

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

MICHELE DI BARI

**Il diritto all'identità di genere inizia al liceo.
Una riflessione sul caso *Joel Doe et Al. v. Boyertown
Areas School District et Al.***

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2019-1

Il diritto all'identità di genere inizia al liceo. Una riflessione sul caso *Joel Doe et Al. v. Boyertown Areas School District at Al.*

Sommario

1. Premessa: un approccio «*down to earth*» per tutelare minori in divenire – 2. Il caso di fronte al giudice distrettuale – 3. Il caso di fronte alla Corte d'appello Federale – 4. Il mancato *hearing* di fronte alla Corte Suprema – 5. Riflessioni conclusive.

Abstract

Il presente contributo affronta il tema dell'identità di genere nella sua dimensione più delicata, quella del riconoscimento e dell'integrazione sociale. In particolare, viene esaminato un caso statunitense – *Joel Doe et Al. v. Boyertown Areas School District at Al* – al fine di comprendere come la realtà *transgender* metta in discussione la tradizionale distinzione binaria tra «maschio» e «femmina» fin dall'età adolescenziale. Il legislatore e le istituzioni pubbliche in generale si ritrovano dunque a dover scegliere quale modello adottare: un modello tradizionale e chiuso rispetto *alle diversità* di genere – come richiesto dai ricorrenti – oppure un modello inclusivo che permetta di superare il limite del sesso di nascita in ragione di un corretto sviluppo psicofisico del minore *transgender*. In questa analisi, lo scopo è (come spesso accade nel contesto degli studi di diritto comparato) di richiamare l'attenzione del giurista e del legislatore nazionale su un tema che potrebbe irrompere prima o poi anche nel nostro ordinamento, cercando di fornire una chiave di lettura che sembra rispondere in modo bilanciato all'esigenza di tutelare tutti gli interessi in gioco.

This article deals with the issue of gender identity in its "social dimension". In particular, an American case is analyzed – Joel Doe et Al. V. Boyertown Areas School District at Al – in order to understand how issues related to being a transgender can challenge the traditional binary distinction between "male" and "female" since the high school. Thus, both the legislator, and public institutions should choose which model is better fitting for minors: a traditional and binary model - as requested by the applicants - or an inclusive model that allows to overcome a rigid identification of «sex» established at birth, favoring a correct psychophysical development of transgender minors. In this analysis, the aim – as it often happens in the context of comparative law studies – is to draw the attention of legal scholars and the legislator on a topic that could – sooner or later – burst into even in our legal system, providing a reading key that seems to be able to balance properly all the interests at stake.

* Dottore di ricerca, Università degli studi di Padova.

1. Premessa: un approccio «*down to earth*» per tutelare minori in divenire

Il tema dei diritti legati all'identità di genere trova oggi – fortunatamente – sempre più spazio non solo nelle riviste scientifiche che si occupano di diritti fondamentali, ma anche nelle aule di tribunale dove, con sempre maggiore frequenza, si assiste ad un'evoluzione giurisprudenziale volta a (ri)affermare modelli inclusivi basati sul principio di non discriminazione.

Nondimeno, l'argomento «identità di genere» resta spinoso, a volte spinosissimo, ed è dunque essenziale per la dottrina giuridica cercare di comprendere a pieno la portata di questo concetto così delicato, al fine di tentare di suggerire soluzioni concrete a problemi che impattano fortemente con la vita delle persone¹.

Compito del comparatista è anche quello di cimentarsi con ordimenti stranieri con lo scopo di analizzare come si è risposto altrove, a questioni non ancora affrontate dal diritto interno. Questioni che si pongono come un possibile conflitto tra diritti concorrenti – per taluni «opposti diritti» – ed in cui è necessario un bilanciamento ispirato al rispetto della dignità di ogni persona.

*Joel Doe et Al. v. Boyertown Areas School District at Al.*² è un caso di studio interessante, che può aiutare a capire meglio come il tema dell'identità di genere sia legato non solo alla legittima pretesa di una persona adulta di vedersi riconosciuto il diritto alla dignità personale ed alle eventuali terapie mediche, ma anche alla difesa del minore, inteso come soggetto *in divenire*, che si deve relazionare con un contesto sociale, culturale ed istituzionale che – ancora – fatica a concepire la realtà nella sua complessità³.

La vicenda – che si è conclusa il 28 maggio 2019 con un nulla di fatto di fronte alla Corte Suprema degli Stati Uniti – ha riguardato la decisione⁴ presa un anno prima dalla *U.S. Court of Appeals for the Third Circuit*⁵ (*Federal 3d Circuit*) che aveva ribadito quanto già deciso in primo grado⁶ rispetto al regolamento della *Boyertown Areas School District* dello Stato della Pennsylvania sull'utilizzo degli spogliatoi e dei servizi igienici per le persone *transgender*.

La Corte Suprema, negando il *writ of certiorari* ai ricorrenti che lamentavano la violazione del proprio diritto fondamentale alla *privacy*⁷ ha mantenuto intatte le conclusioni raggiunte prima dal giudice distrettuale, poi da quello federale in tema di bilanciamento tra diritto fondamentale alla *privacy* e rispetto del principio di non discriminazione.

Presso la *Boyertown Area Senior High School (BASH)*, infatti il regolamento prevedeva (e prevede

1 Il presente contributo non fa alcun rinvio alla normativa italiana o alla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale. Resta certamente un punto di riferimento prezioso per chiunque voglia affrontare il tema dell'identità di genere sotto il profilo del diritto interno il volume di Anna Lorenzetti che fornisce una dettagliata quanto efficace analisi delle difficoltà e delle tutele che interessano le persone transessuali nel nostro Paese. Si rinvia dunque a A. LORENZETTI, *Diritti in Transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, FrancoAngeli, 2013. Ancora, in tema di intersessualità ed identità di genere, A. LORENZETTI, *Il "trattamento" giuridico della condizione intersessuale*, in *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, vol. 1, 2018, pp. 6 ss.; Nella stessa rivista, nel medesimo volume, G. VIGGIANI, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, pp. 30 ss.

2 U.S. Supreme Court, Application No. 18-658, *certiorari denied*, 28 maggio 2019.

3 Richiamando un precedente del nostro ordinamento giuridico, (Tribunale di Messina, sez. I civ. sentenza del 4 novembre 2014), è evidente che non è possibile «*prescindere dal concetto di identità di genere, la quale è costituita da tre componenti: il corpo, l'autopercezione e il ruolo sociale. [Quindi] l'apparenza fisica non può essere disgiunta dall'autopercezione e dalla relazione che l'individuo sviluppa con la società e con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità*». Sul punto, G. D'AMICO, *Identità di genere: «non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 maggio 2015, p. 2.

4 *Joel Doe et Al. v. Boyertown Areas School District at Al.*, caso n. 17-3113, *Federal 3d Circuit*, 24 maggio 2018.

5 Il terzo circuito si estende nei territori della Pennsylvania, del New Jersey, del Delaware e delle Virgin Islands.

6 Caso n. 5-17-1249, *United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania* (U.S.D.C. E.D.Pa.), 25 agosto 2017.

7 Un diritto violato – secondo *Doe et Al.* – a fronte della possibilità concessa ad una persona *transgender* di usare lo spogliatoio femminile o maschile a seconda dell'identità di genere personalmente percepita.

tuttora) la possibilità per gli studenti *transgender* di poter utilizzare lo spogliatoio affine alla propria identità di genere anziché al sesso di nascita. Tale possibilità, secondo le istituzioni scolastiche, era idonea a prevenire fenomeni di marginalizzazione sociale degli studenti la cui identità di genere non corrispondeva al sesso di nascita. Un fenomeno spesso – ma non sempre – accompagnato da disforia di genere⁸.

Tale iniziativa era ed è inquadrabile all'interno della cornice politica che ha caratterizzato la passata amministrazione Obama⁹ e che aveva visto il *Department Of Justice* (DoJ) ed il *Department of Education* (DoED) tentare di proporre una interpretazione innovativa del *Title IX of the Education Amendments* del 1972¹⁰, stabilendo che alle persone *transgender* dovesse essere garantito – anche a scuola – il rispetto del loro status attraverso una serie di accorgimenti inseriti in delle apposite linee guida federali *'Examples of Policies and Emerging Practices for Supporting Transgender Students'*¹¹.

Un modello inclusivo – quello dell'amministrazione Obama – che è stato però fortemente osteggiato da alcuni Stati¹² e che ha visto l'attuale amministrazione Trump ritornare repentinamente ad una concezione «esclusivamente binaria» della realtà.

Il 22 febbraio 2017, sia il DoJ che il DoED hanno infatti ritirato le linee guida del 2016 volte a proteggere gli studenti *transgender* ai sensi *Title IX of the Education Amendments* del 1972.

Ciò nonostante, anche in presenza di questo clamoroso *withdraw*, alcune scuole pubbliche hanno continuato ad attuare una politica di inclusione capace di bilanciare il diritto alla privacy di ogni studente con il diritto all'identità di genere.

L'analisi del caso *Doe*, e della giurisprudenza ad esso collegata, può dunque aiutare ad aprire un dibattito, anche aspro, sull'urgenza di ripensare gli attuali modelli di inclusione sociale ricomprendendo pure un fenomeno, quello delle persone e dei minori *transgender*, che ancora oggi risulta marginale rispetto ad altri temi trattati in dottrina.

-
- 8 Il 18 giugno 2018, dopo la pubblicazione dell'*International Classification of Diseases* numero 11 da parte dell'Organizzazione mondiale della Sanità, la disforia di genere non appartiene più al novero delle malattie mentali, ma viene ricompresa tra le questioni inerenti alla salute sessuale. È bene inoltre ricordare che essere *transgender* non implica soffrire di disforia di genere, anche se tale condizione riguarda una percentuale non trascurabile della popolazione transgender. Come più volte sottolineato nel *Brief for Amici Curiae* della *American Academy of Pediatrics*, della *American Medical Association*, et al presentata alla corte d'appello federale, la condizione di *transgender* "implies no impairment in judgment, stability, reliability, or general social or vocational capabilities. However, many transgender individuals are diagnosed with gender dysphoria, a condition that is characterized by debilitating distress and anxiety resulting from the incongruence between an individual's gender identity and birth-assigned sex". Vedi *amicus curiae* della *American Psychiatric Association et Al*, p. 9.
- 9 T. S. HOGAN, *Public Restrooms and the Distorting of Transgender Identity*, in *North Carolina Law Review*, vol. 95, 2017, pp. 1206-1240.
- 10 20 U.S. Code, Education, Chapter 38. 'Discrimination based on sex or blindness', Section 1681, Sex. Disponibile a questo indirizzo: www.justice.gov/crt/title-ix-education-amendments-1972.
- 11 Secondo le linee guida elaborate dal *Department of Education*, l'amministrazione federale doveva impegnarsi a fornire a tutti gli operatori scolastici 'the information they need to provide a safe, supportive, and nondiscriminatory learning environment for all students. It has come to ED's attention that many transgender students (i.e., students whose gender identity is different from the sex they were assigned at birth) report feeling unsafe and experiencing verbal and physical harassment or assault in school, and that these students may perform worse academically when they are harassed'. Il documento è disponibile a questo indirizzo: www2.ed.gov/about/offices/list/oese/oshs/emergingpractices.pdf.
- 12 Contro la *new policy* di Obama si erano subito mobilitate le fasce più conservatrici della società statunitense e si era giunti sino al giudizio alla Corte Suprema con il caso *G.G. ex rel. Grimm v. Gloucester County School Board*. Tuttavia, la Corte non ha avuto modo di affrontare il caso nella sua complessità perché nelle more del giudizio l'amministrazione Trump aveva già revocato il provvedimento preso dalla passata amministrazione, determinando il rinvio della causa alla Corte d'Appello. Per una analisi del caso *G.G. ex rel. Grimm v. Gloucester County School Board* si veda S. Williamson, *G.G. ex rel. Grimm v. Gloucester County School Board: Broadening Title IX's Protections for Transgender Students*, in *Maryland Law Review*, vol. 76, n. 4, 2017, pp. 1102-1133.

2. Il caso di fronte al giudice distrettuale

Come appena accennato, nel maggio 2016 i Dipartimenti della Giustizia e dell'Istruzione inviano la c.d. *Dear Colleague Letter*, nella quale si ricordava alle istituzioni scolastiche che erano tenute ad adottare provvedimenti idonei a garantire agli studenti *transgender* l'accesso a bagni e spogliatoi tenendo conto della loro identità di genere¹³. La *BASH*, scuola distrettuale di Berks e Montgomery, nel sud-est della Pennsylvania, ha accordato, sin dall'anno scolastico 2016-2017, tale possibilità ad alcuni studenti *transgender*¹⁴.

In particolare, a due studenti *transgender* (*F to M*¹⁵) ed una studentessa *transgender* (*M to F*¹⁶) era stato concesso di usare i servizi igienici in linea con la propria identità di genere, mentre ad uno studente *transgender* era stato consentito di usare anche lo spogliatoio prima e dopo l'attività fisica prevista dal curriculum scolastico¹⁷.

Tale possibilità – ed il giudice del primo grado di giudizio lo sottolinea ampiamente – veniva concessa senza alcun automatismo, ma al contrario, valutando caso per caso scrupolosamente.

Ad ogni studente veniva richiesto di sottoporsi a numerosi colloqui con lo *school counselor* prima di poter giungere ad una decisione finale sulla possibilità di usare i servizi scolastici tenendo conto della propria identità di genere anziché del sesso di nascita¹⁸.

In aggiunta, una volta «funzionalmente riassegnata»¹⁹ l'identità di genere, non era più possibile continuare ad usare i servizi igienici (o gli spogliatoi) del proprio sesso di origine²⁰. Anzi, ogni violazione inerente alla condotta negli spogliatoi – sia per *cisgender*²¹ che per *transgender* – era punita da sanzioni disciplinari.

Per di più, la *BASH* aveva provveduto a creare spazi privati per il cambio degli indumenti sportivi, bagni singoli e docce singole con tendina, al fine di garantire ad ogni studente – *cisgender* o *transgender* – il più alto grado di tutela dell'intimità ed alla privacy²².

Il 31 ottobre 2016 lo studente *cisgender* Joel Doe si ritrova nello spogliatoio maschile con un altro studente *transgender*.

Pur non essendo nudi, Joel Doe comprende di non essere di fronte ad un altro studente biologi-

- 13 La c.d. “*Dear Colleague Letter*” del maggio 2016 sottolineava chiaramente come “*Because transgender students often are unable to obtain identification documents that reflect their gender identity (e.g., due to restrictions imposed by state or local law in their place of birth or residence), requiring students to produce such identification documents in order to treat them consistent with their gender identity may violate Title IX when doing so has the practical effect of limiting or denying students equal access to an educational program or activity*”. Dunque, ciò significa che una scuola non deve trattare diversamente uno studente *transgender* dal modo in cui tratterebbe gli altri studenti della stessa identità di genere.
- 14 È bene ricordare che sono 41 le scuole pubbliche della Pennsylvania che hanno adottato specifici codici di condotta per eliminare discriminazioni contro studenti *transgender*. Di questi, 12 istituti hanno previsto la possibilità di usare bagni e spogliatoi in linea con la propria identità di genere anziché il proprio sesso di nascita. Si veda caso n. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, *Exhibit 1*.
- 15 In transizione dal genere femminile a quello maschile.
- 16 In transizione dal genere maschile a quello femminile.
- 17 È importante sottolineare come le ore di attività sportiva rientrano tra le attività scolastiche di tipo *compulsory*. In altre parole, ogni studente è tenuto a praticare le attività sportive previste dal proprio percorso di studi.
- 18 Caso n. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, *Plaintiffs’ motion for preliminary injunction (Pls.’Mem.)*, at. 9.
- 19 Uso la formulazione “funzionalmente riassegnata” al solo fine di rendere chiaro che la possibilità concessa agli studenti *transgender* di utilizzare bagni e spogliatoi è funzionale alla loro piena inclusione tenendo dell'identità genere, ossia della loro stessa autopercezione sociale all'interno della comunità scolastica.
- 20 Caso No. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, *(Pls.’Mem.)*, at. 12.
- 21 Il *cisgender* è un soggetto in cui l'identità di genere è coerente rispetto alla propria percezione di sé, ossia il proprio comportamento o ruolo viene considerato appropriato per il proprio sesso. Si veda, K. Kirkup, *The origins of gender identity and gender expression in Anglo-American legal discourse*, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 68, issue 1, 2018, pp. 80-117; Si vedano anche le *Guidelines for psychological practice with transgender and gender nonconforming people*, in *American Psychologist*, vol. 70, n. 9, 2015, pp. 832-864.
- 22 Caso n. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, *(Pls.’Mem.)*, at. 14.

camente maschio, ma di fronte ad un *transgender* (lo studente Aidan DeStefano, un ragazzo *transgender F to M* che in quel momento si stava cambiando ed indossava il reggiseno). Tale situazione, secondo Doe, avrebbe leso il suo fondamentale diritto alla privacy, umiliandolo e facendolo sentire fortemente in imbarazzo.

Joel Doe presenta dunque un ricorso presso la corte dell'*Eastern District of Pennsylvania* unitamente ad altri tre studenti²³ al fine di imporre alla BASH di interrompere la sua politica di integrazione per le persone *transgender* ed un conseguente ritorno alla distinzione esclusivamente basata sul sesso di nascita in relazione all'utilizzo delle *facilities* scolastiche.

Il giudice distrettuale si trova ad affrontare e discutere di tre diverse presunte violazioni²⁴:

- (a) Violazione della "*our universal tradition*"²⁵ che garantisce la privacy di ogni individuo in situazioni nelle quali si devono usare i servizi igienici o gli spogliatoi, prevenendo ogni grave lesione della dignità umana.
- (b) Violazione del diritto alla privacy costituzionalmente garantito dal XIV Emendamento;
- (c) Violazione al diritto di libero accesso alle opportunità ed alle attività educative che dovrebbero essere garantite dal *Title IX of the Education Amendments*, in quanto la politica inclusiva della BASH avrebbe creato un ambiente ostile per i ricorrenti.

Secondo i ricorrenti, l'essere stati obbligati a condividere uno spazio privato – o comunque uno spazio dove può essere visibile l'intimità del corpo – con una persona del sesso opposto – avrebbe cagionato (o potuto cagionare) uno stato di intimidazione insopportabile, ossia '*a direct and adverse physiological effects*'²⁶.

Tra le diverse argomentazioni addotte dagli oppositori della politica della BASH allo scopo di ottenere una *preliminary injunction prohibiting a school district from maintaining its practice*, la tradizione ha rivestito certamente un ruolo centrale.

Una tradizione che imporrebbe, a detta dei ricorrenti, ma anche delle associazioni cristiane che hanno presentato i rispettivi *amici curiae*²⁷ alla Corte Suprema, il rispetto dei ruoli maschili e femminili così come biologicamente («*cristianamente*») definiti alla nascita.

Si sostiene infatti che la c.d. «*American tradition*»²⁸ non si possa piegare alle mode del momento, tanto più considerando che esistono oramai definizioni come *genderqueer* o *third-gender*, che, cadendo al di fuori sia della concezione binaria di «maschio» e «femmina» sia della categorizzazione «*transgender*», creerebbero troppa confusione laddove – si discute – sarebbe necessario non crearne per salvaguardare un corretto sviluppo psicofisico di tutti gli studenti.

Secondo le associazioni cristiane, la policy della BASH "*curtails and defiles the constitutionally protected rights of Christian people to act, speak, and live out their faith as free Americans*"²⁹. In altre parole, i discriminati non sarebbero gli appartenenti alla minoranza *transgender* quanto semmai coloro che appartengono alla maggioranza degli studenti (*cisgender*).

A tal proposito, appare illuminante il ragionamento del giudice distrettuale quando ribadisce che

23 Rispettivamente gli studenti Jack Jones, Mary Smith, Macy Roe che, come per il compagno Joel Doe, hanno ritenuto la policy inclusiva della BASH fortemente lesiva del loro diritto alla privacy e potenzialmente lesiva del loro diritto all'onore avendo tutti lamentato la paura di poter essere umiliati laddove messi nelle condizioni di condividere i servizi igienici o sportivi con studenti transgender.

24 Caso n. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, *Order denying motion for preliminary injunction (Order)*, p. 2.

25 Caso n. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, (*Pls.'Mem.*), at. 4.

26 Caso n. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, (*Order*), p. 6.

27 Si veda, ad esempio, il documento presentato dalla *Christian Educators Association International*, la *Michigan Association of Christian schools*, e la *American Association of Christian schools* disponibile a questo indirizzo: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-658/77336/20181221132619925_18-658%20tsac%20Christian%20Educators%20Association%20International%20et%20al.pdf.

28 I ricorrenti richiamano il caso *Washington v. Glucksberg* dove la Corte Suprema aveva avuto modi di affermare che ogni diritto fondamentale è "*deeply rooted in this Nation's history and tradition*" and "*implicit in the concept of ordered liberty, [so] neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed.*" *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, para. 721, 26 giugno 1997.

29 *Amicus curiae* presentato dalla *Christian Educators Association International*, la *Michigan Association of Christian schools*, e la *American Association of Christian schools*, vedi riferimento in nota 27, p. 3.

'While it appears to be undeniable that sex-segregated privacy facilities such as restrooms and bathrooms appear to be incompatible with being able to accommodate the entire spectrum of possible gender identities (particularly for an individual that does not identify with either sex/gender), it is not as if dividing privacy facilities based on biological sex covers the entire spectrum of biological sex assignments³⁰.

Dunque, la tradizione altro non sarebbe che un elemento storico-culturale descrittivo di una prassi.

Una prassi che, se da un lato escluderebbe automaticamente dall'uso di servizi pubblici chi non si riconosce nel proprio sesso biologico, dall'altro troverebbe quale unico elemento giustificativo – o di legittimità – la sola ragione storica³¹.

Sull'utilizzo della tradizione quale parametro ermeneutico idoneo a legittimare potenziali violazioni della dignità umana o delle libertà fondamentali, già nel 2004 un giudice americano aveva chiarito come '*tradition is not a legitimate state interest, [i.e.] tradition does not justify unconstitutional treatment. Slavery was also a traditional institution*³².

Venendo ora all'analisi di un altro aspetto sottolineato dai ricorrenti – la violazione di un diritto costituzionalmente garantito alla privacy – il giudice distrettuale richiama il caso *Roe v. Wade* dove il giudice federale del terzo circuito aveva già avuto modo di spiegare che la "*United States Constitution does not mention an explicit right to privacy and the United States Supreme Court has never proclaimed that such a generalized right exists, [but it has] acknowledged the individual's constitutional right to privacy*³³, [and] *has found certain constitutional «zones of privacy»*³⁴".

Quindi, diviene cruciale comprendere quanto estesa ed a quali – se possibili – limitazioni possa essere soggetta l'individuale «*zone of privacy*».

Nel 2011, nel caso *Doe v. Luzerne County*³⁵ – riguardante la possibilità di video-riprendere un dipendente negli spogliatoi – la Corte federale aveva inoltre chiarito che "[p]rivity claims under the Fourteenth Amendment necessarily require fact-intensive and context-specific analyses, and unfortunately, bright lines generally cannot be drawn³⁶". Dunque, esiste la necessità di dover sempre appurare in quali specifiche circostanze si sia verificata l'ipotetica violazione della privacy³⁷, ossia non basta la percezione soggettiva.

Si noti che nel caso esaminato nel presente contributo, tutti e quattro i ricorrenti non hanno lamentato di essere stati visti senza vestiti o di aver visto nudo il compagno o la compagna transgender.

Ciò che i ricorrenti hanno lamentato è il mero contatto visivo in abbigliamento intimo nello spogliatoio, o nel caso della ricorrente Mary Smith, l'incontro nel bagno anche se completamente vestiti. I ricorrenti sembrano dunque più preoccupati di una possibile violazione del proprio diritto fondamentale alla privacy, per quanto potrebbe accadere e non già per qualcosa di accaduto³⁸ (una sorta di imbarazzo anticipatorio).

30 Caso n. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, (Order), p. 86.

31 Si veda, sul punto, J. Rellis quando sostiene che '*one to four percent of the world population is intersexed, not fully male or female. Thus, one could argue that separating privacy facilities based on biological sex is absolutely unworkable. As such, certain groups of individuals could be excluded under either method of designating the use of restrooms, locker rooms, and other privacy facilities. For those individuals there is no safe, accessible restroom in public places.*' J. RELIS, "Please Write 'E' in This Box" Toward Self-Identification and Recognition of a Third Gender: Approaches in the United States and India, in *Michigan Journal of Gender and Law*, vol. 14, 2008, p. 223.

32 *The People of the State of New York v Katherine Greenleaf and Dawn Sangrey*, Corte distrettuale di New Paltz, Ulster County, 13 luglio 2004, 5 Misc.3d 337 (2004), 780 N.Y.S.2d 899.

33 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, para. 85.

34 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, para. 152–53.

35 *Doe v. Luzerne County*, 660 Federal 3d Circuit., para. 169, 12 ottobre 2011.

36 *Ibidem*, para. 176.

37 *Ibidem*, para. 177.

38 I ricorrenti fanno riferimento alla possibilità di vedere o sentire un compagno considerato del sesso opposto espletare la funzione biologica della minzione o nel caso di un *transgender M to F* nella possibilità che un soggetto percepito come maschile possa ascoltare dialoghi sulla condizione mestruale di una compagna. Si veda caso No. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, *Plaintiffs memo in support of the motion for preliminary injunction*, pp. 5 ss.

Tuttavia, il giudice di primo grado della Pennsylvania ha evidenziato come i *plaintiffs* non abbiano trovato alcun precedente che definisse un diritto alla privacy tanto esteso quanto quello descritto ed ipotizzato nel ricorso.

Anzi, nella ricognizione fatta dal giudice distrettuale, viene richiamato un caso del 2016, *Students and Parents for Privacy v. United States Department of Education*³⁹ dove l'oggetto del ricorso era proprio una simile *policy* scolastica inclusiva delle esigenze degli studenti *transgender* adottata da una scuola dello Stato dell'Illinois.

In quel precedente, la questione era stata formulata in questi termini: "do high school students have a constitutional right not to share restrooms or locker rooms with transgender students whose sex assigned at birth is different than theirs?"⁴⁰.

La risposta data fu negativa ed il ragionamento seguito dal giudice distrettuale dell'Illinois fece perno sulla definizione di «sex» stabilendo che la corte non dovesse limitarsi a prendere meramente atto del sesso di nascita.

Secondo la corte, il giudice, in talune circostanze⁴¹, ha l'onere di considerare l'identità di genere quale parametro, pena un'automatica discriminazione delle persone *transgender*.

Per di più – continua il giudice distrettuale – se ad ogni studente è comunque garantito di potersi cambiare in appositi spazi chiusi, e di poter utilizzare servizi igienici privati, chiunque desideri una maggiore privacy ha la facoltà di utilizzare soluzioni alternative (e separate).

Si tratta dunque di bilanciare situazioni soggettive diverse (non opposte) adottando misure proporzionalmente idonee a raggiungere l'interesse pubblico perseguito, ossia permettere un corretto sviluppo psicofisico anche degli studenti la cui identità di genere non corrisponde al sesso di nascita⁴².

Investigando la dimensione psicologica degli studenti *transgender* attraverso la perizia⁴³ del dott. Leibowitz⁴⁴, il giudice rileva come "if an adolescent with gender dysphoria is prohibited from using facilities matching the adolescent's gender identity, it sends a message to them that what they're[sic] experience is, who they are is not valid. It's not an identity that is appreciated". Ed ancora, "if an adolescent is barred from a sex-segregated facility matching their gender identity the barred adolescent will more frequently refrain from urinating; in addition, certain data suggests that there are much higher rates of not going to school, leaving school, cutting class, leaving the school to find a bathroom"⁴⁵

Nel caso in analisi, come in *Students*, la corte distrettuale ha dunque ritenuto che la *BASH* fosse dotata di strutture idonee ad assicurare ad ogni studente, *cisgender* o *transgender*, la possibilità di man-

39 *Students and Parents for Privacy v. United States Department of Education*, case n. 16-cv-4945, U.S. District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division (U.S. N.D. Ill.), 29 dicembre 2017.

40 *Ibidem*, para. 23.

41 Così nel caso *Ulane v. Eastern Airlines*, 742 F.2d 1081, Federal 7th Circuit, 29 agosto 1984; *certiori denied*, 471 U.S. 1017 (1985).

42 È noto che, nella giurisprudenza americana, tutte le volte che ci si trova di fronte ad un conflitto tra un atto normativo ed una situazione giuridica soggettiva, il giudice deve valutare se l'interesse (governativo) perseguito supera i *levels of scrutiny*. A seconda dei casi, il giudice può adottare diversi livelli di controllo. Si potrebbe collocare idealmente i *levels of scrutiny* come esistenti su uno spettro, dove il *rational-basis review* è ad una estremità (il più basso livello di controllo, ossia quando non si discute di diritti fondamentali) ed il *strict scrutiny* (il più alto livello di controllo, in relazione ad una potenziale violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti) dall'altra. In mezzo, l'*intermediate scrutiny*. Se quando si utilizza il *rational-basis review* il controllo del giudice è teso a verificare se una legge è razionalmente correlata ad un interesse governativo legittimo (reale o ipotetico), quando si adotta lo *strict scrutiny* il giudice è tenuto ad annullare un provvedimento legislativo a meno che l'organo statale non sia in grado di dimostrare che ci si trova di fronte ad «*compelling interest*» e che la norma è formulata in modo da ledere il meno possibile il diritto fondamentale garantito attraverso misure proporzionalmente idonee a raggiungere l'interesse pubblico. Per quanto invece attiene l'*intermediate scrutiny*, per superare il test di controllo è necessario dimostrare che la legge o la politica oggetto di impugnazione promuove un importante interesse pubblico mediante mezzi sostanzialmente connessi a tale interesse. Per un approfondimento, vedi E. CHEMERINSKY, *The Rational Basis Test Is Constitutional (and Desirable)*, in *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 14, 2016, pp. 401 ss; R.H. FALLON, *Strict Judicial scrutiny*, in *UCLA Law Review*, vol. 54, 2007, pp. 1267 ss.

43 Case No. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, (Order), p. 63 ss.

44 Uno degli psichiatri con maggiore esperienza negli Stati Uniti sulle questioni riguardanti i minori *transgender*.

45 Case No. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, (Order), p. 73.

tenere il più alto grado di intimità⁴⁶ e che un diritto alla privacy così esteso da non permettere una politica inclusiva degli studenti *transgender* non potesse essere rivendicato⁴⁷.

Nel bilanciamento tra diritto alla privacy e diritto all'inclusione sociale, il giudice distrettuale sottolinea come la BASH "has attempted to provide transgender students with the opportunity to live their lives in a manner consistent with their gender identity, while attempting to minimize as much as possible any discomfort felt by other students by offering various forms of privacy protection and alternative arrangements for their use if they feel uncomfortable or need additional privacy"⁴⁸.

Quanto poi alla presunta violazione del Title IX of the Education Amendments che stabilisce che "[n]o person in the United States shall, on the basis of sex, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subject to discrimination under any education program or activity receiving Federal financial assistance"⁴⁹, la corte distrettuale ha ritenuto che non vi fossero i presupposti per censurare la politica della BASH per un ipotetico "hostile environment harassment"⁵⁰.

Infatti, già nel caso *Saxe v. State Coll. Area Sch. Dist*⁵¹ era stato stabilito che al fine di poter far valere una pretesa violazione del Title IX, il ricorrente doveva poter dimostrare che il "sexual harassment [...] is so severe, pervasive, and objectively offensive, so [that it] undermines and detracts from the victims' educational experience, [and] that the victim students are effectively denied equal access to an institution's resources and opportunities"⁵².

Di nuovo, il giudice di prima istanza ritiene che i ricorrenti non possano lamentare alcuna violazione del Title IX sia perché non viene dimostrato un impedimento rispetto ad un equo accesso alle risorse scolastiche, sia perché non sono stati registrati episodi di condotte lesive della dignità personale nei confronti di *cisgender* da parte di studenti *transgender*⁵³.

3. Il caso di fronte alla Corte d'appello Federale

Leggendo il dispositivo redatto dalla corte federale del terzo circuito si intuisce sin dai primi paragrafi che l'orientamento dei giudici è chiaro: il giudice di primo grado ha deciso correttamente.

La Corte infatti esordisce affermando che in una "exceedingly thorough, thoughtful, and well-reasoned opinion, the District Court denied the requested injunction based upon its conclusion that the plaintiffs [and] we affirm substantially for the reasons set forth in the District Court's opinion"⁵⁴.

Il giudice dell'appello – consapevole che la presunta lesione del diritto alla privacy richiede di andare oltre la semplice *rational-basis review* – esprime innanzitutto la volontà di inquadrare la questione non già partendo dalla posizione degli studenti *cisgender* (*appellants*) ma da quella dei *transgender*⁵⁵. Il fine è quello di verificare se l'interesse pubblico perseguito dalla BASH sia di tale portata da potersi effettivamente tradurre in una legittima limitazione del diritto alla privacy.

Innanzitutto, il giudice è persuaso del fatto che "forcing transgender students to use facilities that are not aligned with their gender identities chips away and erodes"⁵⁶ at [the individual's] psychological wellbeing and

46 U.S.D.C. E.D.Pa, case No. 17-cv-1249, (*Order*), p. 104-106.

47 *Ibidem*, p. 106.

48 *Ibidem*, p. 107.

49 Title IX of the Education Amendments of 1972, Title 20, Education, Chapter 38, Sec. 1681, letter a.

50 Case No. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, (*Order*), p. 112.

51 *Davis v. Monroe City. Board of Education*, 526 U.S. 629, 24 maggio 1999.

52 *Ibidem*, para. 651.

53 Caso n. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, (*Order*), pp. 116-117.

54 *Joel Doe et Al. v. Boyertown Areas School District at Al.*, caso n. 17-3113, *Federal 3d Circuit.*, p. 4, 24 maggio 2018

55 Il giudice infatti afferma che "we do not view the level of stress that cisgender students may experience because of appellees' bathroom and locker room policy as comparable to the plight of transgender students who are not allowed to use facilities consistent with their gender identity.". Caso n. 17-3113, *Federal 3d Circuit.*, p. 11, 24 maggio 2018.

56 J.L. HERMAN, *Gendered Restrooms and Minority Stress: The Public Regulation of Gender and Its Impact on Transgender People's*

*wholeness*⁵⁷.”

In aggiunta, come già emerso nel dispositivo della sentenza di primo grado, la possibilità data agli studenti *transgender* di usare i servizi igienici e sportivi in accordo con la loro identità di genere non è mai stata concessa automaticamente; tale facoltà era invece sempre subordinata ad una serie di colloqui con il responsabile scolastico ed imponeva allo studente di non usare più i servizi scolastici in accordo con il suo sesso biologico⁵⁸.

Se non bastasse, agli studenti *cisgender* della BASH veniva comunque garantita la possibilità di usare strutture totalmente separate dal resto al fine di permettere (anche) il totale isolamento nell'utilizzo di servizi igienici o spogliatoi.

Quindi, secondo la corte federale, la politica inclusiva della BASH ha superato lo *strict scrutiny* previsto in tutti i casi di misure capaci di una limitazione di una libertà costituzionalmente garantita giacché “[r]egardless of the degree of the appellants’ undress at the time of the encounters, the District Court correctly found that this would not give rise to a constitutional violation because the School District’s policy served a compelling interest – preventing discrimination against transgender students – and was narrowly tailored to that interest⁵⁹”.

Inoltre, il giudice del terzo circuito ricorda come il centro della questione non è solo il rispetto dell'identità di genere, ma la protezione dei minori che presentano criticità legate ad essa. Si evidenzia infatti come la BASH abbia perseguito un interesse pubblico rilevante («*compelling state interest*») nel proteggere i minori *transgender* da possibili discriminazioni e violenze⁶⁰.

Nella sua analisi, la corte federale richiama anche il caso *Whitaker v. Kenosha Unified School District*⁶¹ dove la corte del settimo circuito aveva chiarito che “*there can be no denying that transgender individuals face discrimination, harassment, and violence because of their gender identity*”⁶², e che dunque non può bastare una presunta lesione del diritto alla privacy (quelle che il giudice identifica come un mero *speculative harm*) per impedire che vengano tutelati soggetti realmente sottoposti a discriminazione e violenza⁶³.

La politica della BASH, come argomentato nell'*amicus curiae* presentato dalla *National Education Association* ha avuto lo scopo (ed il merito) non solo di permettere una migliore inclusione degli studenti *transgender*, ma di migliorare il clima scolastico in generale⁶⁴. Per queste ragioni, come accaduto in primo grado, il ricorso viene respinto.

Lives, in *Journal of Public Management and Social Policy*, vol. 19, 2013, pp 74 ss.

57 Caso n. 17-3113, *Federal 3d Circuit.*, p. 12, 24 maggio 2018

58 *Ibidem*, p. 13.

59 *Ibidem*, p.20

60 Secondo quanto emerso dagli studi del dottor Leibowitz, nel 2015 è stato appurato che il 40% dei minori affetti da disforia di genere ha avuto pensieri relativi al suicidio e si verificano tassi molto più alti di depressione, ansia, comportamento autoaggressivo e ideazione suicidaria nei giovani con disforia di genere, Si veda lo studio di L.S. MAYER, P.R. MCHUGH, *Sexuality and Gender: findings from the biological, psychological, and social science*, in *The New Atlantis*, vol. 50, 2016, p.8.

61 *Whitaker v. Kenosha Unified School District*, caso n. 16-3522, *Federal 7th Circuit*, 30 maggio 2017.

62 *Ibidem*, p. 27.

63 *Ibidem*, p. 34, quando il giudice del settimo distretto chiarisce che “*while the School District claims that preliminary injunctive relief infringes upon parents’ ability to direct the education of their children, it offers no evidence that a parent has ever asserted this right. These claims are all speculative*”.

64 Nel testo dell'*amicus curiae* si legge “[w]hen schools adopt transgender-inclusive policies and practices, appropriately respond to bullying, and allow transgender students to be acknowledged in accordance with their gender identity, not only do transgender students feel more welcome, but also the school climate overall is more positive, leading to better outcomes for all student” (p. 9). Il testo integrale è disponibile a questo indirizzo: <https://www.aclu.org/legal-document/doe-v-boyertown-area-school-district-national-education-association>.

4. Il mancato *hearing* di fronte alla Corte Suprema

Come già emerso nella parte introduttiva del presente contributo, il *writ of certiorari* è stato negato. Questo lascia supporre che anche i *supreme Justices* non abbiano ritenuto di poter inquadrare la questione come una «insopportabile violazione» del fondamentale diritto alla privacy dei ricorrenti.

Nonostante il *denial* della Corte Suprema, è interessante analizzare le argomentazioni emerse negli *amicus curiae* depositate congiuntamente al ricorso.

Di particolare interesse sono le memorie presentate dall'*Institute for Faith and Family*⁶⁵ e dalle associazioni cristiane⁶⁶ (di cui si è già accennato in precedenza), nonché dall'*Eagle Forum Education and Legal Defense Fund* ("EFELDF")⁶⁷.

Nello specifico, una riflessione viene portata avanti sui concetti di discriminazione ed intolleranza lamentando come essi sarebbero stati «piegati» al solo interesse dei *transgender* senza tenere conto della maggioranza degli altri studenti. Si sostiene infatti che "[n]on-discrimination principles should never be applied in a discriminatory, unequal manner that squelches the rights of those outside the protected category"⁶⁸.

Quindi, si configurerebbe una sorta di discriminazione alla rovescia che opererebbe in modo sproporzionato in favore del gruppo oggi socialmente più vulnerabile⁶⁹.

Ancora, si denuncia una violazione del diritto dei genitori a educare i figli secondo le proprie convinzioni filosofiche e religiose (un passaggio che richiama un principio noto al giurista europeo⁷⁰, ossia quello sancito all'articolo 2 del primo protocollo della CEDU, che ha impegnato la Corte europea dei diritti umani proprio su un tema delicato come il diritto ad una educazione «neutra»).

Si sostiene appunto che "*the Third Circuit's interpretation of Title IX ignores the fundamental right of parents to control and direct the upbringing of their children; ignores the First Amendment freedoms of students, faculty, and staff whose valid religious, moral, political, and cultural views necessarily conflict with a political agenda that denies biology; and ignores Biblical teaching and diminishes student privacy and safety. The interpretation also ignores the fundamental constitutional liberty and equal protection interests of students, teachers, and administrators who define their personal identity by their religious beliefs*"⁷¹.

Dunque, alla discriminazione verso gli studenti (minori) *cisgender*, si aggiungerebbe una violazione del primo emendamento in ambito educativo, essendo la politica scolastica inclusiva della BASH in palese contrasto con i dettami di taluni credo religiosi.

Infine, le associazioni intervenute a supporto del ricorso di Joel Doe hanno contestato la semplificazione operata dai giudici di primo e secondo grado relativamente ai concetti di «sesso» e «identità di genere», affermando che i due termini siano stati «confusi»⁷² e dunque usati in modo improprio.

Se la discriminazione in base al sesso è esplicitamente proibita dalla legge federale (il *Title IX*),

65 *Amicus Brief for The Institute for Faith and Family*, documento disponibile a questo indirizzo: <https://www.aclu.org/legal-document/doe-v-boyertown-area-school-district-amicus-brief-institute-faith-and-family>.

66 Vedi nota 27.

67 *Amicus Brief Eagle Forum*, documento disponibile a questo indirizzo: <https://www.aclu.org/legal-document/doe-v-boyertown-area-school-district-amicus-brief-eagle-forum-supporting-cert>.

68 *Amicus Brief for The Institute for Faith and Family*, p. 7.

69 Sempre in questa memoria si ritiene che una "*overly aggressive assertion of particular rights can erode protection for other liberties*", p. 8.

70 Sul punto, si vedano gli interessanti spunti di riflessione di M. D'AMICO, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018; A. GUAZZAROTTI, *Il crocifisso italiano a Strasburgo: una political question? (Nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. II 3 novembre 2009 [Lautsi c. Italia])*, in *Questione Giustizia*, 2010, p. 185 e ss.; S. BARTOLE, *Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del crocifisso - religious symbol, passive symbol, civil symbol: the legal metamorphoses of the cross*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 65 e ss.; I. RUGGIU, *Neanche l'"argomento culturale" giustifica la presenza del crocifisso negli spazi pubblici*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 364 e ss.; M. LUGATO, *Simboli religiosi e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso del crocifisso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 402 e ss.

71 *Amicus Brief Christian Educators Association International et al*, p. 10.

72 *Ibidem*, p. 10.

l'identità di genere sarebbe un argomento solo recentemente affrontato (soltanto dalla passata amministrazione Obama e non da quella attuale) e dunque incapace di potersi già tradurre in un *ground of discrimination* ricompreso nel Title IX.

Si conclude dunque che “[i]f transgender boys and girls are treated the same, there is no discrimination based on sex⁷³”, non esisterebbe alcuna discriminazione dei *transgender*, essendo questi ultimi tutti (maschi e femmine) vincolati all'utilizzo delle *facilities* scolastiche a seconda del loro sesso di nascita.

Tutte queste argomentazioni in favore di una ulteriore *judicial review* non hanno tuttavia persuaso i giudici della Corte Suprema.

5. Riflessioni conclusive

Il caso analizzato nel presente contributo pone certamente una sfida non semplice da vincere.

In primo luogo, si rende necessario garantire uno spazio sicuro per quei minori che stanno attraversando una transizione che è fisica, psicologica e sociale.

In secondo luogo è necessario educare alla diversità tutti i soggetti che circondano questi minori, ossia insegnanti, studenti, genitori, nonché chiunque sia chiamato ad operare e relazionarsi con minori *transgender*.

Il caso americano si presenta come un modello fondato su un approccio «*down to earth*» in cui la giurisprudenza ha saputo superare una concezione fondata su presunte «posizioni contrapposte», favorendo, invece una impostazione che fa perno sul bilanciamento tra esigenze che, pur nella loro diversità, non sono inconciliabili ma bilanciabili.

I giudici americani hanno dunque – almeno questa volta – cercato e trovato un possibile bilanciamento tra la necessità di proteggere i minori *transgender* ed il diritto alla privacy dei *cisgender*, ancorando le loro decisioni a dati scientifici più a che a speculazioni teoriche (si pensi ai continui rinvii alla bibliografia medica in materia di transizione, minori e l'impatto di *policies* non inclusive sulla condizione psicofisica di soggetti in transizione).

L'identità di genere è un fattore spesso fin troppo ignorato tra i *cisgender*. Questo non può sorprendere dato che le difficoltà legate all'identità di genere si manifestano solo quando non vi è coincidenza tra il sesso di nascita e la percezione del sé come maschio o femmina. Un fenomeno, quest'ultimo, che riguarda una percentuale molto bassa della popolazione (appena lo 0.4% - 0.6%⁷⁴).

Nondimeno, focalizzare l'attenzione sull'identità di genere significa cercare di comprendere la dimensione sociale e di relazione che concerne questo fenomeno complesso ed articolato, che riguarda il modo di vivere sia dei *transgender* che dei *cisgender*.

In una realtà dove si tende a classificare gli individui in maschi e femmine in una «riduzione al minimo⁷⁵» che tiene conto esclusivamente degli apparati riproduttivi alla nascita, è necessario affrontare questo tema con pragmatismo, non perdendo di vista l'obiettivo principale: salvaguardare – egualmente – la salute e la dignità di ogni individuo.

Il caso *Doe* ed il caso *Student* dimostrano ampiamente come esistano risvolti per tutta la collettività già quando la condizione di *transgender* si manifesta in giovane età.

Risvolti che dovrebbero indurci ad una profonda riflessione ed un ripensamento anche dell'attuale modello di scuola.

Come affermato più volte sia in primo grado che in appello nel recente caso *Doe*, le istituzioni

⁷³ *Amicus Brief Eagle Forum*, p. 8.

⁷⁴ Negli Stati Uniti è stato fornito come dato lo 0,3% della popolazione. Si veda G.J. GATES, *How many people are lesbian, gay, bisexual, and transgender?*, in *The Williams Institute, UCLA School of Law*, 2011, p. 1 ss. <http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Gates-How-Many-People-LGBT-Apr-2011.pdf>

⁷⁵ Riprendendo le parole del dottor Leibowitz, “*if an adolescent with gender dysphoria is prohibited from using facilities matching the adolescent’s gender identity, “it sends a message to them that what they’re [sic] experience is, who they are is not [...] valid. It’s not an identity that is appreciated. It is society reducing them to their genital[s]”*”. Vedi, Caso n. 17-cv-1249, U.S.D.C. E.D.Pa, (Order), p. 73.

pubbliche, *in primis* la scuola, dovrebbero – in linea di principio – essere il motore propulsivo di nuovi metodi educativi di inclusione sociale.

L'attuale concezione binaria dei generi tende a semplificare e ricondurre la realtà ad una presunta normalità⁷⁶ in cui devono (co)esistere maggioranze e minoranze, individui «normali» ed individui «non normali», in un'ottica di contrapposizione che anziché perseguire l'obiettivo di una maggiore inclusione sociale in nome dell'uguaglianza, tende ad aumentare il rischio di stigmatizzazioni e discriminazioni⁷⁷.

Alle paure di coloro che temono una evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento delle diversità, è necessario rispondere con la stessa determinazione con cui la Corte costituzionale italiana ha avuto modo di rispondere nel 2015 quando ha affermato che “[il] diritto all'identità di genere [è un] elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU)⁷⁸”.

In altre parole, richiamando quanto già emerso nei dispositivi delle sentenze analizzate nel presente contributo, tra una concreta e verificabile condizione di marginalità dei *transgender* ed una solo ipotetica violazione del diritto alla privacy dei soggetti *cisgender*, il giudice è tenuto a tutelare chi è in una condizione di reale vulnerabilità.

Concludendo, se il bilanciamento deve operare tra due situazioni giuridiche, quella dei *cisgender* e quella dei *transgender*, è bene ricordare l'insegnamento che proviene dalla recente giurisprudenza americana: il pregiudizio dei *cisgender* non può né legittimare né rendere meno grave la discriminazione subita dai *transgender*.

⁷⁶ A. LORENZETTI, *Diritti in Transito*, op. cit., p. 197.

⁷⁷ S. NICCOLAI, *Differenze come cose e come valutazioni. La lezione interpretativa degli scritti di Sergio Panunzio sull'età e la capacità*, in Sergio Panunzio, *Profilo intellettuale di un giurista*, F. CERRONE e M. VOLPI (a cura di), Jovene, Napoli, 2007 p. 486.

⁷⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 221/2015, *considerato in diritto* 4.1.