

4

RESPONSABILITÀ MEDICA

Diritto e pratica clinica

IN QUESTO NUMERO

- Il consenso informato nel sistema delle tutele, di Dario Scarpa
- Responsabilità penale colposa in ambito sanitario, di Matteo L. Mattheudakis
- Oblio oncologico e tutela dei dati personali, di Stefano Gatti
- Diritto di non soffrire e responsabilità del medico, di Gelsomina Salito
- Azione diretta verso l'assicuratore, di Italo Partenza

Ottobre-Dicembre 2024

Rivista trimestrale diretta da Roberto Pucella

RESPONSABILITÀ MEDICA

Diritto e pratica clinica

Direzione

R. Pucella

Coordinatori

B. Checchini

M. Foglia

Redazione

F. Cerea

M.G. Peluso – S. Corso – S. Rossi

Comitato dei Garanti

G. Alpa – M. Andenas – F.D. Busnelli – G. Calabresi – S. Grundmann – H. Micklitz

S. Patti – C. Peruselli – P. Zatti

Dialoghi Diritto-Medicina

L. Busatta

Comitato editoriale

E. Al Mureden – S. Aleo – A. Aprile – S. Canestrari – G. Di Rosa – L. Gaudino – G. Giaimo – L. Orsi
I. Partenza – T. Pasquino – M. Piccinni – C. Scognamiglio – S. Troiano – A. Venchiarutti – V. Zagonel

P. Ziviz

Comitato Scientifico per la Valutazione

M. Azzalini – M. Capecchi – F. Carabellese – D. Castronuovo – R. Cecchi – C. Chessa – L. Cornacchia
G. D'Amico – N. De Luca – R. De Matteis – C. Del Bo – V. Di Gregorio – F. Dinacci – G. Facci
M. Faccioli – C. Faralli – Ar. Fusaro – R. Giorgetti – M. Graziadei – M. Grondona – M. Maggiolo
M. Mantovani – M. Mazzola – A. Melchionda – S. Monticelli – M. Montisci – A. Oliva – L. Olivero
M. Paladini – V. Pescatore – B. Pezzini – A. Pisu – P. Sammarco – R. Senigaglia – G. Stella – A. Thiene
F. Toriello – A.P. Ugas – F. Viglione

Norme di autodisciplina

1. La valutazione dei contributi inviati a Responsabilità Medica per la pubblicazione, sia su iniziativa degli Autori, sia in quanto richiesti dal Comitato editoriale, è affidata ad un membro del Comitato Scientifico per la valutazione scelto per rotazione all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente del Comitato e disposte in ordine casuale.
2. Il contributo è avviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità dei valutatori è coperta da anonimato. In ciascun fascicolo della Rivista è pubblicato in ordine alfabetico l'elenco dei valutatori che hanno collaborato alla revisione del fascicolo.
4. In caso di pareri contrastanti la Direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio assumendosi la responsabilità della verifica.

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

M. Azzalini - L. Cornacchia - N. De Luca - F. Dinacci - M. Faccioli - M. Mantovani - B. Pezzini - A. Pisu
A. Thiene - F. Viglione



Con gli auspici dell'Associazione Civilisti Italiani

INDICE

Saggi e pareri

DARIO SCARPA, <i>Il consenso informato nel sistema delle tutele tra adeguatezza e autonomia contrattuale</i>	395
GELSOMINA SALITO, <i>Ai confini della vita: il diritto di non soffrire e la responsabilità del medico...</i>	409
PATRIZIA ZIVIZ, <i>Le criticità del sistema previsto dagli artt. 138 e 139 c. ass. (per la liquidazione del danno non patrimoniale da lesione all'integrità psico-fisica)</i>	423
SALVATORE ALEO, <i>La questione della responsabilità sanitaria è diventata un'emergenza nazionale. Analisi e proposte</i>	437
MATTEO L. MATTHEUDAKIS, <i>Scenari recenti di riforma della responsabilità penale colposa in ambito sanitario: cerchi concentrici intorno alla colpa grave</i>	447
STEFANO GATTI, <i>Oblivio oncologico e tutela dei dati personali (Parte prima)</i>	469
CIRO MARIA RUOCCO, LUCA ESPOSITO, <i>E-Health e diritto all'oblio oncologico: gestione dei dati sanitari tra innovazione ed esigenze di privacy</i>	483
LUCIANO ORSI, <i>Dialogo fra credenti e non credenti sul suicidio medicalmente assistito. (Il documento della Consulta Scientifica del Cortile dei Gentili come esempio di consenso per intersezione)</i>	501

Giurisprudenza

CASS. CIV., sez. un., ord. 26 giugno 2024, n. 17634, con nota di commento di MASSIMO BELLIN, <i>Responsabilità medica e "doppio binario"</i>	509
TRIB. MILANO, I sez., ord. 26 agosto 2024, con nota di commento di ITALO PARTENZA, <i>Azione diretta ed eccezioni opponibili dall'assicuratore: e la chiamano tutela del terzo</i>	519

Dialogo Diritto-Medicina

FEDERICO ELIO CALEMME, LORENA MALTEMPI, ANDREA MAGLIARI, NICOLA POSTERARO, <i>Forme e limiti dei percorsi di affermazione di genere in Italia</i>	531
---	-----

Forme e limiti dei percorsi di affermazione di genere in Italia*

Federico Elio Calemme

Psicologo psicoterapeuta sistemico e queer informed

Lorena Maltempi

Psicologa psicoterapeuta sistemica e queer informed

Andrea Magliari

Ricercatore di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Trento

Nicola Posteraro

Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano

1. Molti studiosi che si sono occupati del tema ritengono che l'attuale assetto normativo non garantisca l'effettività del diritto all'identità di genere delle persone trans che vogliano ottenere dei nuovi documenti e/o vogliano effettuare degli interventi chirurgici di affermazione di genere. Quali sono i limiti della nostra normativa?

Andrea Magliari e Nicola Posteraro

Il nostro ordinamento, nel disciplinare i percorsi di affermazione di genere (definiti dalla legge n. 164 del 1982: procedure per la “rettificazione di attribuzione di sesso”), stabilisce che la persona trans, qualora voglia ottenere dei documenti che la rappresentino per ciò che davvero è, e/o voglia effettuare degli interventi chirurgici di affermazio-

ne di genere, deve rivolgersi al giudice civile per ottenere una sentenza che, una volta passata in giudicato, accordi il cambiamento anagrafico desiderato e/o la autorizzi a procedere con l'intervento chirurgico desiderato.

Gli studi che sono stati condotti sul punto hanno nel tempo rilevato che tale assetto normativo presenta diversi limiti, legati al fatto che si fonda su un apparato normativo ultraquarantennale.

In particolare, esso può creare degli importanti problemi pratici capaci di impattare negativamente sulla tutela del diritto all'identità di genere della persona trans, la quale, proprio a causa di questi problemi, può essere delle volte disincentivata dall'intraprendere i suddetti percorsi.

Volendo provare a sintetizzare:

* Contributo scritto nell'ambito del progetto Prin MUR PNRR 2022 T.R.A.N.S., “Transsexuals' Rights and Administrative Procedure for Name and Sex Rectification”, finanziato dall'Unione europea –NextGenerationEU. PRIN 2022 PNRR prot. n. P2022AAER4. I punti di vista e le opinioni espresse sono tuttavia solo quelli degli autori e non riflettono necessariamente quelli dell'Unione europea o della Commissione europea. Né l'Unione europea né la Commissione europea possono essere ritenute responsabili per essi.

** Contributo approvato dal Referre.

- le suddette procedure giurisdizionali costringono la persona trans a sopportare sia delle tempistiche che sono spesso lunghe e in ogni caso aleatorie, sia degli oneri economici non indifferenti (la stessa, quando non riesca a usufruire del c.d. gratuito patrocinio, deve infatti preoccuparsi di pagare un contributo unificato per causa di valore indeterminabile, l'onorario dell'avvocato cui affida la trattazione della causa e tutte le altre eventuali spese processuali non preventivabili, come quelle che vengono in rilievo qualora venga disposta dal giudice una CTU);
- il momento dell'accertamento giurisdizionale è spesso vissuto dalle persone trans come una verifica intrusiva da parte di estranei nella costruzione della propria identità, come un momento stigmatizzante e come un'ulteriore prova ad esito incerto su un percorso che di per sé è già molto lungo e complesso (il che viene aggravato dal fatto che esse sono molte volte invitate dai giudici competenti a comparire in seno al processo per "dimostrare" di avere davvero diritto a tutelare la propria identità);
- l'accertamento rimesso al giudice civile segue una struttura contenziosa che contrasta con l'idea, ormai acquisita dalla giurisprudenza prevalente, secondo cui eventuali altri interessi sussistenti in questi casi, pubblici o privati (ad es. del coniuge o della prole) non possono comunque portare al sacrificio del diritto individuale della persona trans all'identità di genere;
- la disciplina de qua, rimanendo saldamente costruita su quel rigido binarismo di genere che informa in toto il nostro ordinamento, allo stato non consente alle persone non binarie di potere effettivamente vedere riconosciuto il proprio diritto all'identità. Il punto è stato di recente attenzionato anche dalla Corte costituzionale, la quale, riconoscendo espressamente che un individuo, percependo di non appartenere né al sesso femminile, né a quello maschile, ben può avvertire l'esigenza di essere riconosciuto in un'identità "altra", ha opportu-

namente sollecitato il legislatore a intervenire sul punto (Corte cost., sent. n. 143 del 2024¹).

Federico Elio Calemme e Lorena Maltempo

In termini psicologici garantire il diritto all'identità di genere di fatto significa poter garantire il diritto all'essere persona, con i propri bisogni emotivi, di riconoscimento e di affermazione di sé. In tal senso la normativa vigente apre delle questioni sul piano del benessere:

- Termini quali "rettificazione dell'assegnazione del sesso", "anomalia", "transessuali" rimandano ad un linguaggio stereotipato tipico della cultura eteronormativa cisgender che riattiva nelle persone gender variant vissuti potenzialmente traumatici. Grazie alla teoria del minority stress² che evidenzia come gli individui appartenenti ad una minoranza siano maggiormente sottoposti a fonti di stress ambientale, sappiamo che alcuni termini, simboli di dinamiche sociali stigmatizzanti, possano essere di per sé riattivatori traumatici (quelli che in psicologia si definiscono trigger points).
- La mancanza di possibilità per persone con identità non binarie di chiedere l'adeguamento dell'identità anagrafica espone al rischio di tentati suicidi (nel 25% dei casi, come indicato dalla letteratura).
- La presenza di un iter normativo in cui un terzo, altro da me, debba affermare chi io sia non rispetta l'iter fisiologico della costruzione del Sé, creando vissuti profondi di impotenza, rabbia e disconoscimento.
- L'esperienza giuridica chiede all'individuo un'ingente quota di risorse, sia in termini economici sia in termini emotivi. La paura del giudizio, dimensione caratterizzante il Tribunale, costituisce di fatto uno dei possibili deterrenti con la conseguenza che la persona potrebbe non esercitare il suo diritto alla salute.

¹ Corte cost., 23.7.2024, n. 143, in *Foro it.*, 2024, I, 2583 ss.

² MEYER, *Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: Conceptual issues and research evidence* (2003) 5 *Psychological Bulletin* 674-697.

- La dimensione del tempo giuridico ostacola il benessere della persona. La letteratura scientifica ha infatti rilevato come possa presentarsi un'ansia sociale specificatamente correlata ad avere un'identità anagrafica differente da quella esperita, che si risolve a seguito del percorso di affermazione di genere. Allungare il tempo di attesa, significa prolungare una sofferenza causata dal sistema e non relata al mondo intrapsichico della persona.

Tutto questo si ritrova nelle narrative che incontriamo nei nostri studi, ricche di domande quali: "cosa mi chiederanno?" "sarà sufficiente la relazione?" "verrà usato il pronome giusto?"

Vogliamo evidenziare che, quando si verifica un divario importante tra psicologia e giurisprudenza, ha luogo una lotta in cui il benessere della persona diventa il campo di battaglia.

2. Da tempo si parla della necessità di assumere un approccio depatologizzante rispetto alle questioni di identità di genere. Quali sono le ragioni di questo cambiamento di paradigma? E quali sono le difficoltà, a livello operativo, per realizzarlo?

Federico Elio Calemme e Lorena Maltempi

Se parliamo di identità di genere ci riferiamo ad una delle componenti della dimensione intrapsichica della persona e per questo dobbiamo considerare la questione da un punto di vista psicologico – sanitario. Pertanto, il primo tra i punti da considerare è che l'Organizzazione Mondiale della Sanità, nel 2018, ha rimosso la disforia di genere dall'elenco delle malattie mentali, in linea con i risultati della letteratura scientifica internazionale. Precursori di ciò, nel 2013 l'American Psychiatric Association ha rimosso il "disturbo dell'identità di genere" dal manuale dei disturbi psichiatrici (DSM) e nel 2015 l'APA ha identificato come prima linea guida: "lo psicologo comprende che il genere è un costrutto non binario che ammette un'ampia gamma di possibilità delle identità di genere e che l'identità di genere di una persona può essere o meno congruente con il sesso assegnato alla nascita".

È all'interno di questa cornice di significati, quindi, che è etico e doveroso muoversi, sottolineando

come la sofferenza psicologica correlata all'incongruenza di genere non è riferibile alla dimensione intrapsichica dell'individuo, bensì alla dimensione relazionale-sociale e comunitaria dello stesso. In altre parole, a creare sofferenza non è il fatto che la persona sia transgender o gender variant, ma lo sguardo giudicante e patologizzante della società. Tale cambiamento di paradigma necessariamente ha bisogno di coinvolgere tutti gli aspetti che ruotano intorno alle tematiche legate all'identità di genere, e qui ci scontriamo con le difficoltà attuali per realizzarlo.

In primis vi è il fatto che la dimensione dell'incongruenza di genere fatica ancora ad essere guardata con le lenti della comunità scientifica, coinvolgendo anche assetti come quello religioso e della morale, che pertanto fanno emergere opposizione rispetto a quanto decretato dall'OMS. Tale aspetto coinvolge, in parte, la stessa comunità psicologica-psichiatrica che oggi sta faticando nell'assumere una prospettiva de-patologizzante. Uno dei motivi riguarda le narrazioni dominanti patologizzanti in cui molti colleghi si sono formati come professionisti della salute. Affinché anche operativamente si possa guardare all'incongruenza di genere con un approccio depatologizzante, vi è bisogno che i professionisti vengano formati sulle attuali teorizzazioni: ad esempio nella maggior parte delle Università non è previsto un corso specifico, né un approfondimento circa l'utilizzo di un linguaggio che accolga le differenze.

Altra difficoltà comune riguarda il fatto che ad oggi l'accesso ai percorsi di affermazione di genere è vincolato e subordinato a diagnosi o altri *gate keeper* di natura medica e giuridica. Per esercitare il proprio diritto, le persone *gender variant* devono ottenere una relazione diagnostica (che valuta la persona, invece di accogliere e comprendere la domanda iniziale di consultazione), per poi iniziare il percorso endocrinologico e arrivare, infine, alla richiesta in Tribunale. In Italia, depatologizzare potrebbe portare alla perdita del sostegno economico da parte dello Stato nell'iter di affermazione di genere. Il rischio, conseguente, è che tale percorso diverrebbe possibile solo per chi non presentasse difficoltà economiche, con effetti discriminatori.

È utile sottolineare, infine, che la prospettiva cisgender eteronormata, che oggi deontologicamente e scientificamente siamo chiamati a superare, è presente in ogni ambito. Cambiare sguardo significa rivisitare i propri bias interni familiari, sociali, culturali e procedurali.

3. Ritenete che il diritto debba tener conto di questo cambiamento? E come?

Andrea Magliari e Nicola Posteraro

Occorre partire dal fatto che il diritto non è un ordine precostituito, specchio immutabile di una precisa realtà naturale, ma è un prodotto sociale, in costante evoluzione, che si nutre del dialogo e della contaminazione con altre scienze. È inevitabile quindi che i cambiamenti che attraversano la società si riverberino anche nel mondo del diritto. Ciò è evidente se si osserva come progressivamente, anche in assenza di un intervento legislativo modificativo della legge n. 164 del 1982, la giurisprudenza abbia via via riconosciuto una maggiore visibilità alla concreta soggettività trans. Nel tempo, sono state allargate le maglie del riconoscimento giuridico della «*irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive*» che costellano le esperienze delle persone trans (Corte cost., n. 221 del 2015). Così, la giurisprudenza ha ad esempio rilevato come non sia più necessario che la persona trans abbia effettuato/abbia intenzione di effettuare un intervento chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali primari per potere ottenere dei documenti nuovi che siano in linea col genere di effettiva appartenenza (cfr. Corte cost., n. 221 del 2015³ e n. 180 del 2017⁴, e cass., n. 15138 del 2015⁵).

Tuttavia, anche se un processo di depatologizzazione delle esperienze trans è già in atto, grazie al lavoro svolto nel tempo dagli attivisti e dalle scienze psicologiche, il nostro ordinamento non ha mai abbracciato (almeno finora) un approc-

cio depatologizzante alla tematica; anzi: la giurisprudenza che è intervenuta sul tema, pur avendo compiuto degli importanti passi avanti sull'argomento, ha per certi versi rafforzato la medicalizzazione di questi percorsi.

Nell'immaginare una revisione dell'attuale normativa, si dovrà però riflettere molto su questo aspetto e fare tesoro degli approdi delle altre discipline.

Si dovrà ad esempio valutare quanto sia ancora necessario chiedere quella documentazione medica che la giurisprudenza civile - per prassi, visto che il diritto positivo nulla dispone a questo proposito - ritiene allo stato indispensabile perché la domanda giudiziale di rilascio dei nuovi documenti e/o di autorizzazione a effettuare l'intervento possa essere accolta. La giurisprudenza richiede ad esempio che alla richiesta di rilascio dei nuovi documenti siano allegate non solo delle relazioni endocrinologiche - dando così per scontato che tutte le persone trans abbiano intenzione di ricorrere alle terapie ormonali, nel portare avanti il proprio percorso di affermazione, e che una persona trans desideri per forza assumere esteticamente quei tratti stereotipati del genere di appartenenza -, ma anche delle relazioni psicologiche che siano atte ad attestare la sussistenza di una "diagnosi" di incongruenza/disforia di genere.

In altre parole, se si immaginerà di demandare alla p.a. il compito di pronunciarsi sui percorsi di affermazione di genere, si dovrà verificare l'opportunità di continuare a chiedere alla persona trans l'allegazione di documentazioni di questo tipo.

Sarà utile in tal senso fare riferimento alle risultanze provenienti dagli studi di diritto comparato. In diversi Paesi emerge infatti la tendenza a privilegiare modelli "elettivi" e non "ascriviti", in cui si riconosce in modo sempre più largo il diritto all'autodeterminazione della persona e si sgancia il percorso di affermazione di genere dalla prova di un trattamento chirurgico e/o ormonale o di una diagnosi di disturbo mentale.

Da un punto di vista giuridico, tale mutamento di approccio è stato per lo più realizzato attraverso il passaggio da un sistema basato sul necessario intervento di un giudice a un modello in cui l'af-

³ Corte cost., 5.11.2015, n. 221, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, I, 20 ss.

⁴ Corte cost., 13.7.2017, n. 180, in *Defure*.

⁵ Cass., 20.7.2015, n. 15138, in *Guida al dir.*, 2015, 34 ss.

fermazione di genere avviene all'esito di un procedimento amministrativo, a carattere vincolato, incentrato sulla libera autodeterminazione della persona.

Ciò è avvenuto – solo per citare i casi più recenti in Europa – in Svizzera nel 2022, in Spagna con l'approvazione della c.d. *Ley Trans* nel 2023 e in Germania con la recente emanazione della *Selbstbestimmungsgesetz* (ossia legge sull'autodeterminazione) nel 2024.

L'auspicio (e l'ipotesi di lavoro su cui anche noi, come gruppo di ricerca, stiamo ragionando) è, dunque, che anche il nostro ordinamento giuridico possa evolvere in questo senso, transitando dall'attuale processo civile a un procedimento amministrativo, che, ben costruito, si preoccupi (non solo di snellire le procedure allo stato esistenti, ma anche) di depatologizzare le esperienze trans.

Da questo punto di vista, si dovrà anche riflettere sulla necessità di continuare a subordinare all'intervento di un soggetto terzo la volontà della persona trans di ricorrere a un intervento chirurgico

di affermazione di genere: la Corte costituzionale, infatti, ha recentemente dichiarato l'illegittimità della norma che dispone la necessità di questa autorizzazione (art. 31, comma 4°, del d.lgs. n. 150 del 2011) nei soli casi in cui la persona interessata a effettuare l'intervento abbia già ottenuto – con sentenza passata in giudicato – quella che legislativamente viene definita “rettificazione anagrafica del sesso anagrafico” (v. la richiamata Corte cost. n. 143 del 2024).

Si tratta di una prospettiva paternalistica, che mal si concilia con il diritto all'autodeterminazione terapeutica del singolo: l'intervento chirurgico di affermazione di genere è un intervento che viene pacificamente ammesso siccome atto a tutelare il benessere psico-fisico della persona trans (e, dunque, il suo diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*). E però è l'unico intervento demolitivo per l'effettuazione del quale non è sufficiente allo stato basarsi sull'intervenuta alleanza terapeutica medico-paziente, ma è necessario passare per il tramite d'un soggetto altro (un giudice) che si preoccupi di legittimarlo.