



ALBERTO CAPRIOLO

Dottorando di ricerca in Bioetica – Università Pontificia Regina Apostolorum

## **GENDER E NUOVI PERCORSI GIURIDICI. TRA (DE)COSTRUZIONE DELL'IDENTITÀ E FORZATURE DEL DIRITTO**

*SOMMARIO: 1. Ricadute giuridiche dei Gender studies: brevi premesse. – 2. 'Diritto all'identità di genere' e primato della scelta. – 3. Nuove geometrie della famiglia. – 4. Quale genere di educazione per il minore?*

1. – A partire dagli anni Settanta un'ormai ampia tradizione di pensiero critico ha problematizzato la relazione che lega il diritto al sesso e al genere<sup>1</sup>. Gli approcci analitici che si sono susseguiti<sup>2</sup> (ma che, allo stato attuale, non possono dirsi esauriti) hanno da un lato investito un numero sempre crescente di istanze sociali, dall'altro sfidato diverse categorie tradizionali del diritto. Il dibattito origina da quella produzione dell'epistemologia femminista tesa ad evidenziare il condizionamento maschile e patriarcale insiti nelle norme giuridiche. In questa fase la denuncia della natura e del contenuto marcatamente maschilista della costruzione giuridica si accompagna alla rivendicazione di un diritto che sia veicolo dei mutamenti sociali<sup>3</sup>. Da qui prende avvio quel processo di teorizzazione della trasformazione del diritto da “strumento di oppressione sessuale” a strumento riparatore delle discriminazioni e canale di agevolazione e riconoscimento dell'eguaglianza e dell'emancipazione femminile.

Mentre la prima stagione della scienza giuridica femminista mira alla ricerca di un'eguaglianza da realizzarsi attraverso la valorizzazione delle differenze ed affida al diritto un compito riformatore che dia spazio all'espressione della dimensione femminile, i successivi percorsi spostano l'attenzione dal problema del “diritto sessista” al problema del “diritto sessuato”<sup>4</sup>. L'opera di contestazione, demistificazione e decostruzione del carattere sessuato del diritto

---

<sup>1</sup> Stando a J. MONEY, A. EHRHARDT, *Man & Woman, Boy & Girl. The Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, Johns Hopkins University Press, 1972 e J. MONEY, P. TUCKER, *Sexual Signatures on Being a Man or a Woman*, Little Brown & Co, 1975, 86 ss., i primi studi sul *gender* vennero condotti nell'ambito della psicosessuologia. Le analisi femministe impiegarono, poi, il concetto affrancandolo dall'originario uso clinico.

<sup>2</sup> Un'autorevole ed attenta ricostruzione dell'origine e dei percorsi del dibattito *sex/gender* è operata da L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, Giappichelli, 2011 e EAD., *Gender in Philosophy and Law*, Springer, 2012. Sulle ricadute dello sviluppo degli studi di genere nei diversi ambiti del diritto, vd. F. D'AGOSTINO, *Identità sessuale e identità di genere*, Giuffrè, 2012.

<sup>3</sup> Vd., *ex multis*, S. FIRESTON, *The Dialect of Sex: The Case for Feminist Revolution*, HarperCollins, 1971, 15-40; K. MILLET, *Sexual politics*, New York, 1971, C. SMART, *The Woman of Legal Discourse*, in *Social & Legal Studies*, 1, 1992, 29-44. Per un'analisi del filone, S. HARDING, *The Science Question in Feminism*, Cornell University Press, 1986; R. P. TONG, *Feminist Thought: A more comprehensive introduction*, Allen and Unwin, 1998.

<sup>4</sup> Sul “diritto sessuato” come costruzione al maschile da parte del diritto dell'idea della donna vd. M. J. FRUG, *A Postmodern Feminist Legal Manifesto*, in *Harvard Law Review*, 1992, 1045 ss. Sul punto vd., inoltre,



to, che contrassegna la nuova fase, poggia sulle elaborazioni maturate in seno ai *gender studies*, che, se da un lato costituiscono la prosecuzione dei *women's studies*, dall'altro ne superano il perimetro e le finalità. Le indagini sul *gender*<sup>5</sup> presuppongono l'impossibilità di interpretare il sesso come verità essenziale della persona, degradando il medesimo a elemento accidentale e mero substrato biologico<sup>6</sup>. Svuotato di rilievo il sesso e scardinate la coincidenza e l'interazione tra quest'ultimo ed il genere, è nel *gender* che si inquadra l'esperienza identitaria. Proprio a quella concezione di *gender* quale costruzione sociale e culturale dell'essere, sganciata dal determinismo biologico, quale identità in continua contrattazione, rimanda la Convenzione di Istanbul del 2011. Superando la nozione giuridica di "identità di genere" come suggerita dalla Dichiarazione di Pechino (1995), il documento più recente, all'art. 3 lett. c), individua nel *gender* "the socially constructed roles, behaviours, activities and attributes". E proprio tali caratteristiche assumerà il contenuto del diritto all'identità di genere come negli ultimi anni accolto da diversi ordinamenti. La stessa teorizzazione del *gender* sopra richiamata non si presenta, tuttavia, come unitaria. Una discussione sul *gender* in senso monolitico è stata spesso avvertita da una parte degli studiosi come restrittiva ed incompleta rispetto alle varianti identitarie prefigurabili: l'accento ricade, dunque, sulla possibilità di costruzione/decostruzione del genere, sulla sua portata non meramente descrittiva ma performativa, sulla necessità di oltrepassare i confini e il binarismo di genere<sup>7</sup>. Questi aspetti dell'impostazione post costruttivista più radicale risultano

---

L. MORELLO, *Il genere sessuale*, in P. CENDON (a cura di), *Il risarcimento del danno non patrimoniale. Parte speciale*, Utet giuridica, 2009, 371 ss.; D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro, 2004, 118; M.V. BALLESTRERO, *I «diritti delle donne» (note a margine a un dibattito su «diritti umani» e Comunità europea)*, in *Pol. dir.*, 1990, 123 s.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, teoria del garantismo generale*, Laterza, 1989, 947 ss.

<sup>5</sup> Sebbene il termine *gender* rimandi più diffusamente agli strumenti di riduzione di fenomeni di sottorappresentanza femminile in ambiti lavorativi e istituzionali (*'gender mainstreaming'*) ovvero ad altre misure di integrazione paritaria della dimensione femminile (*'gender empowerment'* stando all'espressione adoperata dall'UNDP) e, ancora, a specifiche condotte criminose lesive della sfera fisica e psichica della donna (*'gender-based violence'*), gli studi di genere costituiscono un ambito di ricerca molto più ampio ed eterogeneo. La *gender theory*, come osserva T. PITCH, *Sesso e genere del e nel diritto: il femminismo giuridico*, in E. SANTORO (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Giappichelli, 2010, 110 «ha ambizioni generali, non significa "studiare le donne" o i loro problemi e interessi benché ovviamente questi siano stati privilegiati. (...) È superfluo ribadire che "genere" non vuol dire "donne"».

<sup>6</sup> L'elaborazione maggiormente rappresentativa di questa concezione del *gender* si rinviene in J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 1990. In particolare, secondo la studiosa, «il genere è una costruzione culturale; di conseguenza non è il risultato causale del sesso, né così fisso come esso. Nel dire che il genere è una costruzione radicalmente indipendente dal sesso, il genere stesso è un artificio libero da ogni legame; di conseguenza uomo e maschile potrebbero significare tanto un corpo femminile come uno maschile; donna e femminile, tanto un corpo maschile come uno femminile» (p. 6 della tr. it. a cura di G. GIORELLO, *Scambi di genere. Identità, sesso e desiderio*, Sansoni, 2004).

<sup>7</sup> La spinta verso questa incessante decostruzione dei processi di soggettivazione identitaria e, al contempo, verso la rivendicazione di ulteriori forme di alterizzazione è analizzata da G. RUBIN, *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, in C. VANCE (a cura di), *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, Routledge, 1984, 267-293; J. D'EMILIO, *Making Trouble. Essays on Gay History, Politics and University*, Routledge, 1992; R. BRAIDOTTI, *Soggetto nomade. Femminismo e crisi della modernità*, Donzelli,



recepiti nei *Yogyakarta Principles*, documento nella forma di raccomandazione rivolta agli Stati aderenti, in particolare laddove si richiama l'orientamento sessuale quale “capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with *individuals of a different gender or the same gender or more than one gender*”.

Se in una fase iniziale, quella del primo femminismo giuridico, l'individuo (la donna) chiede al diritto di trasformare la propria condizione, la prospettiva viene poi, alla luce dei *gender studies*, completamente rovesciata: la condizione scelta dall'individuo trasforma il diritto. Poste tali premesse e come si avrà modo di approfondire più avanti, il *gender* non semplicemente si insinua nel diritto, ma si spinge sino a forzarlo, ad esasperarne la capacità estensiva<sup>8</sup> e a mutarne il ruolo da strumento di regolazione dei mutamenti sociali a strumento di mera ufficializzazione dei medesimi<sup>9</sup>.

2. – Recentemente la High Court of Australia ha accolto la richiesta di Norrie May Welby<sup>10</sup> di modificare il proprio status legale da ‘male’ a ‘non-specific’, riconoscendo la possibilità di apportare la medesima variazione agli atti del *Registrar*. Sulla base del percorso ermeneutico condotto dalla Corte, nulla osta a che la legge sulle registrazioni dello stato civile (*Act*) contempli anche uno status ‘indeterminate’, atteso che “the Act itself recognises that a person may be other than male or female”. Dal 1° novembre 2013 in Germania è possibile registrare i neonati senza precisare il sesso, in forza della modifica operata al §22 del *PersonenStandGesetz*, ai

---

1994; M. GARBER, *Vested Interests*, New York, 1994; J. SCOTT, *Il Genere: un'utile categoria di analisi storica*, in P. DI CORI (a cura di), *Altre storie. La critica femminista alla storia*, Bologna, 1996, 307-348; M. CORONA, *Incroci di genere. De(i)stituzioni, transitività e passaggi testuali*, Bergamo University Press, 1999.

<sup>8</sup> Sul pericolo di uno «svuotamento per estensione» dei diritti fondamentali vd. A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti fondamentali*, in *I diritti fondamentali oggi. Atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Padova, 1995, 245. Il rischio di una “inflazione” dei diritti, conseguente al continuo rivestire «tutto ciò che si agita a livello dei desideri umani e delle rivendicazioni soggettive della qualifica di ‘diritti fondamentali’» è stato di recente evidenziato anche da A. D'ALOIA, *Il “terzo” sesso*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 Aprile 2014.

<sup>9</sup> Tale nuova veste che si vuole imprimere al diritto è ben rappresentata da M. CARTABIA, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, 2011, 437. L'A., ad esito di un'approfondita analisi, mette in luce come determinate istanze *gender sensitive* invocano «un ordinamento giuridico composto da norme e leggi “neutrali” rispetto alle scelte di ciascun individuo, (...) una cornice legislativa neutrale, avalutativa, in cui nessuna opzione risulti discriminata né privilegiata. L'ambiente ideale per il soggetto che si vuole autodeterminare deve essere asettico, quasi un “laboratorio”, schermato da ogni possibile interferenza». Un approccio critico al ruolo che, in quest'ottica, sta rivestendo il diritto è adottato da L. PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in *Iustitia*, 172, per la quale «il diritto non può essere neutrale registrazione della prassi, delle trasformazioni sociali, delle pulsioni. Il diritto non è legittimazione della volontà illimitata di realizzazione di tutto ciò che è possibile tecnologicamente e desiderato in modo irrazionale, istintivo ed emotivo, ritenendo ogni scelta, quale che sia, equivalente rispetto a qualsiasi altra possibile scelta. Non può nemmeno imporre in modo dogmatico una verità in un contesto sociale complesso, pluralistico e secolarizzato. Il diritto, semmai, ha il compito strutturale e costitutivo di difendere le condizioni obiettive della identità della persona».

<sup>10</sup> Il riferimento è al caso *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*.



sensi del quale “*Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen*”. Ancora, la *Ley 26.743* argentina del 2012 sul *derecho a la identidad de género de las personas*, riducendo il concetto di *sexo* a carattere accidentale privo di significato sul piano del diritto, dispone che la persona venga giuridicamente trattata in sintonia con la sola propria identità di genere (art. 1). In ragione di ciò, ad esempio, la rettifica dell’identità ai fini dello stato civile non può ritenersi condizionata da previo intervento chirurgico di riassegnazione genitale o da previa valutazione medica favorevole (art. 4). Come è agevole rilevare già da questi esempi offerti dal più recente quadro internazionale, negli ultimi anni si sta procedendo, tanto in sede giudiziaria quanto in quella legislativa, ad un continuo recepimento della nozione di ‘identità di genere’. Pur nelle peculiarità di ciascun sistema, denominatori comuni nella definizione giuridica del *gender* risultano il primato della scelta, la rinegoziazione dei confini tra dimensione biologica e costruzione sociale e, in particolare, il riconoscimento di esperienze identitarie ulteriori rispetto al maschile e al femminile.

Anche in Italia la nozione di ‘identità di genere’ ha trovato spazio nel linguaggio del diritto. Se ne intercetta l’uso sia da parte del legislatore nazionale (L. n. 119/2013; L. n. 128/2013) sia di quello regionale (L.R. Emilia Romagna n. 182/2014 ‘*Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere*’; L. R. Umbria n. 21/2005; L.R. Toscana n. 63/2004 ‘*Norme contro le discriminazioni determinate dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere*’). La stessa giurisprudenza ha avuto modo di confrontarsi, seppure con qualche ambiguità<sup>11</sup>, con la definizione di ‘identità di genere’.

È il caso della nota ordinanza n. 14329/2013 della Cassazione civile<sup>12</sup>, in cui, vertendosi in tema di rettificazione di attribuzione del sesso, la Corte preferisce all’uso dell’espressione “riassegnazione del sesso” (come da L. n. 164/1982) il ricorso alle formulazioni “esercizio del diritto a cambiare identità di genere” e “diritto di mutare la propria identità di genere”. È, però, in dottrina che si rinviene una più compiuta strutturazione del concetto giuridico di ‘identità di genere’, insieme con le maggiori spinte alla positivizzazione del *gender*<sup>13</sup>. Matrice di questa elabo-

---

<sup>11</sup> Sull’utilizzo ancora impreciso delle nozioni di “identità di genere” e di “orientamento sessuale”, a dimostrazione di una difficoltà definitoria e di inquadramento giuridico dei due concetti, vd. L. BOZZI, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e "divorzio imposto": diritto all’identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 5, 233 ss. e L. CALAFÀ, *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 179, a parere della quale, pur non negandosi che tra identità di genere e orientamento sessuale esista una sorta di contiguità semantica, è preferibile «riservare la locuzione “identità di genere” alle sole questioni di mutamento di sesso, da donna a uomo e da uomo a donna, in conformità con ciò che afferma dal 1996 la Corte di Giustizia».

<sup>12</sup> Si sottolinea, tuttavia, che l’indicata sentenza non rappresenta il primo ingresso dell’identità di genere nel discorso giurisprudenziale. La nozione viene, infatti, presa in considerazione già dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 138 del 2010.

<sup>13</sup> In questa direzione, *ex multis*, F. BILOTTA, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2013; A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell’or-*



razione è una lettura estensiva ed evolutiva dei principi di non discriminazione e, in particolare, di autodeterminazione alla luce del percorso dei *gender studies*. In tale prospettiva, ‘non discriminazione’ si tradurrebbe in ‘irrelevanza della differenza nel diritto’ e, più esattamente, come nel caso di specie, in ‘irrelevanza dell’alterità sessuale nel e per il diritto’. Al contempo, per quanto concerne il principio di autodeterminazione, esso non varrebbe più come presidio a tutela delle scelte e decisioni individuali, non si riconoscerebbe più quale diritto in sé, ma come diritto ad avere “diritti nuovi”<sup>14</sup> e a conferire una “connotazione nuova” alle categorie giuridiche già esistenti. A parere della dottrina maggioritaria sul tema, proprio alla stregua di tale significato impresso all’autodeterminazione sembra doversi giuridicamente apprezzare l’identità di genere. Si parla, in questo caso, di un diritto (di rilevanza privatistica e pubblicistica) “di costruirsi una propria e peculiare identità di genere”<sup>15</sup> e di una “libertà giuridicamente tutelata di scegliere la propria identità”<sup>16</sup>, che siano necessariamente e integralmente svincolati dal dualismo eteronormativo<sup>17</sup>. In altri termini, in forza di un’interpretazione estensiva del principio di autodeterminazione<sup>18</sup>, l’ordinamento sarebbe chiamato a consacrare e riconoscere la determinazione del

---

*dinamento?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2012, 260 ss.; M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all’identità di genere*, in *Giur. mer.*, 3, 2012, 570 ss.; P. BACCARANI, *La libertà di orientamento sessuale*, in *Trattato dei nuovi danni*. Volume II, a cura di P. CENDON, Cedam, 2011, 315 ss.

<sup>14</sup> Sulla tendenza alla *Verrechtlichung* in questo campo, vd. F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2013, 767 ss.

<sup>15</sup> L. LEVITA, S. RUSCICA, *Il diritto alla identità e alla libertà sessuale*, in S. RUSCICA (a cura di), *I diritti della personalità*, Cedam, 2013, 507; F. BILOTTA, *Transessualismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet giuridica, 2013, 732.

<sup>16</sup> M. FORTINO, *Sesso* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XLII, Giuffrè, 1990, 425.

<sup>17</sup> Sul punto, in particolare, M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge*, cit., 75, per il quale «il dato fondamentale non è più il sesso biologico o quello anagrafico, ma il genere (...). Dare risalto all’identità di genere significa prendere le distanze da due delle convinzioni più radicate nell’opinione comune, cioè la «binarietà sessuale» incorporata nella dicotomia maschio/femmina, da un lato, e la fissità del genere dell’individuo dall’altro». Sulla necessità di «guardare al di là della binarietà» per una costruzione del diritto all’identità di genere anche L. LEVITA, S. RUSCICA, *Il diritto alla identità*, cit., 507.

<sup>18</sup> Come osserva M. CARTABIA, *Riflessioni in tema*, cit., 424, l’identità di genere si ritrova rappresentata come «svincolata dalle componenti fisiche per elevarsi a scelta individuale. L’identità sessuale – ma oggi dovremmo dire di genere – si trova dunque ascritta alla sfera dell’autonomia individuale. Nella libertà positiva – o “autodeterminazione” – la libertà dalle costrizioni esterne diviene assenza di legami e liberazione da ogni forma di condizionamento relazionale e fattuale». Sul rapporto tra autodeterminazione e diritto all’identità di genere, vd. anche M. RONCO, *La tutela penale della persona e le ricadute giuridiche dell’ideologia del genere*, in *Identità sessuale e identità di genere – Quaderni di Iustitia*, Giuffrè, 2012, 65 ss., per il quale «la spontaneità sarebbe il fondamento e allo stesso tempo l’oggetto del «diritto», che non pretende altro che la autorealizzazione, l’autonomia o l’aumento del proprio potere (...). La persona, nel nuovo paradigma giuridico, ridotta alla spontaneità della scelta, all’autodeterminazione afinalistica e irrazionale, alla soddisfazione dell’appetizione sensibile, merita protezione da parte della legge non in quanto valore in sé e per sé, per il semplice fatto di esistere, per la sua dignità di ente razionale irripetibile e distinto da ogni altro, per essere un valore inalienabile, ma nella misura in cui sia capace di esprimersi nel mondo come impulso cosciente rivolto alla soddisfazione di un «io» ripiegato e chiuso in se stesso».



singolo nella *costruzione* della *propria* identità (di genere), con l'impegno, altresì, a non declinare tale costruzione secondo la "tradizionale binarietà" maschile/femminile, ma, anzi, "oltrepassando" i generi<sup>19</sup>.

Si delinea così un diritto all'identità di genere svuotato della connotazione sessuale (rinnebandosi l'idea della caratterizzazione sessuale come costitutiva dell'identità); che va oltre i generi, rifiutandone la tipizzazione (in aderenza alla nozione di 'identità di genere' come estrinsecazione della «consapevolezza profonda di sé come maschi o come femmine o come altro<sup>20</sup>»); suscettibile di variare più volte nel suo contenuto (in ossequio alla concezione dell'identità di genere come *continuum* identitario). L'impegno richiesto, in questo senso, al diritto non si sostanzia nel perseguimento di una finalità antidiscriminatoria o nella realizzazione di un'egualianza in senso costituzionale. Non risiede neppure nella attenuazione del rilievo della coincidenza e della interazione tra sesso e genere. Né, ancora, è una richiesta di porre l'accento sulla possibilità di aderire al genere maschile o al genere femminile in base alla consapevolezza che si ha di sé e a prescindere dal dato biologico. Quello che viene invocato è un diritto che superi la sufficienza del binarismo di genere, così come pure la variabile androgina, quale possibilità di combinare i generi di cui lo stesso binarismo consta. Le elaborazioni dottrinali sull'identità di genere rivendicano, dunque, uno spazio giuridico che, quanto al sesso e al genere, sia di indeterminatezza, di neutralizzazione e di non classificazione. Sul punto è stata infatti affermata la necessità di un «abbandono del paradigma dell'eteronormatività» e di una creazione di «categorie del diritto che non siano vincolate alla differenza» cui addivenire prima «attraverso l'abbandono della categoria giuridica del sesso per abbracciare quella nuova di genere», per poi «così giungere, dopo una fase di transizione contraddistinta dall'assunzione della categoria giuridica di genere, all'abolizione stessa di sesso e genere dal discorso giuridico<sup>21</sup>». Similmente è stato pure affermato, traendo spunto dalle istanze dell'*Intersex rights movement*, come il «riconoscimento della possibilità di non essere, sul piano del diritto (oltre che sociale e culturale), ri-

---

<sup>19</sup> Cfr. R. DAMENO, *Le persone transgenere. Le identità e i diritti*, Messina, 2012, 35, per la quale «negare l'utilità di distinguere le persone in base al genere e oltrepassare i confini di genere significa tutelare le libertà di espressione e costruzione della propria identità».

<sup>20</sup> F. BILOTTA, *Transessualismo*, cit., 732 ss.

<sup>21</sup> Così A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in ID. (a cura di) *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011, 40. La prospettiva è ripresa in ID., *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2012, 259 ss. Sulla stessa linea si pone D. BORILLO, *Le sexe et le droit: De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi*, in *Jurisprudence critique*, 2011, 2, 263-285, a parere del quale «un sujet de droit sans genre et un lien familial débarrassé de sa dimension biologique permettrait également de donner au droit sa dimension conventionnelle en l'affranchissant à la fois de la métaphysique de la différence des sexes et de la naturalisation de la parenté. Un ordre juridique démocratique ne peut pas continuer à fonctionner sur la base de la division binaire des genres et de l'injonction à l'hétérosexualité (...). Deux modifications seraient en ce sens nécessaires: faire disparaître la référence au sexe des personnes des actes de l'état civil; abandonner la référence au biologique, au profit de l'adoption, dans l'institution de la filiation». La tesi ha i suoi presupposti filosofici in J. BUTLER, *Undoing gender*, New York, 2004, tr. it., *La disfatta del genere*, Roma, 2006, 81.



condotti ad un genere» sia la vera strada per giungere ad una «decostruzione della dicotomia maschio-femmina» che «può rivelarsi liberatoria per tutti e tutte<sup>22</sup>».

Gli orientamenti sopra riportati presentano, tuttavia, delle aporie e dei profili di inconciliabilità rispetto al nostro impianto giuridico. Ciò attiene, anzitutto, al diritto delle persone fisiche e al principio di certezza dei rapporti giuridici. Il sesso è, insieme al nome, elemento identificativo essenziale e concorre a definire lo stato di ciascuna persona fisica. Fonda il criterio di coincidenza tra identità sul piano morfologico esterno e identità giuridica come accolto dal legislatore ed informa il sistema dello stato civile. Operando come segno di identificazione nella vita relazionale, esso incide sul piano dei traffici giuridici<sup>23</sup>. E proprio il principio di certezza dei rapporti giuridici esige anzitutto che gli elementi costitutivi dell'identità della persona possano essere agevolmente e in modo sicuro conosciuti dai terzi<sup>24</sup>. Una rivisitazione del discorso giuridico alla luce dell'indifferenza e dell'irrelevanza di sesso e genere confligge, inoltre, con la disciplina del diritto di famiglia. Si pensi alla previsione di cui all'art. 107 cod. civ. che esige non una dichiarazione dei nubendi di volersi unire in matrimonio, ma la dichiarazione di volersi prendere "rispettivamente in *marito* e *moglie*"; o, ancora, al co. 1 dell'art. 143, in cui si specifica che quei coniugi indicati alla rubrica dell'articolo come titolari di diritti e doveri reciproci sono "il marito" e "la moglie". L'identificabilità del soggetto in base al sesso ha, inoltre, specifico rilievo anche in altri ambiti del diritto civile: esso è richiesto ed incide ai fini della valutazione del carattere della violenza di cui all'art. 1435 cod. civ. in tema di vizi del consenso contrattuale; rileva nel sistema della pubblicità immobiliare con riferimento al problema della continuità delle trascrizioni<sup>25</sup>.

Un'impostazione *gender neutral* del diritto risulterebbe, infine, persino penalizzante in relazione a quelle tutele rafforzate, anche di rango costituzionale, che hanno ragion d'essere proprio sulla base della differenza sessuale. Significativo è al riguardo quanto disposto dall'art. 37 Cost. in tema di tutela della donna lavoratrice, in particolare laddove si afferma la necessità di "assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione".

3. – L'ordinamento, nel porsi come risposta alla continua metamorfosi della soggettività, viene sollecitato ad accreditare, in conseguenza e in armonia con il riconoscimento dei diritti di

---

<sup>22</sup> T. PITCH, *Per un buon uso di diritto e diritti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, 2010, 36.

<sup>23</sup> Sul punto C. M. BIANCA, *Diritto civile*, I. *La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, 1984, 82 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Cedam, 2010, 129; V. ROPPO, *Diritto privato. Linee essenziali*, Giappichelli, 2014, 88.

<sup>24</sup> Cfr. M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche: capacità, status, diritti*, Giappichelli, 2014, 412; F. TOZZI, *La circolazione dei diritti della persona*, Giappichelli, 2012, 153; A. GAMBARO, *Diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 1989, 521.

<sup>25</sup> Quest'ultimo aspetto è stato di recente approfondito da C. MAZZÙ, *Criticità della trascrizione immobiliare, alla luce della giurisprudenza e della normativa più recenti*, in *Comparazione diritto civile*, Aprile 2013.



cui al precedente paragrafo, dei modelli familiari<sup>26</sup> che, affrancati dalla connotazione del binarismo sessuale, si fondino su un diritto neutro. La rivisitazione della disciplina del negozio matrimoniale alla luce del concetto di *gender* consentirebbe, in effetti, di eludere la fissità del requisito dell'alterità sessuale dei coniugi. Il *gender* supera il *sex* (poiché prescinde dallo stesso), lo degrada ad elemento accidentale privo di valenza giuridica: perdendo il sesso qualsiasi rilievo sul piano giuridico, come diretta conseguenza verrebbe meno nella disciplina del matrimonio il riferimento al sesso e alla diversità sessuale dei nubendi. Ciò varrebbe non solo con riguardo alle condizioni d'accesso al matrimonio, ma anche in ordine alla rappresentazione delle figure coniugali. I 'ruoli sessuati' (marito, moglie) sarebbero assorbiti da una più generica e spersonalizzata "neutralità coniugale", con conseguente riscrittura delle norme dettate in ragione della specificità del sesso del coniuge. In questo senso si è orientato, ad esempio, il legislatore spagnolo, che, con legge n. 13/2005, ha proceduto alla modifica di talune disposizioni del *Código civil* (più esattamente gli artt. 66, 67, 68, 175, 637) e della *Ley sobre el Registro Civil*, sostituendo i termini 'marito' e 'moglie' con i più neutri 'coniuge' e 'consorte'<sup>27</sup>. La recisione dei legami tra realtà giuridica e realtà biologica all'interno di questa configurazione delle unioni matrimoniali va, inoltre, ad inficiare lo stesso concetto di genitorialità. Le nozioni di "autori di progetto parentale"<sup>28</sup> e di "parentalità" prendono il posto di 'paternità' e 'maternità', apparendo più idonee ad esprimere una funzione genitoriale asessuata e dissociata dall'atto generativo (procreazione senza sessualità, maternità senza gravidanza) e a sintetizzare le diverse fisionomie che, a seconda dei casi, può assumere il nuovo tipo di "famiglia". Non a caso il ricorso ad espressioni volte a delineare una genitorialità 'neutra', sganciata dalla dualità oppositiva maschio/femmina, orientata all'idea della 'produzione' piuttosto che a quella della 'procreazione', si rinviene in particolare in tema di c.d. procreazione medicalmente assistita. Significativa, al riguardo, è la scelta operata dal legislatore del Québec. L'art. 538 del codice civile del Québec delinea la composizione ed il perimetro del progetto parentale in caso di ricorso a fecondazione assistita: a) le *projet parental* può venire in essere non solo quando una coppia (a prescindere dal suo carattere etero/omo) decida di "avoir un enfant", ma anche qualora un singolo si determini in tal senso; b)

---

<sup>26</sup> Un'ampia analisi critica sulla domanda di nuovi "modelli familiari" è condotta da G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Giuffrè, 2007, 115-176. Particolarmente rilevanti sul punto anche le più recenti osservazioni sul passaggio «dall'«isola» della famiglia tradizionale al moderno «arcipelago»» contenute in F. D. BUSNELLI, *Frantumi*, cit., 767 ss.

<sup>27</sup> Sul punto vd. M. LEAL ADORNA, *El reconocimiento en España del "ius connubii" a personas del mismo sexo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2010, 2, 409 ss.

<sup>28</sup> In tema di "progetto parentale" vd. G. BALDINI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di M. PATTI, Cedam, 2012 e ID. *Procreazione assistita: l'ordine degli interessi tutelati è uno solo. Note a margine della c.d. ordinanza Mariani*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2008, 835 ss.; L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella pma con donatori/trici di gameti*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2012, 816 ss.; M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione e la filiazione legittima*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, Giuffrè, 2002, 31-34; A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, 2006, 31-34.





il progetto presuppone l'utilizzo di "*forces génétiques*" di un soggetto terzo, il quale tuttavia non potrà ritenersi titolare di alcun diritto genitoriale né rivendicare altro esercizio della genitorialità, essendo, anzi, qualificato già dalla norma stessa come "*personne qui n'est pas partie au projet parental*". Fortemente indicativa dell'impostazione seguita dal legislatore è ancor più la scelta terminologica cui si ricorre all'art. 539: dato l'utilizzo della tecnologia riproduttiva e delle modificazioni che la stessa reca alla geometria familiare, la figura del figlio (che naturalmente rimanda ad una paternità e ad una maternità) viene trasformata in quella di "*enfant issu d'un projet parental*". Simili osservazioni possono farsi rispetto alla legislazione francese: il Code civil, che pure permette di accedere alla filiazione a *toute personne* (art. 343-1), prescrive nei casi di assistance médicale à la procréation un obbligo di non coincidenza tra "auteur du don" e genitore, precisando altresì che "aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation" (art. 311-19), in linea con la volontà di degradare l'aspetto biologico della genitorialità in favore di quello sociale ed elettivo.

Il mutamento in prospettiva *gender neutral* delle identità e dei ruoli nello scenario familiare presenta, ancora, altre varianti. In un passaggio della pronuncia 1 BvR 3295/07, 11 gennaio 2011, con la quale si è dichiarata l'incostituzionalità del §1 co. 1, n. 1 bis della *Transsexuellengesetz*, il Tribunale costituzionale federale prende in considerazione, tra gli altri, il caso della persona transgender (FtM) che intenda adeguare al maschile la propria identità anagrafica, ma, allo stesso tempo, conservare la capacità riproduttiva femminile ed avere un figlio. Analogo è il caso di Thomas Beatie, che, ricorrendo ad una transizione FtM solo morfologica, consistente nell'asportazione dei seni e in un trattamento endocrinologico mascolinizante, conservato l'apparato riproduttivo femminile, ha dato alla luce tre figli. In base alla legislazione dell'Oregon, Beatie ne è padre, sua moglie Nancy genitore adottivo<sup>29</sup>. È il caso della c.d. della "genitorialità transgender", in relazione alla quale ancora più evidenti appaiono il disallineamento tra funzione procreativa e rispettiva funzione genitoriale (la madre biologica è padre sociale e, laddove consentito dalla legislazione, padre anche in senso giuridico) e la combinazione/confusione dei ruoli identitari (paternità femminile).

La riflessione sul preteso carattere multiforme della famiglia è intimamente connessa in Italia al dibattito in ordine alla riconoscibilità del diritto della persona di contrarre matrimonio con altra a prescindere dal sesso. L'orientamento che depone per l'ammissibilità ed inclusione nell'ordinamento delle unioni *same sex* (o, come si preferisce in dottrina, *gender neutral*) e la superabilità (se non, secondo alcuni, l'inesistenza) dei divieti in tal senso<sup>30</sup>, è avallato, oltre che da

---

<sup>29</sup> Sulla questione vd. J. A. ÁLVAREZ-DÍAZ, *La maternidad de un padre o la paternidad de una madre? Transexualidad, reproducción asistida y bioética*, in *Gaceta Médica de México*, 2, 2009, 145 ss.; W. TEAYS, J. S. GORDON, A. D. RENTELN, *Global Bioethics and Human Rights: Contemporary Issues*, Rowman & Littlefield, 2014, 205.

<sup>30</sup> La letteratura sull'argomento è vasta. Vd., *ex multis*, P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. Cost.* 2008, 577 ss.; M. GATTUSO, *Costituzione e matrimoni fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 56, 2007, 452; ID., *Appunti su famiglia naturale e principio di uguaglianza (A proposito della questio-*



richieste di adeguamento dei “modelli tradizionali” alle trasformazioni della società, da una reinterpretazione, in chiave estensiva, di norme costituzionali asseritamente dotate di una strutturale apertura<sup>31</sup> all’inclusione di ulteriori forme familiari. In particolare, i canali ermeneutici in questione investirebbero le disposizioni di cui agli artt. 2, 3 e 29 della Carta costituzionale. L’interpretazione a favore di un’esclusione di un trattamento differenziato tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali verrebbe, inoltre, rafforzata dal coordinamento con gli artt. 7 e 9 della Carta di Nizza (che non contemplano riferimenti alla differenza di sesso dei coniugi ai fini dell’accesso al matrimonio) e – non senza forzature – con l’art. 12 CEDU<sup>32</sup>.

---

ne omosessuale), in *Quest. Giust.*, 2, 2007, 261 ss.; B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN-R. BRUNELLI (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, 2010, 15 ss.; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2-3, 2011; F. MASTROMARINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, ESI, 2013, 29 ss. Addivengono a conclusioni di segno opposto, in particolare, F. VARI, *Il soliloquio del giudice a Babele ovvero il tentativo della cassazione di equiparare il regime costituzionale di famiglia, convivenze more uxorio e unioni omosessuali*, in *Federalismi.it*, 15, 2013; A. DONATI, *Profili del matrimonio omosessuale*, in *Diritto fam. pers.*, 4, 2012, 1726-1750; E. GIACOBBE, *Le persone e la famiglia. Il matrimonio*, III, Utet giuridica, 2011, 3-18; L. D’ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s’ha da fare” (nota a Corte Costituzionale 15 aprile 2010, n. 138)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; A. LOIODICE, *La Costituzione italiana tra apertura al diritto naturale e sua codificazione*, in *Civiltà Europea*, 2, 2009, 174; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategie) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 2007, 751; L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, 395; G. CATTANEO, *Introduzione*, in G. CATTANEO-G. BONILINI (a cura di), *Il diritto di famiglia*, Utet giuridica, 2007, 23. Sull’impossibilità di ricorrere allo strumento di revisione costituzionale ai fini dell’apertura dell’istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, vd. M. CARTABIA, *Riflessioni in tema*, cit., 428 SS.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, III, Napoli, 2011, 2719 ss.; N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2010. Vale, inoltre, menzionare la posizione di V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della «libertà»*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2010, il quale, muovendo dall’irrinunciabile rilievo della potenzialità procreativa nel coniugio, ritiene le unioni omosessuali non accostabili neppure alle convivenze more uxorio di tipo eterosessuale, risultando soltanto per le seconde giustificabile un trattamento, sotto alcuni profili, aderente a quello delle coppie coniugate.

<sup>31</sup> Sui pericoli insiti nella manipolazione dell’asserita apertura del linguaggio e della struttura di talune norme costituzionali vd. A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consulta OnLine*, 30 maggio 2014. Sull’“adeguamento” dei punti nevralgici del sistema giuridico alla realtà sociale tramite “principi-valvola” e “norme elastiche” G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2003, 237-274.

<sup>32</sup> Sul punto vd. la recente analisi offerta da V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in *Diritti fondamentali*, 15.9.2014; R. ROMBOLI, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei “dicta” della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’interpretazione della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, I, 2012, 2750; E. PALMERINI, *Status familiari e mobilità transnazionale*, in AMRAM-D’ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione Europea*, Padova, 2011, 60 ss.; V. SCALISI, *“Famiglia” e “Famiglie” in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, 15. Diversa la posizione di A. DONATI, *Profili del matrimonio*, cit., che parla di «interpretazione creativa dell’art. 9 della Carta di Nizza diretta ad introdurre nella sua previsione il diritto al matrimonio omosessuale». Continua l’A. «l’art. 9 non consente affat-



Sulla legittimità costituzionale delle norme che escludono che persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio si è pronunciato il giudice delle leggi con sentenza n. 138 del 2010. La Corte ha dichiarato infondata la questione alla luce dell'art. 29 Cost., evidenziando come il significato tradizionalmente accolto del precetto costituzionale non possa essere “superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa” ed osservando che “l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi<sup>33</sup>, nel quadro di ‘una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio’”. La Corte ha ribadito tale orientamento in una recente pronuncia, la n. 170 del 2014. Il giudice delle leggi viene chiamato ad esprimersi in ordine al c.d. “divorzio imposto”, previsto dagli artt. 2 e 4 L. n. 164/1982 quale diretta conseguenza giuridica dell'avvenuta rettificazione di sesso di uno dei coniugi, a fronte della richiesta di una coppia (“divenuta dello stesso sesso”) di mantenere in vita il rapporto matrimoniale. La Corte non ha optato per la salvezza del vincolo matrimoniale (né avrebbe potuto, posto che il requisito della diversità di sesso deve sussistere non solo al momento della celebrazione ma per tutta la durata del matrimonio<sup>34</sup>, piuttosto ha inteso tutelare il diritto della coppia a poter scegliere consensualmente di mantenere una forma di unione, unione rilevante alla stregua delle “formazioni sociali”, ma non ai sensi dell'art. 29 della Costituzione come società naturale fondata sul matrimonio. Quanto alla statuizione di incostituzionalità degli artt. 2 e 4 L. n. 164/1982, va chiarito che la previsione di un non automatico scioglimento del vincolo non deriva dalla volontà di estendere la forma matrimoniale all'unione *unigender*; al contrario deriva dalla opportunità di evitare che sia travolta da inesistenza sopravvenuta quella pregressa dimensione giuridica del (preesistente) rapporto in quanto incardinata in un paradigma eterosessuale. Interessante è anche il passaggio sul rilievo del diritto all'identità di genere: il ‘diritto a cambiare identità di genere’, anche quando esercitato in costanza di matrimonio, è sì giuridicamente valorizzato e tutelato, in quanto possibilità di più compiuta realizzazione ed espressione della propria identità, ma non può tra-

---

to tale legittimazione. Nella tradizione giuridica e culturale europea i termini “sposarsi” e “famiglia” possiedono una accezione univoca. Il primo si integra con il secondo individuando, in tal modo, la famiglia fondata sul matrimonio eterosessuale».

<sup>33</sup> Sulla diversità di sesso dei coniugi quale elemento imprescindibile e caratterizzante il matrimonio nell'ordinamento italiano T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli 2014, 17 ss.; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Giappichelli, 2013, 288-289;

<sup>34</sup> Come è stato condivisibilmente osservato da T. AULETTA, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*, in *Corr. giur.*, 8-9, 2014, 1044-1045 «il diritto di contrarre o mantenere in vita il matrimonio, pur rientrando fra quelli fondamentali della persona, non è incondizionato. Spetta infatti al legislatore determinare i requisiti necessari per il suo esercizio, alla luce dei principi dell'ordinamento. E, come si è detto in precedenza, il requisito della diversità di sesso risponde a questi criteri, come rilevato anche dalla Corte costituzionale». L'A. prosegue, evidenziando che «poiché il requisito della diversità di sesso rientra fra gli elementi caratterizzanti il matrimonio, la possibilità di mantenerlo in vita nonostante di mutamento di sesso di uno dei coniugi non può dipendere dalla loro volontà ma dalla compatibilità della nuova situazione con i principi dell'ordinamento. Compatibilità che deve senz'altro escludersi».



dursi, per ciò stesso, nella possibilità di un superamento della necessaria differenza sessuale tra coniugi.

4. – La recente legislazione e prassi in materia di istruzione, seppur con carenza di ulteriori indicazioni, invita a porre, nel più ampio quadro delle azioni pedagogiche di contrasto alle discriminazioni, una particolare “attenzione alle diverse condizioni nelle quali si sviluppa l’identità di genere”. L’istituzione scolastica è sollecitata a ripensare talune dinamiche educative, aggiornando le medesime anche attraverso le indicazioni della *gender pedagogy*, come suggerito dalla Raccomandazione del Consiglio dell’Unione europea *CM/Rec(2010)5*.

A tal proposito, l’art. 16 della legge n. 128/2013 (*Misure urgenti in materia di istruzione, università, ricerca*), nel contemplare il ritorno all’obbligatorietà dell’aggiornamento per i docenti, mira ad un potenziamento “delle competenze relative all’educazione all’affettività, al rispetto delle diversità e delle pari opportunità di genere e al superamento degli stereotipi di genere, in attuazione di quanto previsto dall’articolo 5 del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119”. La disposizione cui si rinvia (art. 5, L. n. 119/2013, rubricato “*Piano d’azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere*”), che presenta, invero, una scarsa portata descrittiva, dopo aver ribadito la necessità di un aggiornamento per gli operatori della scuola (“*un’adeguata formazione del personale della scuola alla relazione e contro la violenza e la discriminazione di genere*”), indica con particolare genericità le modalità attraverso cui veicolare le così acquisite competenze (“*promuovere (...) nella programmazione didattica curricolare ed extra-curricolare delle scuole di ogni ordine e grado, la sensibilizzazione, l’informazione e la formazione degli studenti al fine di prevenire la violenza nei confronti delle donne e la discriminazione di genere, anche attraverso un’adeguata valorizzazione della tematica nei libri di testo*”).

Unitamente alle osservazioni in ordine alla tessitura di quest’ultima disposizione, vale la pena rilevare, da un lato un’assoluta vaghezza quanto a forme e strumenti attuativi del processo di sensibilizzazione dei discenti alla prevenzione dei fenomeni stigmatizzati, dall’altro l’assenza di indicazioni circa il contenuto della formazione cui sono tenuti i docenti. Inoltre, ferma restando l’apprezzabile (nonché doverosa) elaborazione di strategie atte a contrastare tutte quelle condotte lesive della dignità umana, non può non rinvenirsi una certa ambiguità nell’espressione ‘stereotipi di genere’. Il suindicato art. 16, in effetti, non fornisce una nozione di ‘stereotipo di genere’, né è dato desumere la medesima da altri contesti normativi o dalla prassi (la stessa Nota n. 7734/2012 ‘*Indicazioni nazionali per il curricolo delle scuole dell’infanzia e del primo ciclo di istruzione*’ non va oltre la mera menzione della promozione dell’‘identità di genere’).

Ad offrire ampi contributi sul tema degli interventi da operare a fronte degli “stereotipi di genere”<sup>35</sup> è, però, la più recente letteratura pedagogica. Gli studi pedagogici relativi ai *gender*

---

<sup>35</sup> Sui significati assunti in quest’ottica dall’espressione vd. D. MORONDO TARAMUNDI, *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Pesaro, 2004, 23 ss.



*studies*, in particolare, tematizzano nuove forme di accompagnamento al processo costruttivo dell'identità del minore. Il versante prevalente della pedagogia scolastica suggerisce la discussione del sistema binario di genere, in quanto ritenuto "obsoleto"<sup>36</sup>, alla luce della pluralità delle esperienze identitarie. Si parla, in questo contesto, di promozione scolastica della socializzazione di genere<sup>37</sup>, socializzazione imperniata sulla destrutturazione/ricostruzione delle rappresentazioni del genere, sulla negoziazione dei ruoli radicati nel sesso di appartenenza, sulla prevenzione dell'introiezione dei modelli di genere così come tradizionalmente trasmessi<sup>38</sup>. Da qui l'identificazione degli stereotipi da decostruire: da un lato quella specificità inscritta nel minore in quanto appartenente all'uno o all'altro sesso<sup>39</sup>, specificità in termini di modalità relazionali, di forme comunicative, di interessi; dall'altro la preminenza del modello della "coppia eterosessuale monogamica centrata sulla procreazione"<sup>40</sup>. In tale prospettiva, dunque, si invita ad impostare il progetto educativo scolastico su strategie di de-differenziazione, come la *compensatory pedagogy*, e sul ricorso a strumenti e percorsi didattici che favoriscano la neutralizzazione dello spessore simbolico del dimorfismo sessuale, soprattutto in relazione alla rappresentazione familiare<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> Così E. ROSSI, *La socializzazione e l'educazione di genere nella prima infanzia: prospettive teoriche ed esempi di ricerca*, in *Infanzia*, 5, 2009, 337 ss.

<sup>37</sup> Sull'argomento vd. S. LEONELLI, *La Pedagogia di genere in Italia: dall'uguaglianza alla complessificazione*, in *Ricerche di Pedagogia e Didattica*, 6, 2011; R. GHIGI, *Le differenze di genere nell'infanzia*, in *Infanzia*, 5, 2009; I. CRESPI, *Processi di socializzazione e identità di genere. Teorie e modelli a confronto*, Franco Angeli, 2008.

<sup>38</sup> Sulla derivazione della contrapposizione tra ruolo/identità maschile e ruolo/identità femmina da condizionamenti culturali attuati dalla società e dalla famiglia sul bambino e sul preteso carattere stereotipato delle differenze S. PICCONE STELLA-C. SARACENO, *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, 1996; M. BUSONI, *Genere, sesso, cultura*, Carocci, 2000; M. CECCHI, *Stereotipi ruolizzanti e costruzione dell'identità di genere in una scuola dell'infanzia e primaria*, in S. ULIVIERI (a cura di), *Educazione al femminile. Una storia da scoprire*, Guerini, 2007.

<sup>39</sup> Sul punto si rimanda a E. GIANINI BELOTTI, *Dalla parte delle bambine. L'influenza dei condizionamenti sociali nella formazione del ruolo femminile nei primi anni di vita*, Feltrinelli, 1973 (riedito nel 2004). Lo scritto, che risente profondamente dell'epistemologia femminista parallelamente sviluppata in America, segna la prima tappa della pedagogia di genere in Italia. In esso l'A., partendo dalla negazione della coincidenza tra sesso d'appartenenza del bambino e sua identificazione e dall'annullamento di attitudini tipicamente maschili e femminili, sostiene la necessità «di restituire a ogni individuo che nasce la possibilità di svilupparsi nel modo che gli è più congeniale, indipendentemente dal sesso cui appartiene» (p. 6 ss.).

<sup>40</sup> È quanto affermato da F. BATINI, *Identità sessuale: un'assenza ingiustificata*, Loescher, 2014, 46. Opposta la visione di P. STANZIONE, *Il diritto all'educazione del minore*, in *Comparazione e diritto civile. Annali 2010-2011*, I, Giappichelli, 2012, 241, per il quale, più correttamente, «la diversità di sesso e di ruoli del padre e della madre rappresenta il presupposto per eccellenza che il legislatore richiede e vuole per consentire al figlio di ricevere un modello educativo completo e bivalente, funzionale all'armonico sviluppo della persona»; ID., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 446 ss.

<sup>41</sup> Le strategie elaborate in tal senso rimandano alle linee tracciate da S.L. BEM, *Sex role adaptability: one consequence of psychological androgyny*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 31(4), 1975, 634 ss. L'A. sostiene la necessità di sviluppare «a new type of sex role inventory, which would not automatically build in an inverse relationship between masculinity and femininity» quanto, piuttosto, imperniata su un



Giova, a questo punto, svolgere alcune considerazioni in ordine al coordinamento tra il sopra richiamato indirizzo della pedagogia scolastica *gender sensitive* ed il concetto di educazione quale contenuto, allo stesso tempo, di uno specifico diritto di cui è il titolare il minore e di un imprescindibile dovere in capo ai genitori.

Un piano di contrasto agli stereotipi di genere il quale, più che a creare spazi di costruttiva accoglienza delle diversità e della complessità delle relazioni umane, mira precipuamente a denormativizzare i modelli fondati sul binarismo di genere e a neutralizzare il paradigma biologico in cui gli stessi sono incardinati, presenta caratteri tutt'altro che integrativi delle differenze, quanto piuttosto di annullamento escludente<sup>42</sup>. Ne risulta inevitabilmente incisa l'adeguata fruizione da parte del minore del diritto all'educazione e all'istruzione ed intaccate le norme che a presidio di quest'ultimo sono poste. Un'azione educativa che non tenga debitamente conto della pluralità delle visioni in ordine al concetto di persona, di sessualità e di identità, muovendosi in tal modo anche al di fuori delle applicazioni del principio di laicità<sup>43</sup>, si pone, anzitutto, in spreghio della previsione di cui all'art. 9 della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo volta alla valorizzazione della libertà di pensiero, di coscienza e di religione e che trova un suo corrispondente nell'art. 311 del Testo Unico in materia di istruzione, laddove si garantisce la libertà di coscienza di tutti gli attori del sistema scolastico. Profili di confliggenza si rinvencono anche rispetto all'art. 10 CEDU, quanto a quella libertà, rientrando nel più ampio alveo del diritto di espressione, "di ricevere o di comunicare informazioni o idee" senza interferenze statuali, interferenze che pure potrebbero realizzarsi attraverso l'imposizione nel sistema scolastico pubblico di determinate linee educative, ancor più se carenti di un trasversale accreditamento scientifico. Se è vero, come affermato dalla Cassazione civile nell'ordinanza n. 2656/2008, che l'amministrazione scolastica, in virtù della propria funzione istituzionale, ha il potere di adottare programmi e metodi didattici che possano interferire ed eventualmente anche contrastare con il piano pedagogico della famiglia, è altrettanto pacifico che il dato normativo impone di evitare tale conflitto. In tal senso militano, a livello di principi superiori di diritto, l'art. 2 del Protocollo addizionale alla CEDU, ai sensi del quale "*lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel*

---

modello di "androgynous sex role". La preferibilità di tale impostazione risiederebbe nella circostanza che «a non-androgynous sex role can seriously restrict the range of behaviours available to an individual as he or she moves from situation to situation». Tale obiettivo andrebbe perseguito, a parere dell'A., anche sul piano pedagogico già dalla prima infanzia, in particolare attraverso la dissuasione dal ricorso a «own-gender-stereotyped toys». Sul punto vd., inoltre, E. BAYNE, *Gender Pedagogy in Swedish Pre-Schools: an Overview*, in *Gender Issues* 26(2), 2009, 130–140, la quale, muovendo dai primi risultati dell'esperienza svedese dei pedagogy gender projects, ribadisce l'importanza di «eliminate gender stereotypes and widen gender roles among children» come strumento sociale affinché «all people act within the full spectrum that is neither male nor female».

<sup>42</sup> Rilievo ai problemi di coordinamento tra educazione all'identità di genere come sopra delineata e funzione educativa è dato da P. CAVANA, *Osservazioni critiche su due nuove figure di reato proposte dal governo: "atti persecutori" e omofobia*, in *Iustitia*, 1, 2008, 35-36.

<sup>43</sup> Sull'espressione del principio di laicità nel mondo scolastico si rimanda a G. CIMBALO, *Laicità come strumento di educazione alla convivenza*, in *Stato Chiese e Pluralismo confessionale*, Marzo 2007.



*campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche*"; sul piano della legislazione scolastica, il DPR 235/97, introduttivo del c.d. *Patto di corresponsabilità educativa*, che prevede l'interazione tra scuola e famiglia ai fini della realizzazione del percorso educativo dei minori, insieme con il Regolamento dell'Autonomia delle Istituzioni scolastiche (DPR 275/1999) in cui si pone l'accento sulla "libertà di scelta educativa delle famiglie". Si ricordi, poi, come gli stessi Standard per l'educazione sessuale in Europa dell'OMS raccomandino all'istituzione scolastica una "stretta collaborazione con i genitori e la comunità", poiché "i genitori sono coinvolti nell'educazione scolastica (...) ed avranno la possibilità di esprimere i loro desideri e le loro riserve. Istituzioni scolastiche e genitori si sostengono a vicenda nel processo di educazione sessuale continua".

Continuità tra pedagogia della famiglia e pedagogia della scuola e negoziazione degli stili educativi non significa, tuttavia, pari valenza e ruolo delle due agenzie formative<sup>44</sup>. All'accompagnamento del minore lungo il cammino di sviluppo psicofisico e di maturazione e all'aiuto nella formazione dell'identità e della coscienza sociale del medesimo è chiamata, infatti, la famiglia. Come hanno avuto modo di evidenziare più commentatori dell'art. 147 cod. civ., ai genitori non spetta semplicemente, oltre a quella materiale, una cura morale e spirituale della prole, ma viene richiesto agli stessi di assolvere ad un'attività di indirizzo nell'educazione<sup>45</sup>. E ben rientra in tale attività, come pure è stato osservato, la trasmissione dei propri principi etici e religiosi<sup>46</sup>. Degradare questi ultimi a "stereotipi" o a "condizionamenti culturali", laddove non allineati ad un orientamento di pedagogia *gender*, condurrebbe, quindi, da un lato ad indebolire la portata della disciplina, tanto civilistica quanto costituzionale, dei doveri genitoriali, dall'altro ad un ritorno ad una concezione pubblicistica e dogmatica del sistema educativo statale, contravvenendo di conseguenza alle garanzie poste dal legislatore al fine di un più armonico sviluppo e di una più adeguata formazione del minore.

---

<sup>44</sup> Sul punto, vd. F. RUSCELLO, *L'istruzione tra scuola e famiglia. Tecniche di tutela della persona*, ESI, 1992, 56 ss.; M. CERATO, *La potestà dei genitori. I modelli di esercizio, la decadenza e l'affievolimento*, Giuffrè, 2000, 68 ss.

<sup>45</sup> F. FINOCCHIARO, *Matrimonio*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1993, 317; G. BALLARANI, *Diritti dei figli e della famiglia. Antinomia o integrazione?*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, I, Giuffrè, 2010, 475; C.M. BIANCA, *La famiglia*, Giuffrè, 2005, 329 ss.; G. GIACOBBE, *Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 678 ss; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, 2007; G. GIACOBBE, G. FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, Milano, 2002, 1325.

<sup>46</sup> Sul punto vd. A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, 4, Torino, 1997, 534 ss.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori*, cit., 520; P. VERCELLONE, *La potestà*, in *Trattato di diritto di famiglia*, II, a cura di G. COLLURA, P. ZATTI, 1223 ss.