di una disforia di genere e che tale

⁷⁴ *Regina on the Application of Sue Axon v. Secretary of State for Health* [2006] EWHC 37 (Admin), § 132, citato in *PD v. SD & JD* [2015] EWHC 4103 (Fam), § 28.

⁷⁵ *Idem*, § 35.

⁷⁶ *Idem*, § 30-32.

⁷⁷ *Re J (A minor)* [2016] EWHC 2430 (Fam), § 11-13.

⁷⁸ Tra cui si ricordano la scuola che il bambino frequentava nel 2014, i servizi sociali locali (Social Services), il tutore nominato dal giudice tutelare a seguito della denuncia per violenza domestica che la madre aveva sporto contro il padre nel 2013; l'Housing Department, la National Society for the Prevention of Cruelty to Children (NSPCC), la polizia, il Tavistock Centre; il Child and Adolescent Mental Health Services (CAMHS), il Children and Family Court Advisory and Support Service (CAFCASS). Cfr., *Re J (A minor)* [2016] EWHC 2430 (Fam) § 8-9; 11-13; 14-15; 16-20; 21-26.

⁷⁹ *Re J (A minor)* [2016] EWHC 2430 (Fam), § 57-75.

convincimento sia stato inculcato dalla madre, forse anche in conseguenza del bullismo e delle discriminazioni sperimentati quando ella stessa era una bambina⁸⁰. J viene pertanto affidato al padre e in effetti il comportamento del bambino muta considerevolmente: non manifesta più disagio nel vestirsi e comportarsi da «maschio», gioca tranquillamente con il fratellastro maggiore ai videogames e ai supereroi, chiede al padre di comprargli l'album delle figurine dei calciatori⁸¹. Similmente, lasciato libero di scegliere come vestirsi, il bambino non dimostra alcun problema nel dirigersi nel reparto di abbigliamento maschile e nel comprarsi vestiti «tipicamente maschili»⁸². Alla luce di tali riscontri, e avendo appurato che la madre – che si è dimostrata una persona molto assertiva e rigida nelle sue convinzioni – aveva finito, seppur in buona fede, con il condizionare il bambino a «considerarsi una femmina», in modo da assecondare i propri desideri, il giudice dispone nell'interesse del minore il suo affidamento al padre e l'interruzione delle terapie specialistiche. In particolare, si legge nell'opinione del giudice, che «*some children, as young as 4, 5, 6 years of age may identify strongly with their opposite gender*»⁸³, ma che questo non è sufficiente per ritenere un bambino «competent» e sottoporlo a percorsi terapeutici o terapie ormonali. Sul punto, il *Transgender Equality Report 2016*⁸⁴ della House of Commons Select Committee suggerisce a medici e professionisti del settore di ascoltare il minore e di prendere in considerazione le sue volontà, evitando però un «*premature labelling*». Ciò di cui un bambino così piccolo necessita è «*the opportunity to develop his identity in which ever way it evolves. J was not only deprived of that space and opportunity by his mother, he was pressed into a gender identification that had far more to do with his mother's needs and little, if anything, to do with his own*»⁸⁵.

Dunque, nel primo caso, *PD*, c'era un ragazzo pienamente cosciente di sé e della propria condizione, che ha fin da subito espresso il proprio malessere e ha chiesto di sottoporsi a determinati trattamenti nella consapevolezza delle proprie azioni; nel secondo caso, *Re J*, c'era invece un bambino inascoltato e condizionato dalle idee di un genitore e che lasciato libero di esprimersi non ha manifestato più alcun disagio della condizione di genere. Pare potersi dire, allora, che l'esperienza inglese dimostra la necessità di non lasciarsi andare a pericolose generalizzazioni ideologiche, né in un senso né in un altro, ma di considerare con estrema attenzione le specifiche circostanze del caso concreto, di ascoltare il minore nel modo corretto e di tenere sempre al centro il suo benessere sostanziale per verificare la correttezza del bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco. Ogni decisione va dunque assunta con il minore, secondo i canoni che regolano la responsabilità genitoriale: in taluni casi si giustifica la decisione in piena autonomia, quando esigenze di tutela del ragazzo sconsigliano di informare i genitori; in taluni altri, si deve preferire l'istanza di protezione del bambino con la sostituzione in tutto o in parte dei genitori in decisioni che, pur riguardandolo, potrebbero avere conseguenze devastanti sul suo sviluppo se prese superficialmente o per un certo convincimento ideologico.

5. L'esperienza americana

Il dibattito sull'accesso dei minori di età (infrasedicenni) alle cure ormonali e chirurgiche di riassegnazione del genere sessuale e sulla legalità ed eticità dei trattamenti di chirurgia estetica di «normalizzazione» della non-conformità anatomica dei bambini intersessuali è particolarmente intenso anche negli Stati Uniti, soprattutto per il fatto che l'America resta l'unico Paese a non aver

80 *Idem*, § 57.

81 *Idem*, § 47.

82 *Idem*, § 45.

83 *Idem*, § 74.

84 HOUSE OF COMMONS SELECT COMMITTEE, *Transgender Equality Report 2016*, 14 gennaio 2016, pp. 72-76. L'intero testo del report è consultabile online sul sito: <https://publications.parliament.uk/> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

85 *Re J (A minor)* [2016] EWHC 2430 (Fam), § 74.

ratificato la Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia. Ciò significa che la giurisprudenza statunitense ha dovuto individuare strumenti giuridici alternativi a tutela dei minori, non potendo fare affidamento su quel quadro di principi e diritti fondamentali riconosciuti a livello internazionale. Le ragioni di tale diffidenza possono rintracciarsi nella storia giuridica americana in tema di *family rights* che ha elevato la privacy familiare a una posizione quasi sacrale, rafforzando i diritti dei genitori e attribuendo loro una rilevanza senza rivali⁸⁶. Questo riflette anche una tendenza generale della cultura e della politica americana: si apprezzano maggiormente i diritti individuali che non quelli sociali, sottolineando la natura privata del nucleo familiare quasi come se il bambino fosse una forma di proprietà privata⁸⁷. Pertanto, la costruzione di uno spazio di autonomia del minore è passata anzitutto attraverso il riconoscimento anche a quest'ultimo del *right to privacy*, appartenente al rango dei diritti costituzionali i quali «do not mature and come into being magically only when one attains the State-defined age of majority»⁸⁸.

Diversamente dal diritto inglese, in cui a partire dalla nozione di «*welfare of the child*» è stata riconosciuta la possibilità di esprimere il consenso a un trattamento medico anche al minore infrasedicenne, il diritto americano non è riuscito a fare altrettanto, trovando nel XIV Emendamento l'unico appiglio costituzionale sulla base del quale fondare un nucleo di autonomia del minore. Il punto di partenza è il caso *Gault*⁸⁹, deciso dalla Corte Suprema nel 1967, in cui si riconosce anche al minore il diritto di privacy nella sua veste di *autonomy decision*, modulandone gli effetti sulla base della maturità e capacità del soggetto. In quest'ottica, anche la capacità di prestare un valido consenso ai trattamenti sanitari deve essere riconosciuta al minore in quanto, alla pari dei diritti costituzionali (e la coincidenza non è casuale), siffatta capacità non si acquisisce tutta d'un tratto al compimento della maggiore età ma matura progressivamente nel corso del tempo della crescita (emblematici sono i casi *Roe v. Wade*⁹⁰ e *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*⁹¹). In questo senso, la mancata ratifica della Convenzione di New York ha rallentato il riconoscimento dell'autonomia e dell'autodeterminazione del minore⁹². Ciò ha inciso anche sulla scarsa cultura del consenso informato nei trattamenti sanitari concernenti i minori, specialmente nel caso della varianza di genere, della transessualità e dell'intersessualità. Questo aspetto emerge dal fatto che nella maggior parte dei casi i genitori non ricevono tutte le informazioni necessarie, non vengono educati correttamente circa la condizione psicologica e fisica dei figli e, di conseguenza, non vengono messi nella condizione migliore per decidere se e come intervenire al riguardo. Il paternalismo medico è ancora prevalente. Un atteggiamento che sembra nascondersi dietro quella che è stata definita «etica del mostro»⁹³, alla quale i medici si sono spesso appellati per giustificare certe scelte mediche di «normalizzazione» volte a evitare risultati grotteschi, patetici, in altre parole mostruosi.

5.1 Le resistenze al riconoscimento dell'autonomia del minore in ambito medico

86 Così, B. BENNETT WOODHOUSE, "Who Owns the Child?": Meyer and Pierce and the Child as Property, 33 Wm. & Mary L. Rev. 995, 1992.

87 *Idem*.

88 *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519 (1975).

89 *In Re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

90 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

91 *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

92 Cfr., per esempio, M. GESTRI, *La Convenzione sui diritti del fanciullo: luci, ombre e problemi di prospettiva*, in *Jura Gentium*, 2015, disponibile all'indirizzo web: <https://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/gestri.html> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

93 L'espressione è ripresa da G.J. ANNAS, *Siamese Twins: Killing One to Save the Other*, in *Hastings Center Report* 17, n. 2, 1987, p. 2729. Da questo punto di vista, anche non intervenire chirurgicamente può essere non-etico, laddove si condannano alla deformità un individuo. Qui, il riferimento era all'uccisione del gemello siamese per consentire ad almeno uno dei due una vita «normale».

Quando la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale la pena di morte per i minorenni, nel famoso caso *Roper v. Simmons*⁹⁴ del 2005, ha anche espresso forti perplessità sulla maturità e sulle capacità decisionali degli adolescenti. Questo le ha consentito fondamentalmente di ritenere sproporzionata la pena di morte per dei soggetti ancora in formazione e dunque «*less culpable*» rispetto a un adulto. È una decisione che evidenzia il grosso paradosso che affligge i difensori dei diritti dei minori: in ambito penale, la giovane età diventa sinonimo di immaturità, impulsività, incapacità di ragionamento lucido; in tutti gli altri ambiti del diritto, tra cui quello sanitario, questa convinzione si ribalta completamente. Il bambino e l'adolescente sono perfettamente in grado di autodeterminarsi, di prendere decisioni consapevoli e di pesare i costi e i benefici delle proprie azioni. Questa (apparente) contraddizione non è sfuggita a molti commentatori statunitensi che ne hanno fatto uno dei principali argomenti contrari al riconoscimento dell'autonomia dei minori, evidenziando «*the inconsistency of the proposition that a minor is mature enough to make a major decision about whether to carry a baby to term, on the one hand, but developmentally incapable of deciding to avoid committing a capital offence, on the other hand*»⁹⁵. Quindi sembrerebbe che abbracciando una visione sulla capacità di autodeterminazione dei minori si escluda inevitabilmente l'altra. Ora, considerando che l'*autonomy argument* è centrale in tutte le questioni che riguardano il riconoscimento di diritti al minore (salute, istruzione, affidamento etc.), le implicazioni di questa scelta sono potenzialmente determinanti.

Certamente la mancanza di una visione coerente sulla valutazione delle capacità del minore di poter assumere decisioni «esistenziali» in autonomia ha determinato una grossa barriera concettuale per il riconoscimento ai minori di un diritto all'identità di genere e, più nello specifico, per il loro accesso a terapie ormonali di adeguamento dei caratteri sessuali senza il consenso dei genitori⁹⁶. Se da un lato questo è vero, è altresì corretto che, a un'analisi più approfondita, *Roper v. Simmons* può invero supportare la richiesta di accesso a tali cure se letta in combinato disposto con i doveri derivanti dall'esercizio della responsabilità genitoriale. Il dovere di protezione si articola diversamente a seconda del contesto di riferimento: in ambito penale, richiede la comminazione di pene finalizzate alla riabilitazione e al recupero del minore condannato; nel caso di richiesta di accesso a terapie ormonali volte al raggiungimento del proprio benessere psico-fisico, tale dovere impone di evitare al minore sofferenze non necessarie (sia consentendo, sia negando tali cure).

La tutela dei bambini e degli adolescenti *transgender* è un problema che è emerso solo negli ultimi anni, anche a seguito dei recenti passi avanti compiuti nel campo dei diritti civili dal movimento LGBTI⁹⁷. Un problema che però è stato trascurato anche dal movimento stesso e rispetto al quale c'è ancora molta confusione sulle strategie più efficaci di *litigation* e di rivendicazione dei diritti. I dati riportano che più della metà dei giovani *transgender* ha tentato almeno una volta il suicidio⁹⁸;

94 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

95 L. CUNNINGHAM, *A question of capacity: towards a comprehensive and consistent vision of children and their status under the law*, in 10 *U.C. Davis J. Juv. L. & Pol.* 275, 2006, p. 331. Si veda anche K.M. MUTCHERSON, *Minor discrepancies: forging a common understanding of adolescent competence in health-care decision-making and criminal responsibility*, in 6 *Nev. L.J.* 927, 2006.

96 Cfr., per esempio, S. SCHIELD, *The doctor won't see you now: rights of transgender adolescents to sex reassignment treatment*, in 31 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 361, 2007.

97 Si pensi al tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso che ha catalizzato tutta l'attenzione sia del movimento LGBTI, sia del dibattito pubblico e politico. Se da un lato ciò ha avuto il merito di condurre al riconoscimento del diritto di sposarsi a tutti, indipendentemente dall'orientamento sessuale con la famosa sentenza *Obergefell v. Hodges* (576 U.S. ____ 2015), dall'altro ha posto in secondo piano le altrettanto legittime istanze di tutela delle persone transessuali e *transgender*, doppiamente discriminate.

98 Si veda, tra gli altri, J.G. KOSCIW & AL., *The 2017 national school climate survey: the experiences of lesbian, gay, bisexual and transgender youth in our national's school, 2018*, disponibile su: <https://www.glsen.org/sites/default/files/2019-10/GLSEN-2017-National-School-Climate-Survey-NSCS-Full-Report.pdf>; N. RAY & AL., *Lesbian, gay, bisexual and transgender youth: an epidemic of homelessness*, 2007, disponibile su: www.thetaskforce.org (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

che tutti loro hanno sperimentato almeno una volta discriminazioni, ostilità ed esclusione⁹⁹; che la depressione, l'ansia e il rischio di suicidio è strettamente connesso all'impossibilità di conformarsi al genere psicologico¹⁰⁰. Da un punto di vista giuridico, le questioni che hanno trovato un seguito nella giurisprudenza delle corti o negli interventi legislativi dei singoli Stati hanno riguardato prevalentemente due profili: l'accesso alle cure ormonali e ai trattamenti chirurgici di adeguamento dei caratteri sessuali; l'accesso alle strutture e attività cd. *sex-segregated*, ovvero a bagni, spogliatoi, armadietti e altri luoghi diversi da quelli assegnati al proprio sesso biologico.

Con riferimento al primo profilo, si sono posti ostacoli diversi, in parte derivanti dalla prassi medica e, in altra parte, derivanti dalle leggi sul consenso informato. Le terapie ormonali non possono essere somministrate senza la prescrizione di un medico: spesso questi ultimi non sono adeguatamente preparati o talvolta agiscono sulla base di pregiudizi e di una propria visione della corretta espressione di genere¹⁰¹. Ciò naturalmente si complica nel caso di minorenni. Inoltre gli ormoni hanno un costo elevato: molte assicurazioni sanitarie non coprono le spese per questo genere di trattamenti medici con la conseguenza di rendere di fatto impossibile a molti *transgender* l'accesso a tali farmaci. Infine è importante tener presente che il protocollo medico prevalente è attualmente l'*Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association Standards of Care*¹⁰² che se da un lato ha avuto il merito di facilitare la diffusione tra i medici di informazioni e buone prassi, dall'altro rimane tuttora ancorato a una visione dell'identità *transgender* come un disordine mentale piuttosto che una variante dell'identità sessuale umana¹⁰³. Infatti, si richiede (anche per il minore che abbia compiuto almeno gli anni sedici) la previa diagnosi di un disordine dell'identità di genere (*GID – Gender Identity Disorder*) per poter accedere a qualsiasi trattamento ormonale. Dunque l'adolescente *transgender* per procurarsi una prescrizione medica deve prima presentare una documentazione che accerti, dopo una terapia di almeno sei mesi, l'effettiva presenza di un disordine dell'identità di genere. Chiaramente tutto questo ha un costo molto elevato e può trasformarsi in una barriera insormontabile specie se il minore non incontra sin da subito il supporto della famiglia.

Da un punto di vista giuridico, invece, nessun medico può somministrare ormoni o trattamenti finalizzati al mutamento di sesso senza il consenso informato dei genitori o del legale rappresentante del minore. In generale, i minorenni sono considerati incapaci di agire e quindi incapaci di prestare un valido consenso informato¹⁰⁴. Dunque senza il consenso dei genitori può diventare quasi impossibile per l'adolescente accedere a tali terapie e trattamenti sanitari. Sotto questo profilo, spunti interessanti sono giunti dalla giurisprudenza e/o dalla legislazione di alcuni Stati¹⁰⁵ che hanno introdotto delle eccezioni a questa regola generale, se non addirittura delle

99 *Idem*.

100 *Idem*.

101 Cfr., S. MINTER, C. DALEY, *Trans realities: a legal needs assessment of San Francisco transgender communities*, in *I.A.*, 2003.

102 HARRY BENJAMIN INTERNATIONAL GENDER DYSPHORIA ASSOCIATION, *Standards of Care For Gender Identity Disorders, Sixth Version*, febbraio 2001, consultabile all'indirizzo web: <http://www.cpath.ca/wp-content/uploads/2009/12/WPATHsocv6.pdf> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

103 Si veda, per esempio, D. SPADE, *Resisting Medicine, Remodeling Gender*, in *Berkeley Women's Law Review* 15, 23, 2003. Peraltro l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha rimosso nel giugno 2018 la transessualità dall'elenco delle malattie mentali. L'incongruenza di genere è stata dunque rimossa dalla categoria «disordini mentali» dell'elenco internazionale delle malattie (*International classification of diseases, Icd – 11*) per essere inserita in un nuovo capitolo delle «condizioni di salute sessuale».

104 Cfr., L. CUNNINGHAM, *A question of capacity*, Op. cit.

105 Come è noto gli Stati Uniti sono una federazione. Ai sensi dell'articolo 1 della Costituzione federale la competenza legislativa appartiene ai singoli Stati, fatte salve le materie specificatamente riservate al Congresso. Il diritto privato (e, quindi, il diritto sanitario e il diritto di famiglia) rientrano nei campi di pertinenza dei singoli Stati e, pertanto, specie su tematiche sensibili, le differenze possono essere notevoli. Per esempio, soltanto nello Stato dell'Oregon il consenso medico è fissato all'età di quindici anni, consentendo quindi di sottoporsi anche a interventi di riassegnazione dei caratteri sessuali a prescindere dalla volontà dei genitori. Sul punto si veda l'articolo di A.

specifiche normative in materia di tutela dell'identità di genere¹⁰⁶. L'eccezione più significativa alla rappresentanza legale dei genitori in ambito medico è costituita dalla cd. «*mature minor doctrine*»¹⁰⁷ che consente al medico o alla struttura sanitaria di procedere a un determinato trattamento senza il consenso dei genitori nel caso in cui il minore si dimostri «*sufficiently mature to make the medical decision on his or her own behalf*»¹⁰⁸. Per esempio, la versione della «*mature minor doctrine*» elaborata dalla *common law* dell'Illinois prevede che il giovane sia «*mature enough to appreciate the consequences of his/her actions, and [...] mature enough to exercise the judgment of an adult*»¹⁰⁹; in West Virginia, invece, è stata approvata una norma che definisce un minore maturo come «*a person less than eighteen years of age who has been determined by a qualified physician, a qualified psychologist or an advanced nurse practitioner to have the capacity to make health care decisions*»¹¹⁰. In generale, diversamente da quanto accade in materia di interruzione volontaria di gravidanza da parte di una minorenni, non sembra essere richiesto il necessario coinvolgimento del giudice per stabilire la maturità dell'adolescente in ordine alla richiesta di somministrazione di cure ormonali. Un'adeguata valutazione professionale della capacità del minore di decidere autonomamente è dunque sufficiente a esimere il medico da ogni responsabilità. Tuttavia, nella pratica questo raramente avviene e i medici preferiscono agire soltanto dopo aver ottenuto l'autorizzazione da parte di un giudice¹¹¹. Spetta dunque al giudice, nella maggioranza dei casi, valutare concretamente il grado di maturità e consapevolezza dell'adolescente per prestare il consenso informato. Purtroppo la mancanza di criteri e linee guida comuni lascia le corti smarrite e determina una grande incertezza giuridica. È evidente, quindi, che il giudice, nel valutare la maturità o meno di un minore per decidere autonomamente, guarderà ai precedenti delle corti superiori e tra questi proprio il sopramenzionato *Ropert v. Simmons* deciso dalla Corte Suprema.

5.2 I limiti della tutela antidiscriminatoria dell'identità di genere: la diatriba sull'accesso dei giovani *transgender* ai bagni e agli spogliatoi diversi dal loro sesso biologico

La tutela dei bambini e degli adolescenti con varianza e/o incongruenza di genere non si esaurisce nella risoluzione delle problematiche mediche che ruotano attorno al blocco dello sviluppo puberale e all'adeguamento dei caratteri sessuali, secondari e primari, al genere psicologico. Passa anche e soprattutto dalle misure positive di inclusione sociale e relazionale e dalla lotta alla discriminazione e stigmatizzazione. Per questo assume grande rilevanza, a parere di chi scrive, la vicenda relativa all'utilizzo da parte dei giovani *transgender* di bagni, spogliatoi e residenze diversi da quelli assegnati al proprio sesso biologico ma corrispondenti alla propria identità di genere. Si tratta di una

HARTOCOLLIS, *The New Girl in School: Transgender Surgery at 18*, in *The New York Times*, 16 giugno 2015.

106 Merita segnalare, per esempio, il *California Gender Recognition Act* del 15 ottobre 2017 (*Senate Bill no. 179*) che ha introdotto la possibilità di indicare un genere «neutro» nel certificato di nascita. Inoltre la legge ha previsto una procedura più rapida per modificare il proprio genere anagrafico senza la necessità di un procedimento giudiziario per l'accertamento della condizione di incongruenza di genere. Lo *statute* utilizza la nozione di «genere non binario o genere neutro» per indicare tutte quelle persone «*with gender identities that fall somewhere outside of the traditional conceptions of strictly either female or male*». Similmente ha fatto anche lo Stato dell'Oregon nel giugno 2017 introducendo la possibilità di indicare una «X» al posto di sesso maschile o femminile nella propria carta di identità.

107 L. CUNNINGHAM, *A question of capacity*, Op. cit., p. 324.

108 *Ibidem*. Si tratta di un'elaborazione giurisprudenziale che in alcuni Stati ha visto anche una formalizzazione in standard generali e che individua una nuova categoria di minori tra coloro che, caso per caso, dimostrano di avere una maturità e una consapevolezza sufficientemente sviluppate al punto di poter prendere autonomamente decisioni attinenti la propria vita privata.

109 *In Re E.G.*, 549 N.E.2d 322, pp. 327-328 (Ill. 1989).

110 W. Va. Code Ann., § 16-30-3 (o), 2006, in LexisNexis.

111 Cfr., *Belcher v. Charleston Area Med.*, 422 S.E.2d 827 (W. Va.) [1992], dove si evidenzia come «*the common law version of the mature minor doctrine places the doctor in the difficult position of making the determination of whether the minor at issue is mature*», p. 837.

questione ancora poco studiata e che solo di recente ha cominciato a porsi nelle scuole, nelle università e, più in generale, nei locali pubblici. Alcuni Stati – North Carolina, Kentucky, Florida, Virginia, Texas – hanno adottato, o almeno hanno tentato di farlo, leggi che impongono di utilizzare soltanto i bagni e gli spogliatoi associati al proprio sesso biologico di nascita (cd. *sex-segregation laws*)¹¹². Nel febbraio 2016, per esempio, il North Carolina ha approvato il *Public Facilities Privacy and Security Act*¹¹³ allo scopo di tutelare la *individual privacy* e la sicurezza delle persone che usano bagni e spogliatoi in luoghi pubblici (scuole, ospedali, pubblica amministrazione etc.). Indirettamente si colpisce la minoranza *transgender* che, nelle strutture pubbliche, è costretta a utilizzare *toilette* e *locker rooms* non corrispondenti alla propria identità di genere. Similmente, in Kentucky è passato al Senato un disegno di legge che proibisce agli studenti *transgender* di usare i bagni destinati al sesso biologico opposto¹¹⁴. È previsto che possano ottenere delle specifiche *accommodations*, per esempio l'utilizzo di bagni o spogliatoi singoli o unisex, ma solo se già in dotazione alla struttura. Contro tali leggi, la Commissione per le Pari Opportunità di Impiego (EEOC) ha diffuso una scheda informativa allo scopo di ribadire l'inclusione dell'identità di genere nel divieto di discriminazione sulla base del «sesso» di cui al Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964; cui si è aggiunta, a breve distanza di tempo, l'esternazione del Dipartimento di Giustizia e di quello dell'Istruzione del 4 maggio 2016, statuente l'incompatibilità tra la legge del North Carolina, da una parte, e il Titolo VII del *Civil Rights Act* ed il Titolo IX del *Education Amendments Act* (1972), dall'altra. Sempre nel 2016 i due Dipartimenti tornano sull'argomento e indirizzano una «Dear Colleague Letter»¹¹⁵ alle scuole, nell'intento di chiarire l'ambito di applicazione delle disposizioni del Titolo IX dell'*Education Amendments Act*. Nella fattispecie, i chiarimenti riguardano proprio la relativa applicabilità delle norme antidiscriminatorie agli studenti *transgender*. Con tale strumento l'Amministrazione dà veste formale alle precedenti dichiarazioni a sostegno di una maggiore protezione dell'identità di genere. In particolare, si ribadisce la necessità di interpretare la discriminazione sulla base del «sesso» come includente anche la discriminazione sulla base dell'«identità di genere». Ne consegue che ogniqualvolta nel Titolo IX e nei regolamenti attuativi ricorra il termine «sex», questo deve essere interpretato non solo nel senso di «sesso biologico», ma anche come «identità di genere», ossia come quel processo psicofisico di «spontanea» adesione a un certo genere sessuale. Quest'ultima precisazione è importante: l'identità rilevante è quella dichiarata dallo studente e notificata all'istituzione scolastica, indipendentemente da qualsiasi accertamento, diagnosi medica o precedente trattamento sanitario. Prima di esaminare la diatriba giurisprudenziale che è sorta a seguito di questa circolare, è opportuno tenere presente che non è stato affatto un processo semplice e lineare quello che ha portato all'ampliamento della tutela antidiscriminatoria con riguardo all'identità di genere e sicuramente non ancora concluso. In tale processo un ruolo chiave è stato ricoperto dalla giurisprudenza, che inizialmente tendeva ad escludere l'applicabilità del titolo VII del *Civil Rights Act* ai *transgender*, ma che successivamente ne ha invece riconosciuto l'estensione. Espressione della iniziale posizione giurisprudenziale è il caso *Holloway v. Arthur Anderson*¹¹⁶ del 1977, uno dei

112 K. KASPERKEVIC, *Papers to Pee: Texas, Kentucky and Florida consider Anti-Transgender Bills*, in *The Guardian*, 24 marzo 2015, disponibile all'indirizzo web: <http://www.theguardian.com/society/2015/mar/24/papers-to-pee-texas-kentucky-and-florida-consider-anti-transgender-bills> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

113 *Public Facilities Privacy and Security Act*, § G.S. 115C-47 [2016].

114 M. WYNN, *Transgender bathroom bill passes KY Senate*, in *Courier-Journal*, marzo 2015, accessibile all'indirizzo web: <http://www.courier-journal.com/story/news/politics/ky-legislature/2015/02/27/transgender-bathroom-bill-passes-kentucky-senate/24130083/> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

115 *Dear Colleague Letter on Transgender Students of the U.S. Department of Justice Civil Rights Division and U.S. Department of Education Office for Civil Rights*, 13 maggio 2016. Il testo completo è disponibile all'indirizzo web: <<http://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201605-title-ix-transgender.pdf>> (ultimo accesso: 21 ottobre 2019).

116 *Holloway v. Arthur Andersen*, 566 F.2d 659 (Ninth Circuit 1977). Il caso riguarda una lavoratrice che, avendo deciso di intraprendere il percorso di transizione da uomo a donna ed essersi pertanto sottoposta a una cura ormonale, chiese al datore di lavoro che venissero aggiornati i suoi dati anagrafici con il suo nuovo nome. Il datore di lavoro,

primi casi di discriminazione sul luogo di lavoro di una persona transessuale. In quell'occasione il Nono Circuito della Corte d'Appello degli Stati Uniti non si discostò da una concezione strettamente binaria e biologicamente connotata di «sesso», ritenendo legittimo il licenziamento derivante dalla scelta del dipendente di intraprendere il percorso di transizione da uomo a donna. Similmente anche nel caso *Ulane v. Eastern Airlines*¹¹⁷ del 1984, il Settimo Circuito stabilì che il Titolo VII non garantiva protezione alle persone transessuali e che se anche, nel caso specifico, la ricorrente fosse stata considerata biologicamente donna non ci sarebbero comunque state le basi per poter configurare una discriminazione sessuale nei suoi confronti. Una prima apertura della giurisprudenza in materia antidiscriminatoria ci fu con la decisione nel caso *Price Waterhouse v. Hopkins*¹¹⁸ resa dalla Corte Suprema nel 1989. Per la prima volta fu considerata una discriminazione illegittima anche quella fondata sugli stereotipi di genere. E nel caso *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*¹¹⁹, la Corte Suprema affermò ancora che il Titolo VII del *Civil Rights Act* proibisce qualsiasi forma di discriminazione sessuale, anche se non espressamente prevista. L'estensione della nozione di discriminazione sessuale anche alla non-conformità agli stereotipi di sesso e genere apre la possibilità di una tutela anche per le persone transessuali, *transgender* e intersessuali, consentendo un'interpretazione del concetto di «sesso» più ampio e profondo del mero riferimento al dato biologico che non necessariamente si esaurisce nel binomio maschio/femmina standard¹²⁰. Gradualmente quindi le corti americane cominciano a far propria la teoria della «discriminazione basata sulla non-conformità di genere» riconducendola alla ben nota categoria della discriminazione sessuale.

Questa sintetica ricostruzione consente meglio di comprendere le ragioni sottese alla circolare inviata alle scuole: la *Dear Colleague Letter* si inserisce infatti all'interno di quel trend volto a includere nella definizione di «sesso» anche l'identità di genere a tutti i livelli dell'amministrazione federale. In più di un'occasione, la pubblica amministrazione americana ha interpretato estensivamente il Titolo IX, nell'ambito dell'istruzione scolastica, ed il Titolo VII, in materia di impiego, allo scopo di proteggere non solo le donne ma anche i transessuali, i *transgender* e gli *intersex*. Tra le varie raccomandazioni contenute nella circolare (combattere la violenza e il bullismo di genere, favorire l'uso di nomi e pronomi appropriati all'identità indicata dallo studente, proteggere la privacy etc.) si ribadisce che il Titolo IX – che tra le altre cose riconosce la facoltà di prevedere che alcuni segmenti di strutture scolastiche siano *sex-segregated* (armadietti, docce, spogliatoi, residenze), così come alcune attività o corsi – impone che tali spazi o attività siano rese fruibili anche agli studenti *transgender*.

Molti Stati hanno impugnato questa circolare e in molte scuole sono state adottate delle specifiche *policies* per vietare agli studenti l'uso di bagni e spogliatoi non corrispondenti al loro sesso biologico indicato sul certificato di nascita. Ne sono dunque nate numerose controversie giudiziali che

inizialmente si rifiutò di farlo, e successivamente licenziò la dipendente. Ritenendo il licenziamento illegittimo e discriminatorio sulla base del «sesso», la lavoratrice fece causa al datore.

117 *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081 (Seventh Circuit 1984). Anche qui la dipendente era stata licenziata dopo aver effettuato il mutamento di sesso da uomo in donna. Ciò, a parere della compagnia aerea per la quale lavorava, rappresentava un danno alla sicurezza e alla serenità dell'ambiente di lavoro, stante la richiesta da parte di altri colleghi di non lavorare con lei.

118 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989). Ann Hopkins è un'ottima lavoratrice, affidabile e qualificata. Durante il periodo trascorso alla Price Waterhouse tenta più volte di ottenere la meritata promozione ma senza successo. Intanto, le viene suggerito di «camminare in modo più femminile, di parlare in modo più femminile, di vestire in modo più femminile» poiché molti colleghi maschi non si sentono a loro agio a lavorare con lei, così diversa dalle altre donne. Il caso giunge alla Corte Suprema che conferma l'avvenuta discriminazione, una discriminazione fondata sulla non-conformità agli stereotipi di genere della ricorrente.

119 *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75 (1998).

120 *Idem*. Il ragionamento della Corte Suprema è chiaro in tal senso: «[S]tatutory prohibitions often go beyond the principal evil to cover reasonably comparable evils, and it is ultimately the provisions of our laws rather than the principal concerns of our legislators by which we are governed. [...] Our holding that [Title VII prohibits] sexual harassment must extend to sexual harassment of any kind that meets the statutory requirements.», pp.79-80. Così, per esempio, in *Doe v. City of Belleville*, 119 F.3d 563 (1997), «[A] man who is harassed because his voice is soft, his physique is slight, his hair is long, or because in some other respect he exhibits his masculinity in a way that does not meet his coworkers' idea of how men are to appear and behave, is harassed 'because of' his sex», p. 581.

sfortunatamente non hanno ancora risolto l'accesa diatriba. Le varie pronunce in casi in tutto simili da parte dei giudici federali sembrano infatti giungere ad esiti opposti¹²¹, tanto che la Corte Suprema ha da ultimo concesso il *writ of certiorari* accettando di pronunciarsi su una di queste controversie. La causa in questione è stata però dismessa pochi giorni prima dell'udienza per via del cambio di amministrazione federale e rinviata alla Corte federale d'Appello per ulteriori riconsiderazioni. Il caso riguarda Gavin Grimm, uno studente *transgender*, nato biologicamente femmina, ma ormai da anni con aspetto, comportamenti e documenti identificativi maschili. Gavin utilizza i bagni e gli spogliatoi per maschi senza problemi; i suoi amici, compagni di scuola e insegnanti lo considerano un ragazzo e apparentemente non si sono mai verificati problemi. Nonostante questo, il Gloucester County (Virginia) School Board decide di adottare un codice di condotta che vieta agli studenti l'utilizzo dei bagni sulla base della loro asserita appartenenza ad un genere diverso da quello riportato sul certificato di nascita. Gavin fa ricorso contro l'istituto scolastico sostenendo che il codice di condotta integra una violazione della disposizione del Titolo IX dell'*Education Amendments Act* che proibisce la discriminazione sulla base del «sesso» nella fruizione dei servizi e delle attrezzature scolastiche. Il Quarto Circuito federale di Corte d'Appello, nella decisione *G.G. v. Gloucester County School Board*¹²², dà ragione al ricorrente, richiamando in particolare l'interpretazione del Titolo IX offerta dalla *Dear Colleague Letter* del Dipartimento dell'Istruzione. Inoltre, conclude la Corte, non può considerarsi sufficientemente provata nemmeno l'asserita lesione al diritto alla privacy degli studenti *cisgender* che sarebbe derivata sia dalla mera presenza di compagni *transgender* nei bagni e negli spogliatoi a loro riservati, sia dalla esposizione del loro corpo nudo o seminudo agli occhi di compagni di «sesso biologico» opposto¹²³. Sebbene la Corte Suprema non si sia espressa nel merito – così come non l'ha fatto per un altro caso analogo, deciso negli stessi termini dal Terzo Circuito, *Doe v. Boyertown Area School*¹²⁴ – si può rilevare come la questione giuridica sia incentrata su un problema di *statutory interpretation*, ossia sulla possibilità di impiegare le tutele offerte dal diritto antidiscriminatorio ai problemi giuridici sollevati dal transessualismo, grazie a un'interpretazione estensiva del termine «sesso» resa dalla circolare governativa. La dimensione costituzionale del conflitto è, al momento, confinata al piano dei rapporti tra Stati e federazione e, ancora, tra poteri dello Stato, mentre rimangono sullo sfondo gli argomenti fondati sui diritti fondamentali (*equality, liberty, dignity*), certamente più significativi ma anche di più difficile gestione.

121 Si veda, per esempio, *Texas v. United States* (N.D. Tex.), Civil action No. 7:16-cv-00054-O; *Student and Parents for Privacy v. U.S. Department of Education*, No. 1:16-cv-4945 (N.D. Ill. Oct. 18, 2016); *G.G. v. Gloucester County School Board*, (4th Cir., May 31, 2016). Su quest'ultimo caso la Corte Suprema ha concesso il *certiorari*, salvo poi, poco prima dell'udienza di discussione, dismettere la causa alla luce del cambio di amministrazione (da Obama a Trump) e dei nuovi provvedimenti esecutivi adottati dal governo federale.

122 *G.G. v. Gloucester County School Board*, (4th Cir., May 31, 2016).

123 Su quest'ultimo punto è interessante sottolineare come la maggior parte delle corti abbiano ritenuto legittima tale «riduzione di privacy» alla luce del *compelling interest* della scuola di assicurare il benessere psico-fisico di tutti i minori. Inoltre, la scelta di consentire agli studenti *transgender* di accedere ai bagni e agli spogliatoi corrispondenti alla loro identità di genere appare la soluzione più proporzionata, rispetto all'alternativa – anch'essa avanzata – di riservare degli spazi appositi solo per questi studenti. Ciò infatti significherebbe stigmatizzarli ulteriormente ed esporli a discriminazione e violenza.

124 *Doe v. Boyertown Area School*, 897 F.3d 518 (3d Cir. 2018). La Corte ha dichiarato legittima la *policy* del distretto scolastico volta a consentire agli studenti *transgender* di utilizzare bagni e spogliatoi corrispondenti alla loro identità di genere. In particolare, non è stato sufficientemente provato che tale possibilità violi il diritto alla privacy («*right to bodily privacy*») degli studenti *cisgender* (cioè coloro che hanno un'identità di genere allineata al loro sesso biologico). La Corte, infatti, ha ritenuto che la politica del distretto scolastico fosse proporzionata («*narrowly tailored*») al perseguimento di un interesse legittimo (la lotta alla discriminazione degli studenti transessuali) in quanto: «(1) *it didn't coerce any student to use multiuser facilities*; (2) *it provided alternative single-user ones to uncomfortable students*; (3) *its multiuser facilities had "privacy protections" like bathroom stalls with locking doors, shower curtains, and urinal dividers*; and (4) *transgender students had to be preapproved before entering facilities consistent with their gender identities*».

6. L'esperienza italiana. Un dialogo fra le Corti nel silenzio legislativo

La legge n. 164/1982 non fa menzione di un requisito minimo di età richiesto per ottenere la rettificazione del sesso anagrafico (ed eventualmente del nome), lasciando aperta la controversa questione sulla possibilità o meno di includere la persona minorenni tra i suoi destinatari. Questo approccio si iscrive nella più generale tendenza dell'ordinamento giuridico italiano che sembra mantenere una posizione in bilico tra una più ampia valorizzazione del consenso del minore (alla luce anche della recente riforma del 2017, legge n. 219) e la conservazione della nozione di incapacità (con relativi poteri dei rappresentanti legali). Le risposte che la giurisprudenza ha tentato di fornire non sono univoche e, in mancanza di un intervento legislativo chiarificatore, la questione resta aperta sotto molti punti di vista. Una prima discordanza fa perno sulla capacità o incapacità del minore di anni diciotto di richiedere, direttamente o per tramite del suo rappresentante legale, l'accesso alle cure ormonali e la rettificazione del sesso anagrafico¹²⁵. La risposta cambia se si ritiene che l'adeguamento dei caratteri sessuali rientri nell'ambito di un trattamento sanitario volto a tutelare la salute psicofisica del minore perché allora varrà il principio generale della rappresentanza dei minori; se, invece, si inquadra la richiesta del trattamento medico nel novero dei diritti personalissimi, allora varrà la regola opposta della inammissibilità della rappresentanza¹²⁶. Una seconda discordanza riguarda la sussistenza o meno in capo al genitore della legittimazione a chiedere, nell'interesse del figlio, l'autorizzazione al trattamento medico-chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali e la rettifica del sesso anagrafico. La legge n. 164 del 1982, oltre a non prevedere nulla in ordine all'età del richiedente la rettificazione, niente afferma circa la capacità dei genitori a rappresentare il minore in queste ipotesi.

Su questo secondo punto, nonostante alcune pronunce abbiano negato del tutto la possibilità di rappresentanza del minore in ipotesi di interventi medici di adeguamento dei caratteri sessuali¹²⁷, la giurisprudenza più recente ha ritenuto che, in presenza di determinati requisiti, possa essere consentito al minore di adeguare il proprio sesso anagrafico a quello psicologico. In particolare, come già sostenuto anche dalla Corte costituzionale nella famosa sentenza n. 161 del 24 maggio 1985, che ha riconosciuto il diritto fondamentale all'identità sessuale, la domanda di adeguamento dei caratteri sessuali alla propria identità di genere è finalizzata a tutelare la salute psico-fisica della persona e, come tale, rientra nell'ambito di un «trattamento sanitario terapeutico». Ne consegue pertanto che, al pari di un qualsiasi trattamento terapeutico, il Tribunale per i minorenni, nell'ipotesi di un rifiuto del genitore che possa comportare un pregiudizio per il minore, potrà autorizzare l'intervento del medico (come nel caso di vaccinazioni e trasfusioni), comprimendo la potestà genitoriale e perseguendo il benessere del minore («*best interests of the child*»).

Da questa giurisprudenza emergono alcuni principi fondamentali che, a parere di chi scrive, costituiscono dei criteri-guida non soltanto per il giurista (avvocato, giudice, pubblico ministero) ma anche per tutti coloro che interagiscono con il minore e contribuiscono alle decisioni che lo concernono. Anzitutto è da riconoscersi, anche in capo al bambino e all'adolescente, il diritto

125 Cfr., più in generale, G. MASTRANGELO, V. SELLAROLI, *Trattamento medico e lesioni dell'integrità fisica del minore*, Rimini, Maggioli Editore, 2014.

126 Cfr., in particolare, G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 167; P. STANZIONE, *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rass. D.C.*, 1983, p. 1145.

127 Si veda, su tutti, Trib. Catania, 17 marzo 2004, in *Giust. Civ.*, 2005, 4, I, p. 1107, con nota di L. FAMULARO, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2004, pp. 445-460. Il giudice, introducendo ad avviso di chi scrive, un ulteriore requisito per la rettificazione del sesso anagrafico non previsto dalla legge, ovvero quello della maggiore età, ha affermato che, posto che l'identità sessuale si configura quale diritto personalissimo che non ammette alcuna ipotesi di rappresentanza, non poteva trovare accoglimento la domanda, avanzata dai genitori, di autorizzazione ad intervento medico-chirurgico di rettificazione dei caratteri sessuali da eseguirsi sul figlio minore, dal momento che nel novero dei diritti personalissimi vale la regola della inammissibilità della rappresentanza. Pertanto, mancando una espressa previsione di speciale capacità di agire del minore, questi non può ritenersi destinatario dei diritti predetti. Ne seguiva che il minore non aveva alcuna possibilità di essere autorizzato all'intervento medico-chirurgico, senza una effettiva valutazione in concreto dei suoi *best interests*.

all'identità sessuale, quale espressione del diritto alla salute (art. 32 Cost.)¹²⁸, che attiene alla dignità stessa della persona in quanto momento essenziale per il suo pieno e libero sviluppo (artt. 2 e 3 Cost. e 8 CEDU). In secondo luogo, alla luce del nuovo assetto normativo e ordinamentale volto a incoraggiare il coinvolgimento attivo del fanciullo nelle scelte che lo riguardano, nei modi e nei limiti della sua capacità di comprensione e maturità (artt. 315 *bis*, 336 *bis* c.c., 6 Convenzione di Oviedo, 24, primo comma, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 12 Convenzione di New York), è stato stabilito che il divieto di rappresentanza rispetto al compimento di atti inerenti a diritti personalissimi non deve spingersi fino a ostacolare l'esercizio dei diritti fondamentali del soggetto¹²⁹. Pertanto, anche per gli interventi sanitari di adeguamento dei caratteri sessuali è ammessa la rappresentanza dei genitori o del tutore, richiedendo essi un consenso che sia frutto di due volontà, quella del bambino e quella dei genitori. Naturalmente, quanto più il minore si dimostrerà maturo e capace di decidere autonomamente, tanto maggiore sarà il peso della sua volontà nella formazione di quel consenso. In terzo luogo, la separazione tra la rettificazione dei dati anagrafici e l'eventuale intervento chirurgico di riattribuzione del sesso, riconosciuta infine anche dalla Corte di Cassazione¹³⁰ e dalla Corte costituzionale¹³¹, ha definito un vero e proprio diritto all'autodeterminazione in rapporto all'identità di genere, quale parte integrante il diritto alla salute e tratto identitario fondamentale della persona, rispetto al quale l'intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali rappresenta soltanto uno delle tante modalità di garanzia di tale diritto. Pertanto, nel bilanciamento con i contrapposti interessi della certezza delle relazioni giuridiche e dell'esatta determinazione dei (due) generi (in relazione ai (due) sessi biologici) ha prevalso il diritto all'autodeterminazione di genere, all'integrità psico-fisica e alla dignità della persona. A parere di chi scrive, questo vale a maggior ragione nel caso dei minorenni, la cui identità sessuale e di genere è ancora in formazione: il fatto che l'ordinamento giuridico riconosca il diritto di scegliere il percorso terapeutico che più si confà alle esigenze del singolo caso concreto, senza necessariamente imporre la strada dell'intervento chirurgico di riattribuzione di sesso, è fondamentale per consentire il raggiungimento del massimo benessere possibile per quella determinata persona¹³².

128 Questo è un assunto ormai consolidato, a partire dalla sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale, la quale – discettando sulla legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 della legge n. 164 del 1982 – ha affermato che l'identità sessuale di un individuo non è semplicemente un dato biologico legato al sesso anatomico bensì un dato complesso della personalità che incorpora elementi di carattere psicologico e sociale. È un diritto, proseguiva la Corte, che si fonda sugli artt. 2 e 32 della Cost. e, pertanto, gli interventi chirurgici di adeguamento del soma con la psiche debbono ritenersi leciti. In quell'occasione, quindi, veniva fornita una lettura aperta dell'articolo 2 Cost. e si riconosceva anche un generale dovere di solidarietà dei consociati nei confronti della persona transessuale e della sua inclusione sociale.

129 Cfr., in particolare, Tribunale per i minorenni di Milano, decreto del 15 febbraio 2010, che, in primo luogo, ribadisce che l'accertamento della capacità di discernimento è svincolata da qualsiasi riferimento (compresa l'età) che non sia la persona nel caso concreto, essendo un concetto questo che non è commisurabile in assoluto ma che varia da situazione a situazione e da soggetto a soggetto. In secondo luogo, si riafferma con forza che anche il minorenni è titolare di diritti costituzionali che, in quanto finalizzati alla realizzazione della personalità, si attagliano particolarmente al fanciullo per il quale la personalità è ancora in formazione. In terzo luogo, il Tribunale sottolinea come la scelta relativa alle cure deve essere riconosciuta al minore, specialmente quando abbia un'età prossima al raggiungimento della capacità d'agire, e in ogni caso (a parere di chi scrive) in cui sia accertata – nel caso concreto – la capacità di discernimento dello stesso. Si veda, per un approfondimento sul punto, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2006.

130 Corte di Cassazione, sezione I civile, n. 15138 del 2015.

131 Corte cost., sentenza del 5 novembre 2015, n. 221. Per un approfondimento si suggerisce, *ex multis*, E. COVACCI, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*, in *GenLus*, n.1, 2016, pp. 108 ss.; C.M. REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.1, 2016, pp. 283 ss.

132 Cfr., per esempio, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Cedam, Padova, 2007, pp. 53 ss.; M.G. RUO, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*, in *Famiglia e Diritto*, n. 5, 2012; F. BILOTTA, voce *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civile, Aggiornamento*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 732 ss.; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco

E, in effetti, proprio questi principi emergono da un esame attento della giurisprudenza di merito che negli ultimi anni, sempre più frequentemente, ha dovuto confrontarsi con questi fenomeni. Il Tribunale di Roma, con sentenza dell'11 marzo 2011, ha autorizzato i genitori di un minore a prestare il proprio consenso per sottoporre il figlio a un trattamento medico di adeguamento chirurgico dei propri caratteri sessuali (da maschili a femminili) nella convinzione che il suo diritto alla salute e all'identità sessuale potesse trovare tutela solo attraverso il ricorso a una rettificazione chirurgica e, successivamente, anagrafica¹³³. Il caso riguardava un ragazzo di diciassette anni che lamentava di soffrire di una vera e propria dissociazione tra soma e psiche con riguardo al proprio genere sessuale. Chiedeva, pertanto, insieme alla propria madre (unico genitore ad aver riconosciuto il figlio) di essere autorizzato all'intervento chirurgico. Dal 2008 l'adolescente si trovava in cura presso il Servizio per il Sostegno all'Identità di Genere di una azienda sanitaria romana. A partire dai quattordici anni aveva intrapreso una terapia ormonale femminilizzante che aveva progressivamente mutato i suoi caratteri sessuali secondari. Dunque, ormai da quasi due anni, il minore si presentava al femminile in tutti i contesti che frequentava. Da qui la richiesta di sottoporsi all'intervento chirurgico di mutamento di sesso. Il Tribunale, dopo una ricostruzione del quadro internazionale e sovranazionale dei diritti del minore, ha ritenuto che il diritto alla salute e il diritto all'identità sessuale – ad esso strettamente connesso – si manifesta anche come «diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità [di genere] e di vedersi riconosciuto dalla società e dall'ordinamento il sesso corrispondente alla propria realtà psicosomatica»¹³⁴. Pertanto, poiché l'adeguamento chirurgico appare oggi, alla luce degli accertamenti medici e dell'ascolto dell'interessato, come l'unica strada per contribuire a garantire o quantomeno migliorare il benessere psico-fisico dell'adolescente deve essere ritenuto valido il consenso prestato dal genitore rappresentante in concorso con il minore stesso e dunque tale intervento deve essere autorizzato.

Similmente, il Tribunale di Frosinone, con sentenza del 25 luglio 2017, ha ritenuto che l'intervento per la modifica dei caratteri sessuali del minorenne possa rientrare tra i trattamenti sanitari necessari per i quali è ammessa la rappresentanza dei genitori, poiché, pur concernendo un diritto personalissimo, il divieto di tale rappresentanza determinerebbe un ostacolo insormontabile per l'esercizio di un diritto fondamentale della persona¹³⁵. Il caso concerneva X, un ragazzo che sin dalla sua primissima infanzia aveva manifestato una psicosessualità spiccatamente femminile, prediligendo giochi, vestiario e appellativi tradizionalmente riconducibili al genere femminile, con spinte affettive verso partner maschili e presentandosi con un nome femminile. Seguito da specialisti e diagnostica una vera e propria disforia di genere, X iniziava un percorso ormonale volto alla modificazione dei caratteri sessuali secondari. Infine, aveva espresso l'urgenza di un intervento chirurgico per adeguare anche i caratteri sessuali primari alla propria identità di genere. Al Tribunale si chiedeva pertanto di autorizzare tale trattamento (e dunque i genitori a prestare il consenso all'atto medico per conto del figlio), nonché di disporre la rettificazione degli atti di stato civile.

Anche questa decisione si fonda su due assunti fondamentali: il primo, che il diritto all'identità sessuale e di genere inerisce al diritto alla salute di rango costituzionale (art. 32 Cost.) e quindi l'intervento di adeguamento dei caratteri sessuali all'identità psicosessuale deve certamente ricomprendersi tra i trattamenti sanitari necessari per i quali è ammessa la rappresentanza dei genitori perché funzionale all'esercizio di diritti fondamentali; il secondo, che la partecipazione del minore in scelte personalissime, mediante il suo ascolto – diretto o indiretto – è dirimente, essendo il modo migliore per accertare cosa contribuisce a garantire o a migliorare il suo benessere che rappresenta il fine ultimo di ogni decisione che lo riguarda. Il giudice condivide quindi l'interpretazione secondo cui il consenso all'intervento si caratterizza come «atto complesso, espressione di due volontà, quella del minore, la cui manifestazione va valutata [concretamente] in

Angeli, Milano, 2013.

133 Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Foro.it*.

134 *Idem*.

135 Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, in *Foro.it*.

relazione all'età e al grado di maturità, e quella dei genitori»¹³⁶. Inoltre, in maniera estremamente condivisibile a parere di chi scrive, il Tribunale puntualizza come, da un lato, la chirurgia non costituisca l'unica soluzione del problema ma solo un eventuale ausilio funzionale al raggiungimento del massimo benessere dell'individuo¹³⁷ e come, dall'altro, si debba ritenere superata la vecchia struttura bifasica del procedimento di riattribuzione di sesso per cui «alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme alla giurisprudenza della CEDU dell'art. 11 n. 164 del 1983, nonché del successivo art. 3 medesima legge, attualmente confluito nell'art. 31, quarto comma, del d.lgs. n. 150 del 2011, per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile non è obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. Invero l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia oggetto, ove necessario, di accertamento tecnico in sede giudiziale»¹³⁸. Per questi motivi viene autorizzato l'intervento e disposta la successiva immediata rettifica anagrafica (particolarmente urgente per assicurare l'equilibrio psicologico del giovane nella sua vita sociale e relazionale).

Infine, merita menzionare anche la decisione del Tribunale di Genova, sentenza del 17 gennaio 2019, n. 153, che ha autorizzato, come nei casi precedenti, la rettifica del sesso anagrafico della minore, nonché l'adeguamento dei suoi caratteri sessuali al genere psicologico mediante trattamento chirurgico¹³⁹. È interessante sottolineare la partecipazione attiva in tutte le fasi del procedimento della giovane che, ascoltata, ha manifestato la serietà della propria intenzione di mutare sesso e confermato l'istanza proposta per lei dai suoi genitori, dichiarando che: «già dall'età di dieci anni avevo compreso di essere maschio piuttosto che femmina»; che «mi sentivo a disagio come femmina, e vedendo dei programmi in televisione e poi facendo delle ricerche su internet ho avuto consapevolezza delle ragioni del mio disagio»; che «i miei genitori hanno compreso la situazione e si sono dichiarati da subito disponibili ad aiutarmi»; che «ho iniziato la terapia ormonale il 30 novembre 2016, poi nel 2017 sono andato a Barcellona dove mi sono sottoposto a un intervento di mastectomia. Da quest'anno ho iniziato a farmi crescere la barba [...]»; che «nel mio ambiente ormai sono conosciuto come Alessio, lo sono sia per i miei compagni di scuola che per i miei insegnanti che per i miei amici»; e che «sono più che certo e convinto del percorso che ho intrapreso e già mi sento un ragazzo a tutti gli effetti»¹⁴⁰. Il giudice muove dalla considerazione che il minore, ove si tratti di persona capace di discernimento in relazione alla sua età e alla sua maturità, abbia il diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di autodeterminazione, specie in relazione ai suoi diritti fondamentali alla vita, alla salute e alla dignità (artt. 2, 13, 32 Cost. e 1, 2 e 3 della Carta dei diritti dell'Unione europea). Richiama subito dopo il diritto all'autodeterminazione in ordine all'identità di genere, quale elemento costitutivo del diritto alla salute e all'identità personale, il quale va ricompreso nel novero dei diritti inviolabili della persona (artt. 2, 3, 32 Cost. e art. 8 CEDU). Ne consegue, come stabilito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 15138/2015, dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 221/2015 e dalla Corte di Strasburgo nella decisione *YY v. Turchia* del 2015¹⁴¹, il diritto di scegliere il percorso, soggettivamente più appropriato, di

136 *Idem*.

137 Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza del 5 novembre 2015, n. 221, nella parte in cui si afferma che «l'imposizione di un determinato trattamento medico, sia esso ormonale, ovvero di riassegnazione chirurgica dei caratteri sessuali, costituirebbe una grave ed inammissibile limitazione del diritto all'identità di genere», allorché «il raggiungimento dello stato di benessere psico-fisico della persona, si realizzerebbe attraverso la rettificazione di attribuzione di sesso [anagrafico], e non già con la riassegnazione chirurgica sul piano anatomico».

138 *Idem*.

139 Trib. Genova, sentenza del 17 gennaio 2019, n. 153.

140 *Idem*.

141 Corte europea per i diritti dell'uomo, 10 marzo 2015, *YY v. Turchia*, ricorso n. 14793/08. La Corte di Strasburgo ha ravvisato l'illegittimità della condotta dello Stato turco, per violazione della vita privata protetta dall'art. 8 della Convenzione, condannandolo a risarcire i danni patiti dal transessuale, per la mancata autorizzazione al mutamento di sesso senza sterilizzazione. La normativa turca, infatti, richiedeva la incapacità di procreare quale presupposto per poter

ricongiungimento tra soma e psiche e, dunque, la non obbligatorietà dell'intervento chirurgico demolitorio e/o ricostruttivo del sesso anatomico per la rettificazione dei dati anagrafici. Conclude, infine, che, alla luce delle risultanze documentali acquisite e delle dichiarazioni espresse, la giovane abbia maturato una piena e definitiva consapevolezza di appartenenza al genere maschile e che sia capace di prestare un valido consenso al trattamento medico e quindi ordina la rettifica dei dati anagrafici¹⁴² (da femmina a maschio) e autorizza, altresì, gli attori a far effettuare al figlio ogni ulteriore trattamento di carattere chirurgico necessario al raggiungimento del suo massimo benessere.

accedere agli interventi chirurgici; posto che non si comprende come possa ottenersi tale incapacità di procreare se non attraverso un intervento diretto alla sterilizzazione della persona, il ricorrente aveva dovuto attendere per anni l'autorizzazione all'esecuzione dell'intervento chirurgico, comunque rilasciata da una Corte turca già prima dell'intervento della Corte europea. La decisione, assunta all'unanimità, si basa sulla ravvisata violazione della libertà della persona di scegliere il proprio genere, libertà che è considerata dalla Corte come una parte essenziale del diritto di ogni persona all'autodeterminazione (§ 102).

142 Sul punto viene richiamata la sentenza della Corte di Cassazione n. 30125 del 2017 dove si afferma l'irrelevanza del decorso del termine annuo di cui all'art. 6, 1° comma, l. 164/1982, ai fini della proponibilità della domanda giudiziale di rettificazione dei dati anagrafici, quando l'intervento medico-chirurgico sia stato anteriore all'entrata in vigore della legge medesima; in altre parole, tale termine non integra una condizione di proponibilità della domanda. La Cassazione, infatti, ribadisce ulteriormente, e con estrema chiarezza, che - ai fini della rettifica anagrafica - non è necessario il previo trattamento medico-chirurgico di adeguamento del soma; da qui, evidentemente, la giuridica inconfigurabilità di un termine decadenziale (per chiedere la rettifica anagrafica, questa sempre necessaria) con decorrenza proprio dall'effettuazione del trattamento in oggetto.