

## IDENTITÀ DI GENERE E TUTELA DEI MINORI \*

di Maria Teresa Cutolo\*\*

**Sommario.** 1. Identità di genere e orientamento sessuale: delimitazione del piano di indagine. – 2. La tutela giuridica del minore: da una visione patrimonialistica alla valorizzazione della personalità. – 3. *Segue:* L'art. 315-bis, c. 3, c.c. e la centralità propulsiva del diritto all'ascolto del minore. – 4. Il conflitto genitori-figli con riguardo agli atti di natura personale: il cambio di sesso. – 5. Rilievi conclusivi.

184

**1. Identità di genere e orientamento sessuale: delimitazione del piano di indagine.** La persona minore di età con disforia di genere – che ricorre quando un individuo non si identifica con il sesso enunciato nell'atto di nascita –, con la possibilità di sottoporsi ad un procedimento di rettificazione del sesso, anche in caso di conflitto con i genitori, ha ricevuto soltanto di recente una tutela effettiva, quale portata di un lungo percorso evolutivo per il riconoscimento e l'attuazione concreta di un diritto fondamentale, di carattere personalissimo.

Sul piano definitorio, l'identità sessuale è configurata come una «sottostruttura del funzionamento sessuale», rappresentata in diversi modi, che contengono consistenti sovrapposizioni<sup>1</sup> e correlata a: – sesso biologico (essere maschio o femmina); identità di genere (la propria personale percezione di essere maschio o femmina); orientamento sessuale e a valori e desideri (così si intende fare dei propri desideri, alla luce dei propri valori)<sup>2</sup>.

L'orientamento sessuale è descritto come l'insieme dei fattori emotivi, sessuali e relazionali che indirizzano l'interesse verso un individuo di uno stesso sesso (omosessualità) del sesso opposto (eterosessualità) o di entrambi i sessi (bisessualità). È bene precisare, tuttavia, che molto spesso l'orientamento sessuale non è inseribile in una delle suddette categorie così delineate e non è sempre stabile, potendo cambiare nel corso della vita di una persona. Proprio per tali ragioni alcuni discorrono di orientamento sessuale fluido<sup>3</sup>. Va, inoltre,

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Dottoranda di ricerca in Personta, Mercato, Istituzioni – Università del Sannio Benevento.

<sup>1</sup> S. Althof, *Erectile Dysfunction: Psychotherapy with Men and Couples*, in Leiblum S. editor. *Principles and Practice of Sex Therapy*, 4., New York, 2007; M. Yarhouse, *Sexual Identity Development: The Influence of Valuative Frameworks on Identity Synthesis*, in *Psychotherapy*, 38, 2001, 331 ss.

<sup>2</sup> M. Selvaggi, *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori, Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, a cura di Hernandez-Truyol Berta Esperanza, R. Virzo, collana *Quaderni di Diritto delle successioni e della famiglia*, 11, Napoli, 2016, 15; P. Valerio, C. Scandurra, *Pluralità identitarie, questioni di genere e orientamenti sessuali: tra bioetica e biodiritto*, in Ferraro, F. Dicè, A. Postigliola, Valerio (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto, Quaderni di bioetica*, 2016, 35, precisa che «l'identità sessuale non è qualcosa di già dato, ma si costruisce nel tempo attraverso un lungo e complesso processo interattivo dove si intrecciano, in maniera imprevedibile, aspetti biologici, psicologici, socioculturali ed educativi»; I. Schinella, *Identità sessuata, identità sessuale*, in (a cura di) L. Ferraro, F. Dicè, A. Postigliola, P. Valerio, *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, cit., p. 245 ss.; M.G. Shively, J. De Cecco, *Components of sexual identity*, in *Journal of Homosexuality*, 3 (1), 1977, 41-48.

<sup>3</sup> American Psychological Association, *Report of the Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, Washington DC, 2009, in [www.apa.org](http://www.apa.org).

sottolineato che l'orientamento sessuale è diverso dall'identità di genere<sup>4</sup>. Quest'ultima si riferisce, infatti, alla concezione e alla percezione di sé come uomo, donna o transgender.

Non vi è dubbio che il diritto all'identità di genere vada considerato come fondamentale ed espressione della più ampia figura del diritto all'identità personale. Ne consegue che la nozione di sesso di appartenenza risulta da una valutazione complessa, comprendente non soltanto il patrimonio cromosomico e i caratteri sessuali, ma anche l'orientamento psicologico e il comportamento sociale della persona<sup>5</sup>.

Per quanto concerne il profilo delle tutele e il pieno riconoscimento di tale diritto, la giurisprudenza delle Corti Europee ha contribuito in modo determinante<sup>6</sup>, incidendo anche sulla normativa nazionale.

Più nel dettaglio, nell'ordinamento interno, la l. n. 164/1982, modificata con d.lgs. n. 150/2011<sup>7</sup>, rappresenta un passo importante nella tutela giuridica delle persone in condizione di disforia di genere<sup>8</sup>, in quanto stabilisce i presupposti e regola il processo che consente

<sup>4</sup> I. Schinella, *Identità sessuata, identità sessuale, o.c.* 248, chiarisce che «l'identità di genere è la modalità soggettiva con cui viene percepita e vissuta l'identità sessuata e la differenza genital-sessuale. E si costruisce in connessione con l'identità sessuata, da cui non si può prescindere e che in ogni caso può essere assunta, negata e rifiutata a motivo della vicenda autobiografica della persona nella sua interazione con l'ambiente vitale che la circonda, ovvero con la cultura».

<sup>5</sup> M. Botton, *Sesso, identità di genere e nome nel mondo transessuale*, in commento a Corte di Giustizia Comunità Europea, 27 aprile 2006, n. 423, in *Famiglia e Diritto*, 2, 2007, 113; P. Perlingieri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, Napoli, 1970, 154, sottolinea come questa opinione trova conferma, in sede costituzionale, nel giudizio sulla legittimità della l. n. 164/1982, là dove si è osservato che il legislatore italiano ha accolto «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni [...], ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale», e quindi una «concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori»: Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Giur.it.*, I, 1986, 1, c. 806; Id, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. Situazioni soggettive*, III, Napoli, 2020, 48, evidenzia che nella maggior parte delle ipotesi è il profilo psicologico, ancor più di quello strutturale e biologico, a prevalere come criterio qualificante la disciplina dei rapporti. Ogni componente del sesso è giuridicamente rilevante; di volta in volta, secondo le circostanze alle quali le disposizioni fanno riferimento, sarà prevalente l'una rispetto a un'altra.

<sup>6</sup> C.G.C.E., 30 aprile 1996, in causa C-13/14, in *Racc.*, 1996, I, 2143-2167. La Corte di Giustizia della Comunità europea, già nel 1996, aveva ritenuto che il tollerare discriminazioni nei confronti dei transessuali equivarrebbe «a porre in non cale il rispetto della dignità e della libertà che la Corte deve tutelare»; C.G.U.E. Sez. I, 27 aprile 2006, in *Famiglia e Diritto*, con nota di M. Botton, *Sesso, identità e nome nel mondo transessuale* e di S.A.R. Galluzzo, *L'osservatorio comunitario*, in *Fam., pers., succ.*, 8-9, 2006, 763. Secondo tale sentenza una normativa nazionale che impedisca ad un transessuale, in ragione del mancato riconoscimento del suo sesso acquisito, di soddisfare una condizione necessaria all'esercizio di un diritto tutelato dalla normativa UE deve essere considerata in linea di principio incompatibile con le prescrizioni del diritto comunitario.

<sup>7</sup> Sul possibile mutamento del profilo sessuale di un individuo v. P. Perlingieri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. giur.*, 8, 1970, 5 ss.; id, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, Napoli, 2020 43 ss. Per un approccio della materia dal punto di vista sostanziale cfr. S. Celentano, *La Legge 164/1982. La rettificazione di attribuzione del sesso*, in L., Ferraro, F. Dicè, A. Postigliola, P. Valerio (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, cit., p. 297 ss.; T. Mauceri, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1475 ss.; P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge 164/1982*, in *Dir. fam.*, 2009, 713 ss.; P. Stanzione, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in L. Ferraro, F. Dicè, A. Postigliola, P. Valerio (a cura di), cit., 279 ss.; v. altresì le considerazioni di B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 465 ss.

<sup>8</sup> In argomento, v. P. D'Addino Serravalle, P. Perlingieri e P. Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981; B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 461 ss.; P. Stanzione, *Transessualismo e tutela della persona: la L. n. 164 del 1982*, in *Legal. giust.*, 1984, 762 ss.; S. Patti e M.R. Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986; M. Dogliotti, *Transessualismo (profili giuridici)*, in *Noviss. dig. it., Ap.*, VII, Torino, 1987, 786 ss.; M. Vecchi, *Transessualismo*, in *Enc. giur.*, Treccani, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; P. Stanzione e G. Sciancalepore, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002. Sulle posizioni della giurisprudenza interna ed europea, v. anche A. Pinori, *Aspetti giuridici connessi ad interventi di modificazione dei caratteri sessuali*, in *Rass. Dir.*

all'interessato di addivenire ad un riallineamento tra sesso fisico e sesso psichico, oltre a far conseguire una rettificazione dell'identità anagrafica mediante un provvedimento giudiziale, che ordina all'ufficiale di stato civile di procedere alle necessarie modifiche<sup>9</sup>.

Il problema di siffatta normativa, come evidenziato nei successivi paragrafi, concerne l'ambito applicativo, dal momento che non considera specificamente le persone minori di età, creando così un vuoto di tutela e rimettendo alla decisione del caso concreto la scelta della soluzione più idonea a garantire una tutela piena ed effettiva. Tutela che dipende dalla sensibilità dell'autorità giudiziaria nel contemperare gli indirizzi espressi dagli esercenti la responsabilità genitoriale – o da un curatore speciale – con gli interessi del minore, secondo la sua capacità di discernimento, in presenza di un diritto personalissimo che non può né deve essere pregiudicato dal dato della mancanza della capacità di agire in capo al minore non emancipato.

In assenza di una specifica normativa di riferimento, sulla questione in esame non vi è mai stata un'univocità di vedute, pregiudicando, in tal modo, lo sviluppo armonico della personalità del minore e l'attuazione del superiore interesse dello stesso.

## **2. La tutela giuridica del minore: da una visione patrimonialistica alla valorizzazione della personalità.**

Il minore è soggetto titolare di diritti e portatore di interessi qualificati, ma non ha la capacità di agire, che acquista con il compimento della maggiore età. Secondo l'art. 2 c.c., soltanto da tale momento il minore consegue la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa (c.d. capacità generale dell'agire).

Nell'impianto tradizionale e patrimonialistico del codice civile<sup>10</sup>, che dà rilevanza non tanto alla persona quanto al suo patrimonio, la circostanza che il minore non sia in grado di compiere atti negoziali non rappresenta un problema perché l'esercizio degli stessi avviene mediante l'istituto della rappresentanza.

Nello specifico, il minore, considerato incapace di agire e soggetto debole da tutelare, è sottoposto alla potestà dei genitori (art. 316 c.c.) o del tutore (art. 357 c.c.) e, pertanto, in questo modo si sono da sempre considerati pienamente soddisfatti gli interessi patrimoniali dell'incapace, giudicando essenzialmente irrilevante, sul piano del diritto, l'esercizio dei diritti

civ., 1995, 621; P. Capitelli, *Mutamento di sesso e riconoscimento della pensione di reversibilità nel diritto inglese. Riflessioni sull'evoluzione dell'«acquis communautaire» in tema di diritti fondamentali*, *ivi*, 2006, 1129 ss.; cfr. anche A. Venturelli, *Volontarietà e terapeutività nel mutamento dell'identità sessuale*, *ivi*, 2008, 732; P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista, una rilettura attuale della l. n. 164/82*, in *Dir. fam. Pers.*, 2009, 713; M. Trimarchi, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*, in *Fam. dir.*, 2012, 184 ss.; M. Pucci, *Il mutamento del sesso e la tutela dell'identità personale*, in *Corti ombre*, 2013, 84; A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 50 ss.; G. D'Amico, *Identità di genere: «non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»*, in *Quad. cost.*, 2015, 419 ss.; S. Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015, 643 ss.; A. Cordiano, *Transizione sessuale e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 762 ss.; L. Bardaro, *La transizione sessuale: stato dell'arte e prospettive evoluzionistiche*, *ivi*, 33 ss.; C. Cicero, *Il ruolo del giudice nella società che cambia: transessualismo e vincolo matrimoniale*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 86 ss.; C. Angiolini, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Eur. Dir. priv.*, 2017, 262 ss.

<sup>9</sup> P. Perlinger, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, *cit*, 51, sottolinea che il sesso è, come tale, posto a fondamento di un'ampia disciplina giuridica che va applicata o disapplicata in seguito al suo mutamento. Esso, dunque, «è un elemento che qualifica ed integra la situazione del soggetto influenzando sul suo concreto regolamento giuridico specie per quanto attiene all'effettivo esercizio dei diritti e dei doveri». In tale prospettiva, il transessualismo non può e non deve costituire un pretesto per imporre trattamenti discriminatori, in contrasto non soltanto con la *ratio* della l. n. 164/1982, come modificata dal d.lgs. n. 150/2011 – tendente da inserire pienamente nel contesto sociale il soggetto transessuale come appartenente al sesso nel quale s'identifica -, ma anche e soprattutto con il dettato costituzionale (artt. 3, c. 1, e 51 Cost.).

<sup>10</sup> Impostazione dominante all'entrata del codice civile del 1942 e tramandata dal *Code civil*.

personali.

Tali considerazioni sono confermate dall'art. 320 c.c. che, attribuendo ai genitori la rappresentanza e l'amministrazione dei beni dei figli, sino alla loro maggiore età, sul presupposto della loro incapacità d'agire (art. 2 c.c.), si riferisce esclusivamente ad atti aventi contenuto squisitamente patrimoniale.

Questa impostazione si rivela, tuttavia, gravemente insufficiente quando si discorre di diritti della personalità. In quest'ambito, infatti, titolarità ed esercizio del diritto tendono a coincidere perché si esprimono soprattutto nelle scelte esistenziali. Ne deriva che il fatto di non poter esercitare il diritto equivale in sostanza a non averlo<sup>11</sup>.

La necessità di dare maggiore importanza al minore e di riconoscergli un ruolo attivo nelle scelte riguardanti la propria sfera giuridica ha ricevuto una spinta decisiva per effetto della sempre maggiore importanza assunta dalle fonti internazionali e, in particolare, dalle Convenzioni a tutela dei diritti del fanciullo<sup>12</sup>, che hanno rivoluzionato la concezione del minore<sup>13</sup>, visto non più come incapace di provvedere a se stesso, ma protagonista delle scelte della propria vita, titolare di interessi suoi propri, distinti da quelli del nucleo familiare di appartenenza.

Più nello specifico, allo stesso deve essere riconosciuta la possibilità di esercitare personalmente i propri diritti, nella misura in cui lo consenta la sua capacità di discernimento, anche per mezzo dell'ascolto, che costituisce un diritto del fanciullo<sup>14</sup>.

Tutte queste soluzioni trovano conferma con la Riforma della filiazione del 2012<sup>15</sup>, che finalmente introduce una disciplina generale in cui al minore viene riconosciuta, anche se non pienamente, una maggiore rilevanza giuridica.

Questo cambio di impostazione si deduce, in modo particolare, dalla diversità lessicale utilizzata dal legislatore, il quale ha sostituito la nozione di potestà, evocativa di un potere su un minore, con quella di responsabilità genitoriale<sup>16</sup>. Tale modifica assume una valenza culturale profonda, segnando un radicale mutamento di prospettiva operato dalla riforma: nel rapporto genitori-figlio, l'ordinamento si colloca dalla parte del minore, in virtù del superiore interesse del quale questi è portatore<sup>17</sup>.

### 3. Segue: L'art. 315-bis, c. 3, c.c. e la centralità propulsiva del diritto all'ascolto del

<sup>11</sup> F. Agnino, *Il minore nel nuovo processo familiare*, in *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo*, Rel. n. 113 del 15 dicembre 2022, 110.

<sup>12</sup> Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 ratificata dall'Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176; Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo in data 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con la l. 20 marzo 2003, n. 77.

<sup>13</sup> Sul punto v. M. Giorgianni, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 103 ss., che ridimensiona il concetto di capacità di agire, riportandolo appunto nell'area in cui storicamente si è sviluppato, ossia in quella dell'attività negoziale. Secondo l'Illustre a., «le attività che – pur rientrando nell'ambito del diritto privato – non riguardano l'area dell'autonomia negoziale, per la quale vale la regola dell'art. 2 c.c., ma quella relativa all'esercizio di diritti fondamentali, rispetto ai quali la incapacità di agire non può costituire alcun ostacolo».

<sup>14</sup> Art. 12 Convenzione New York del 20 novembre del 1989: «1. Gli Stati parti 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».

2. 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».

<sup>15</sup> L. n. 219/2012.

<sup>16</sup> Così la Relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/13.

<sup>17</sup> A. Morace Pinelli, *Curatore speciale e autodeterminazione del minore di età*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4-5, 2023, 966 (commento alla normativa).

*minore*. In tale nuovo contesto assume fondamentale importanza l'art. 315-*bis* c.c., che enuncia lo statuto dei diritti fondamentali del figlio inteso come persona, diversamente da quanto accadeva in precedenza, quando la sua posizione veniva identificata solo in relazione ai doveri dei genitori e agli obblighi delle prestazioni alimentari<sup>18</sup>.

Il passaggio cruciale di tale processo evolutivo si rinviene nella circostanza che il minore/figlio non è più visto come un soggetto debole che necessita di protezione. Egli è piuttosto considerato come individuo, titolare di diritti soggettivi che devono essere garantiti da parte dell'ordinamento giuridico<sup>19</sup>.

Disposizione essenziale dell'art. 315-*bis* c.c. è il c. 3 che, per la prima volta, disciplina il diritto all'ascolto del minore, quale diritto fondamentale della persona umana, in base al disposto dell'art. 24 della Carta di Nizza e, prima ancora di tale atto normativo, sul piano costituzionale interno, in virtù di numerose norme di riferimento.

Nello specifico, il diritto all'ascolto è riconducibile a quell'insieme di situazioni giuridiche di natura esistenziale afferenti alla persona umana (art. 2 Cost.) e per le quali l'ordinamento non ammette deroghe né discriminazioni sulla base delle condizioni personali (art. 3 Cost. e art. 21 Carta di Nizza, che contempla l'età nel novero dei divieti di discriminazione), nonché alle garanzie dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.).

Ponendo attenzione al contenuto del diritto all'ascolto, questo va individuato nella libertà di ciascuno di esprimere la propria opinione, e, pertanto, sotto tale angolo prospettico, trova fondamento nella libertà di manifestazione del proprio pensiero (art. 21 Cost. e art. 11 Carta di Nizza).

Il diritto all'ascolto, se considerato come funzionale a garantire il sano e armonico sviluppo psicofisico del minore, rinviene le norme di riferimento negli art. 32 Cost. e nell'art. 3 della Carta di Nizza<sup>20</sup>.

Sulla base delle considerazioni che precedono il riconoscimento dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.) implica la possibilità del loro diretto esercizio da parte del minore. L'autodeterminazione, tuttavia, dipende dalla sua capacità di discernimento, ossia dall'attitudine del soggetto alla formulazione di un giudizio valutativo in ordine all'atto da compiere, da verificare in concreto, caso per caso. Si tratta di una capacità diversa da quella di agire<sup>21</sup>, espressione della graduale maturazione della persona<sup>22</sup>, che – ai sensi dell'art. 315-

<sup>18</sup> M. Bianca, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 3, 2013, 509.

<sup>19</sup> Su tale processo evolutivo cfr. M. Bianca, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, 173 (e in *Studi in onore di C.M. Bianca*, II, Milano, 2006, 117 ss.); M. Sesta, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 2003, 162 ss., secondo il quale «si è oramai affermata una nuova considerazione della condizione del minore, non più soggetto incapace mero destinatario di protezione, ma individuo titolare di diritti soggettivi che l'ordinamento deve non solo riconoscere ma anche garantire e promuovere»; P. Zatti, *Famiglia, familiae - Declinazioni di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 38, il quale pure pone l'accento sui diritti della personalità del minore; A. Stanzione, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, 326 ss., la quale richiama la nuova concezione «tesa a considerare il minore come vero "soggetto" di diritto e non più come "oggetto" della potestà dei genitori»; In argomento, cfr. le chiare note di P. Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 95 ss.. Sul fondamento della superiorità dell'interesse del minore, G. Ballarani, *La capacità autodeterminativa del minore*, in G.L. Falchi, A. Iaccarino (a cura di), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*. Atti del XIV Colloquio Giuridico internazionale, Città del Vaticano, 2012, 465 ss.

<sup>20</sup> G. Ballarani, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.* 847.

<sup>21</sup> Sull'idea che la legittimazione o l'esclusione dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione – nella specie il riferimento è a quella terapeutica – non possono trovare il loro campo d'elezione nella riduttiva dicotomia capacità-incapacità: P. Perlingieri, *Dignità della persona e questioni di fine vita*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1, 2017, 81 ss.

<sup>22</sup> P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, 949.

*bis* c.c.- nei minori di età superiore ai dodici anni si presume mentre con riguardo a quelli di età inferiore deve essere accertata dal giudice.

Preme evidenziare, tuttavia, che l'autodeterminazione del minore deve porsi necessariamente in bilanciamento con quanto previsto dall'art. 30 Cost., in virtù del quale l'interferenza dei genitori si giustifica in funzione di salvaguardia dei suoi interessi, personali e patrimoniali. La necessità di tale contemperamento viene meno man mano che si accresce l'autonomia del minore.

A tale riguardo, assumono valore fondamentale i principi affermati dalla Corte di Cassazione<sup>23</sup>, in tema di fine vita, nel chiarire che l'esercizio del diritto-dovere di agire nell'interesse dell'incapace non si traduce nel potere di sostituirsi alla sua persona ma si sostanzia nella funzione di decidere insieme con lui, tanto più quando il minore sia prossimo alla maggiore età (i c.dd. grandi minori), man mano che l'incapacità svanisce.

Diversamente da quanto statuito dalle Convenzioni internazionali<sup>24</sup>, per l'ordinamento interno il riconoscimento del diritto del minore ad essere ascoltato prima del compimento dei dodici anni di età è subordinato alla rilevazione della sua effettiva capacità di discernimento. Oltre tale soglia di età, la sussistenza del presupposto del discernimento si presume.

Il diritto all'ascolto è, dunque, la situazione soggettiva attiva attraverso la quale acquista espressa rilevanza giuridica la capacità di discernimento del minore, assunta a presupposto per l'applicazione e la effettiva operatività delle norme che attribuiscono questo diritto.

Alla luce delle considerazioni esposte si desume come l'art. 315-*bis* c.c. abbia riconosciuto al minore la posizione formale e sostanziale di titolare di diritti soggettivi da promuovere, più che di interessi da amministrare da parte degli adulti.

Il principio è stato ripreso dalla recente Riforma Cartabia<sup>25</sup>, che, al dichiarato scopo di valorizzare la centralità dell'interesse del minore, ha inserito il diritto all'ascolto nel codice di procedura civile e in particolare all'art. 473-*bis*.4.

Tra le novità più significative della nuova riforma del processo civile vi è il rafforzamento e la valorizzazione della figura del curatore speciale. In particolare, sono state introdotte ulteriori ipotesi di nomina obbligatoria *ex lege*, e sono state attribuiti maggiori poteri processuali e compiti extraprocessuali al curatore, al fine di garantire una tutela effettiva alla persona di età minore, predisponendo uno strumentario giuridico adeguato, soprattutto in caso di contrasto con i genitori. Il nuovo articolo 473.8-*bis*, c. 1, lett. d), c.p.c.<sup>26</sup>, in particolare,

<sup>23</sup> Cass. civ. 16 ottobre 2007, n. 21748: il tutore «*deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per l'incapace", ma "con" l'incapace*».

<sup>24</sup> La Convenzione europea del 1996 garantisce una partecipazione più incisiva del minore, finalizzata alla manifestazione del suo pensiero e della sua personalità e non soltanto strumentale alle esigenze istruttorie del giudice. L'art. 3 stabilisce, infatti, che al fanciullo considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, sono conferiti, nelle procedure che lo riguardano, i seguenti diritti: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione.

<sup>25</sup> Il D.lgs 10 ottobre 2022, n.149, che attua la delega ricevuta dal Governo con la l. 26 novembre 2021, n. 206, per l'efficienza del processo civile, oltre che per la revisione degli strumenti alternativi delle controversie e misure di razionalizzazione in materia di famiglia, nonché in materia di esecuzione.

<sup>26</sup> Il 17 ottobre 2022, in attuazione della legge delega, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il d.lgs. n. 149/2002. L'art. 3, c. 33, d.lgs. n. 149/2022, introduce il titolo IV *bis* del libro II del codice di procedura civile relativo al rito unificato di famiglia; l'art. 3, c. 5, d.lgs. n. 149/2022, abroga il terzo ed il quarto comma dell'art. 78 c.c. ed il terzo comma dell'art. 80 c.c. inseriti dalla legge delega n. 206/2021, alla luce delle indicazioni contenute nell'art. 1, c. 23, lett. a), ultima parte, della stessa legge delega, laddove si fa presente che l'introduzione di un rito unitario per le persone, per i minorenni e le famiglie comporterà la prevedibile necessità di «*abrogazione, riordino, coordinamento, modifica ed integrazione delle disposizioni vigenti*»; le disposizioni relative al curatore speciale del minore sono trasposte all'interno del corpo di norme sul rito unitario,

prevede, che il minore che abbia compiuto gli anni quattordici è legittimato a nominare un curatore speciale in caso di conflitto con i propri genitori.

La suindicata norma - che riconosce al minore un rimedio di carattere generale per la tutela dei diritti fondamentali dei quali è titolare - segna il passaggio dal mero diritto all'ascolto attivo (ex art. 315-*bis*, c. 3 c.c.) all'effettivo esercizio dei diritti a carattere personalissimo tramite l'intervento del curatore speciale.

**4. Il conflitto genitori-figli con riguardo agli atti di natura personale: il cambio di sesso.** La posizione giuridica del minore, titolare di diritti soggettivi che vanno rispettati, va temperata con l'interesse protettivo dei genitori, che si attenua gradualmente in corrispondenza allo sviluppo della personalità del figlio, sino a svanire, di regola, nell'imminenza della maggiore età.

L'equo bilanciamento di tali interessi diviene complesso, soprattutto con riguardo ad atti di natura personale, quando sorge un conflitto tra figli, titolari del diritto, e genitori, tenuti alla cura e all'educazione dei primi. Si pensi all'ipotesi in cui il minore intenda perseguire il percorso propedeutico al mutamento del sesso (assunzione di medicinali che bloccano lo sviluppo, cure ormonali, interventi demolitori), senza il consenso dei propri genitori. In mancanza di una generale normativa di riferimento, la giurisprudenza è giunta spesso a soluzioni contrastanti.

Più nel dettaglio, proprio nel caso di transessualismo, considerato il carattere personalissimo del diritto al mutamento del sesso, la giurisprudenza ha negato l'esercizio dello stesso al minore d'età ritenendo, da un canto, che esso non fosse suscettibile di rappresentanza da parte dei genitori, trattandosi di azione strettamente personale, e, dall'altro, che il figlio, titolare del diritto, in quanto incapace, dovesse attendere la maggiore età per attuarlo<sup>27</sup>. Contrariamente, in altra pronuncia, i giudici hanno ritenuto che siffatto diritto possa esercitarsi con il consenso dei genitori, legittimati ad agire quali rappresentanti del minore<sup>28</sup>. Infine, secondo altre sentenze, in caso di conflitto, il minore, considerato capace di discernimento, può agire direttamente in giudizio ovvero può richiedere la nomina di un curatore speciale, cui demandare la proposizione dell'azione<sup>29</sup>.

Diversamente è accaduto con riguardo al consenso informato dei minori al trattamento sanitario, in quanto è intervenuto direttamente il legislatore, con l'art. 3, l. n. 219/2017, prevedendo che esso «è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità». In caso di rifiuto delle cure, ritenute appropriate e necessarie dal medico curante, può essere adito il giudice tutelare, anche direttamente dal figlio, minore d'età.

Dall'analisi svolta si deduce che, salvo le ipotesi in cui interviene direttamente l'ordinamento a regolamentare specifiche fattispecie, la decisione in merito alle scelte che può compiere o meno il minore vengono rimesse alla discrezionalità e alla sensibilità del giudice che decide sul caso concreto, con il rischio di generare disparità di trattamento, pregiudicando così la posizione giuridica soprattutto dei c.dd. grandi minori.

La riforma del processo civile del 2022, come già evidenziato, ha novellato la tutela del minore

---

segnatamente nel nuovo art. 473-*bis*.8 c.c. Resta la modifica al primo comma dell'art. 80 c.c. introdotto dalla legge delega n. 206/2021.

<sup>27</sup> Trib. di Catania, 12 marzo 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1107.

<sup>28</sup> Trib. Lucca 28 agosto 2021 iscritta al n. 1525 Reg. Gen. anno 2021, Presidente rel. Giuntoli.

<sup>29</sup> Decreto, Trib. min., Milano 30 marzo 2010, R.g. 579/10, Giudice rel., G. Mastrangelo.

introducendo l'art. 473-*bis*.8, c. 1, lett. *d*), c.p.c.<sup>30</sup>, ai sensi del quale il minore che abbia compiuto gli anni quattordici è legittimato a nominare un curatore speciale in caso di conflitto con i propri genitori.

La norma riveste un'importanza dirompente perché quei diritti fondamentali che la riforma sulla filiazione ha riconosciuto al minore, accentuando il rilievo della sua personalità, acquistano effettività. Titorietà ed esercizio di diritti fondamentali si coniugano indissolubilmente<sup>31</sup>. Il curatore speciale, quanto più è sviluppata la capacità di discernimento del minore e la sua maggiore età è prossima, tanto più è chiamato a decidere con lo stesso, tenendo conto delle sue aspirazioni e inclinazioni<sup>32</sup>.

Preme rilevare, altresì, che con riguardo al diritto di ascolto del minore, il terzo comma della disposizione in esame riprende il contenuto del terzo comma dell'art. 80 c.p.c. ormai abrogato. Rispetto a quest'ultimo, sono state apportate integrazioni, prevedendo che «il curatore speciale del minore procede al suo ascolto ai sensi dell'articolo 315-*bis*, c. 3, del codice civile, nel rispetto dei limiti di cui all'articolo 473-*bis*.4 c.p.c.».

La norma ha previsto espressamente il dovere del curatore di ascoltare il minore. Come evidenziato nei paragrafi che precedono, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo del 1996, hanno sempre garantito al minore capace di discernimento il diritto a essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano.

La riforma, pertanto, non ha fatto altro che riconoscere il diritto del minore di essere ascoltato dal «suo» curatore in modo conforme agli obblighi internazionali.

Con riguardo al profilo sostanziale, la riforma ha previsto, nel nuovo terzo comma dell'art. 473 *bis*.8 c.p.c., la possibilità di attribuzione al curatore, da parte del giudice, nel corso del giudizio e con provvedimento non impugnabile, di specifici poteri di rappresentanza sostanziale. Trattasi del recepimento di un potere rappresentativo non solo processuale, ma a tutto campo, già riconosciuto al curatore dalla legge, e segnatamente dagli artt. 320, c. 6 c.c. e art. 321 c.c., limitatamente al caso di conflitto di interessi patrimoniali tra i genitori e i loro figli minori e dalla giurisprudenza in fattispecie quali, ad esempio, l'iscrizione scolastica, la scelta del medico curante o la sottoposizione a particolari trattamenti medici<sup>33</sup>.

In definitiva, sembra possa assumere un ruolo di primo piano nei procedimenti di rettificazione la nomina del curatore speciale che, nella nuova prospettiva, potrà vedersi attribuite anche la rappresentanza e la difesa tecnica del minore, potendo altresì essere investito di specifici poteri di rappresentanza sostanziale del minore.

## 5. *Rilievi conclusivi.* Alla luce delle considerazioni esposte e a fronte della complessità degli

<sup>30</sup> Il 17 ottobre 2022, in attuazione della legge delega, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il d.lgs. del 10 ottobre 2022, n. 149. L'art. 3, c. 33, d.lgs. n. 149/2022, introduce il titolo IV *bis* del libro II del codice di procedura civile relativo al rito unificato di famiglia; l'art. 3, c. 5, d.lgs. n. 149/2022, abroga il terzo ed il quarto comma dell'art. 78 c.c. ed il terzo comma dell'art. 80 c.c. inseriti dalla legge delega n. 206/2021, alla luce delle indicazioni contenute nell'art. 1, c. 23, lett. *a*), ultima parte, della stessa legge delega, laddove si fa presente che l'introduzione di un rito unitario per le persone, per i minorenni e le famiglie comporterà la prevedibile necessità di «abrogazione, riordino, coordinamento, modifica ed integrazione delle disposizioni vigenti»; le disposizioni relative al curatore speciale del minore sono trasposte all'interno del corpo di norme sul rito unitario, segnatamente nel nuovo art. 473-*bis*.8 c.c. Resta la modifica al primo comma dell'art. 80 c.c. introdotto dalla legge delega n. 206 del 2021.

<sup>31</sup> A. Morace Pinelli, *Curatore speciale e autodeterminazione del minore di età*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4-5, 2023, 966 (commento alla normativa).

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> D. D'Adamo, *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 4, 2022, 1315 (commento alla normativa).

argomenti trattati è possibile rassegnare alcune conclusioni.

Il filo conduttore delle riflessioni svolte concerne il complesso rapporto tra identità di genere e tutela del minore, la cui posizione giuridica, nell'ambito dell'ordinamento interno e sovranazionale, deve essere pienamente riconosciuta. Il passaggio, invero, da una visione patrimonialistica alla valorizzazione della personalità del minore ha consentito di riconoscere quest'ultimo non come un mero soggetto debole che necessita di protezione, ma piuttosto come individuo titolare di diritti soggettivi che devono essere garantiti da parte dell'ordinamento giuridico.

Il procedimento di rettificazione del sesso consente, a chi soffre di disforia di genere, un riallineamento tra sesso fisico e psichico. L'accesso a tale soluzione deve essere consentito anche al minore di età, in particolare ai c.dd. grandi minori, soprattutto in caso di conflitto con i genitori. Se il mutamento di sesso concorre a porre il minore nelle migliori condizioni per il suo sviluppo psicofisico, accedere al trattamento chirurgico significa attuare il suo *best interest*.

L'art. 473-*bis*.8, c. 1, lett. *d*), c.p.c., dunque, attribuendo al minore che abbia compiuto i quattordici anni la legittimazione a richiedere la nomina di un curatore speciale, in caso di conflitto con i propri genitori, rappresenta un ulteriore passo avanti nell'evoluzione delle tutele del minore stesso. Più nel dettaglio, la norma in esame ha un valore culturale profondo in quanto, potendo trovare spazio in ogni giudizio civile in cui si delinei una contrapposizione di interessi tra genitori e minore, riconosce a quest'ultimo un rimedio, di carattere generale, per la tutela dei diritti fondamentali dei quali è titolare.

In definitiva, la nomina del curatore speciale – atteso anche l'intervenuto riconoscimento delle funzioni di rappresentanza e difesa tecnica del minore, nonché di «specifici poteri di rappresentanza sostanziale del minore» ex art. 80, c. 3, c.p.c. – rappresenta un'importante svolta nel procedimento di rettificazione del sesso.

Va, tuttavia, rilevato, senza smentire in alcun modo quanto asserito nei paragrafi che precedono, che tale strumento di garanzia, attuazione di un diritto fondamentale quale l'identità personale, non deve prestarsi ad abuso da parte degli stessi minori i quali, seppur capaci di discernimento, possono non avere una piena consapevolezza di determinate scelte che, una volta prese, sono irreversibili. La possibilità per un minore di procedere alla rettificazione del sesso comporta rischi significativi che richiedono un'attenta analisi, considerando la complessità dello sviluppo psicologico e le influenze ambientali tipiche di questa fase della vita.

L'adolescenza rappresenta un periodo di crescita e di esplorazione dell'identità, non solo in relazione al genere, ma anche in altri ambiti come la personalità, le preferenze e le relazioni sociali. Intervenire in modo definitivo su un aspetto così delicato potrebbe esporre il minore al pericolo di decisioni premature o condizionate da circostanze esterne, prima che abbia raggiunto una consapevolezza matura di sé. Inoltre, in caso di ripensamenti, il minore potrebbe affrontare un profondo disagio psicologico o fisico, con conseguenze difficilmente reversibili.

L'impiego del condizionale si rende necessario, poiché vi sono casi in cui tale maturità risulta già acquisita. In tali circostanze, la procedura di rettificazione del sesso si configura come uno strumento essenziale per consentire al minore una piena realizzazione ed espressione della sua personalità, allineando l'identità sessuale a quella psicologica.

Per questi motivi, è fondamentale che ogni richiesta di rettificazione del sesso da parte di un minore sia valutata con estrema attenzione, non soltanto dall'autorità giudiziaria, ma soprattutto da un'équipe multidisciplinare composta anche da medici e psicologi. Tale valutazione deve tenere conto non solo della maturità del minore, ma anche del contesto familiare e sociale, garantendo un percorso che sia il più possibile tutelante e rispettoso del

suo benessere.

È opportuno, dunque, operare un attento ed adeguato bilanciamento secondo ragionevolezza degli interessi coinvolti, analizzando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto, al fine di evitare che una simile tutela rischi di tradursi (o di trasmodare) in un abuso ai danni di quello stesso minore che si intende garantire. L'equilibrio tra il rispetto dell'identità di genere di un minore e la possibilità che questi possa cambiare idea richiede, pertanto, un approccio accurato e su misura, favorendo un dialogo costante e continuo il soggetto coinvolto.

**Abstract.** L'identità di genere è un diritto della persona, anche minore di età, che esige tutela soprattutto in relazione alla possibilità, riconosciuta al titolare, di autodeterminarsi, secondo le sue personali convinzioni.

Il profilo dell'autodeterminazione solleva, tra le numerose problematiche connesse alla pienezza ed effettività del diritto in esame, la questione del rilievo giuridico della capacità di discernimento del minore, che richiede una tutela maggiormente differenziata quando è prossimo al raggiungimento dei diciotto anni (c.dd. grandi minori).

Il presente contributo si propone di esaminare l'evoluzione del sistema giuridico, da una visione patrimonialistica, tipica del diritto privato, in cui risultava irrilevante, sul piano del diritto, l'esercizio dei diritti personali del minore, a un riconoscimento della sua capacità di autodeterminazione, specialmente quando si tratta dei c.dd. grandi minori.

In tale prospettiva, assume una significativa importanza l'art. 473-bis.8, c. 1, lett. d), c.p.c., recentemente introdotto con la riforma del processo civile, che attribuisce al minore che abbia compiuto i quattordici anni la legittimazione a richiedere la nomina di un curatore speciale, in caso di conflitto con i propri genitori. La norma, attribuendo al minore un rimedio, di carattere generale, per la tutela dei diritti fondamentali di cui è titolare, ha un importante rilievo e impatto culturale e sociale.

**Abstract.** Gender identity is a fundamental right of the individual, including minors, which requires protection, particularly in relation to the recognized right of the individual to self-determination based on their personal beliefs.

The issue of self-determination raises, among the numerous challenges linked to the full and effective exercise of this right, the legal relevance of a minor's capacity for discernment. This aspect calls for more nuanced protection, especially when the minor is close to reaching the age of majority (so-called «older minors»).

This contribution aims to examine the evolution of the legal system, transitioning from a patrimonial perspective – typical of private law – where the exercise of a minor's personal rights was legally irrelevant, to a framework recognizing their capacity for self-determination, particularly in the case of older minors.

In this context, significant importance is attributed to art. 473-bis.8, par. 1, lett. d), c.p.c., recently introduced by the civil procedure reform. This provision grants minors aged fourteen and above the right to request the appointment of a special curator in cases of conflict with their parents. By providing a general remedy for the protection of a minor's fundamental rights, this rule has considerable cultural and social significance.

**Parole chiave.** Tutela del minore – identità di genere – autodeterminazione – discernimento – cambio di sesso – art. 473-bis.8, c. 1, lett. d), c.p.c.

**Key words.** Protection of minor - gender identity – self determination – self restraint – sex change – art. 473-bis.8, para. 1, d), c.p.c.