

CENTRO INTERUNIVERSITARIO DI RICERCA BIOETICA
con sede in via Mezzocannone, 8 – 80134 Napoli

UNIVERSITÀ CONVENZIONATE E ADERENTI: Università degli Studi di Napoli Federico II, Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale – Sez. S. Tommaso, Seconda Università degli Studi di Napoli, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa – Napoli, Università degli Studi di Napoli “L'Orientale”, Università degli Studi Parthenope, Università degli Studi di Salerno, Università degli Studi del Sannio.

DIRETTORE: Claudio Buccelli

VICE DIRETTORE: Lorenzo Chieffi

CONSIGLIO DIRETTIVO: L. Berrino; R. Bonito Oliva; C. Buccelli; P. Buono; G. Carillo; F. Carimini; L. Chieffi; L. D'Alessandro; E. D'Antuono; M.V. Del Tufo; E. Di Salvo; P. Giustiniani; G. Imbruglia; V. Ivone; F. Lucrezi; C. Matarazzo; R. Pane; A. Papa; A. Patroni Griffi; G. Pecora; A. Roselli; A. Russo; G. Russo; P. Stanzione.

COMMISSIONE SCIENTIFICA: G. Aliotta; F. Amato; A. Barbarisi; G. Cacciatore; G. Cantillo; G. Capo; E. Capozzi; V. Caprara; G. Chieffi; A. Cilardo; F. Contaldo; F. Del Pizzo; C. Donisi; F. D'Onofrio; M. Farisco; V. Grado; P. Gritti; L. Kalb; G. Lissa; A. Lucisano; E. Mazzarella; F. Mazzeo; V. Omaggio; S. Papparella; V.P. Pedone; R. Piccoli; C. Polito; A. Postigliola; A. Rodriguez; F. Russo; D. Scarpato; I. Schinella; G. Tajana; G. Vacchiano; A.M. Valentino; G. Valerio; V. Verdicchio; M. Villone; V. Zambrano; I. Zecchino.

“QUADERNI DI BIOETICA” NUOVA SERIE

COMITATO SCIENTIFICO: A. Bondolfi (Université de Genève); C. Buccelli (Università di Napoli Federico II); A. Carmi (Chairholder of the Unesco Chair in Bioethics); G. Chieffi (Seconda Università di Napoli); L. Chieffi (Seconda Università di Napoli); S. Gandolfi Dallari (USP-Universidade de São Paulo); E. Di Salvo (Università di Napoli Federico II); J. R. Salcedo Hernández (Universidad de Murcia); G. Lissa (Università di Napoli Federico II); A. Mordechai Rabello (Università di Gerusalemme e di Safed); J. Robelin (Université de Nice Sophia Antipolis).

I testi pubblicati sono stati sottoposti a un processo di *peer-review*

PLURALITÀ IDENTITARIE TRA BIOETICA E BIODIRITTO

a cura di

Luigi Ferraro, Francesca Dicé,
Alberto Postigliola, Paolo Valerio

“Il testo è stato pubblicato con il contributo del C.I.R.B. – Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica di Napoli” – “Atti del Convegno svoltosi a Napoli nei giorni 28 e 29 novembre 2014”

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
www.mimesisedizioni.it
mimesis@mimesisedizioni.it

Collana: *Quaderni di bioetica*, n. 7
Isbn: 9788857537511

© 2016 – MIM EDIZIONI SRL
Via Monfalcone, 17/19 – 20099
Sesto San Giovanni (MI)
Phone: +39 02 24861657 / 24416383
Fax: +39 02 89403935

In copertina: Odilon Redon, *Flowers*, XIX-XX sec.

INDICE

PREFAZIONE <i>di Gaetano Manfredi</i>	9
LE PLURALITÀ IDENTITARIE TRA BIOETICA E BIODIRITTO: UN CONFRONTO INTERDISCIPLINARE <i>di Luigi Ferraro, Francesca Dicé, Alberto Postigliola, Paolo Valerio</i>	13
AUTODETERMINAZIONE, DIGNITÀ, SOGGETTIVITÀ	
RIFLESSIONI SU PLURALITÀ, IDENTITÀ, VITA <i>di Rossella Bonito Oliva</i>	27
PLURALITÀ IDENTITARIE, QUESTIONI DI GENERE E ORIENTAMENTI SESSUALI: TRA BIOETICA E BIODIRITTO <i>di Paolo Valerio, Cristiano Scandurra</i>	35
L'ETICA E L'IDENTITÀ SESSUALE E DI GENERE: UNA DISCUSSIONE CRITICA <i>di Eugenio Lecaldano</i>	51
UN DIRITTO SESSUATO? PROCESSI DI SOGGETTIVAZIONE DI GENERE E TRAIETTORIE DEL FEMMINISMO CONTEMPORANEO <i>di Valeria Marzocco</i>	67
CORTE COSTITUZIONALE, <i>BUNDESVERFASSUNGSGERICHT</i> E CORTE EDU TRA IDENTITÀ SESSUALE E ORIENTAMENTO SESSUALE <i>di Luigi Ferraro</i>	79

ORIENTAMENTI SESSUALI E DISCRIMINAZIONI

QUESTIONI GIURIDICHE CONNESSE AGLI ORIENTAMENTI SESSUALI E ALLE IDENTITÀ DI GENERE <i>di Massimo Villone</i>	119
IL SAME-SEX MARRIAGE NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE AMERICANA <i>di Antonio D'Aloia</i>	127
LA TUTELA PENALE DELL'IDENTITÀ SESSUALE NELLE «DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CONTRASTO DELL'OMOFOBIA E DELLA TRANSFOBIA» <i>di Gianluca Gentile</i>	163
I VALORI E LE CONTRADDIZIONI DELLO SPORT <i>di Giuliana Valerio, Simona Picariello, Cristiano Scandurra</i>	231
IDENTITÀ SESSUATA, IDENTITÀ SESSUALE, ORIENTAMENTO SESSUALE? DALL'ESILIO DEL CORPO AL CORPO RITROVATO. RIFLESSIONI ANTROPO/TEOLOGICHE <i>di Ignazio Schinella</i>	241

VARIANZE DI GENERE ED INTERSESSUALITÀ

SESSO E GENERE NELL'IDENTITÀ DELLA PERSONA <i>di Pasquale Stanzione</i>	279
LA LEGGE N. 164/1982. LA RETTIFICAZIONE DI ATTRIBUZIONE DI SESSO <i>di Stefano Celentano</i>	297
LE VARIANZE DI GENERE E LA LORO INSCRIZIONE ALL'INTERNO DEL SAPERE MEDICO-PSICHIATRICO: UNA BREVE DISAMINA STORICA E CRITICA <i>di Roberto Vitelli</i>	311

BAMBINI E ADOLESCENTI CON VARIANZE DI GENERE: QUESTIONI E DILEMMI <i>di Paolo Valerio, Fabiana Santamaria</i>	345
ETEROSLESSUALITÀ OBBLIGATORIA ED ESISTENZA INTERSEX <i>di Lorenzo Bernini</i>	359
PARLARE DI GENERE NELLA RELAZIONE SANITARIA <i>di Francesca Dicé</i>	371
PER NON SOTTOVALUTARE L'USO DELLE PAROLE. UNA PROPOSTA PER L'UTILIZZO DI TERMINOLOGIE RISPETTOSE, INCLUSIVE E RESPONSABILI RELATIVE AL MONDO LGBTQI <i>di Cristiano Scandurra, Francesca Dicé, Anna Lisa Amodeo, Giuliana Valerio, Paolo Valerio</i>	381
NOTIZIE SUGLI AUTORI	393

GAETANO MANFREDI

PREFAZIONE

Il volume che ho il piacere di presentare si muove su uno dei territori di frontiera della nostra epoca: quello delle cosiddette *gender questions*, ossia le questioni che riguardano la popolazione LGBTQI (*Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer Questioning and Intersexual*). Nel definirle di “frontiera” ho in mente due significati che, a tutta prima, potrebbero apparire fra loro contraddittori, mentre è proprio la loro convivenza in un unico orizzonte di senso che rappresenta il segno distintivo del nostro tempo. Da una parte, sono tematiche di frontiera perché ribaltano facili stereotipi, impediscono di riposare in comode “verità” ed esplorano il campo dell’esistenza umana rispettandone e anzi promuovendone l’irriducibile pluralità e diversità. Dall’altro, però, tale frontiera non è remota dalla nostra vita, ambito esclusivo di specialisti o di attivisti, ma interpella tutti noi. La frontiera, cioè, è presso di noi – spesso in noi – e ciascuno, nessuno escluso, è chiamato a interessarsene. E l’interesse, anche etimologicamente, è uno stare-fra le questioni, sia nel senso di indagarne le connessioni reciproche sia in quello di esservi calati, coinvolti. Parlando quindi di “territori di frontiera” non voglio distanziarli ma, al contrario, evocare come tutti dovremmo sentirci impegnati, avendo il coraggio di spingerci oltre quella che un pensatore, che amava *Yethos* della frontiera, chiamava la crosta delle convenzioni. Per dirla in maniera forse un po’ troppo icastica, la frontiera è questo: muoversi oltre il convenzionale e ciò che è dato per scontato. Ed è proprio quello che il volume ci invita a fare.

In questo senso sono particolarmente lieto, come Rettore dell’Università di Napoli Federico II, che il testo sia l’esito di un convegno dal titolo “Pluralità Identitarie, Questioni di Genere ed Orientamenti Sessuali: fra bioetica e biodiritto” organizzato dal Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (CIRB) di Napoli il 28 e 29 novembre 2014 presso la nostra sede di via Partenope, anche grazie al contributo del Centro di Ateneo SInAPSi (Servizi per l’Inclusione Attiva e Partecipata degli Studenti). Il convegno ha costituito il risultato di un lavoro biennale (2012-2014), sviluppato pres-

so il CIRB da una compagine di studiosi di differente provenienza disciplinare (filosofia, medicina, psicologia, giurisprudenza, sociologia, storia).

La matrice interdisciplinare del volume è intimamente collegata, a mio avviso, col carattere di frontiera cui ho accennato all'inizio: infatti, la frontiera rimanda anche a uno spazio di incontro tra saperi ed esperienze diverse, a un luogo in cui ci si conosce per potersi riconoscere. Non sono ovviamente un esperto di *gender questions* ma la lettura del libro mi ha convinto di qualcosa che ho appreso anche nella frequentazione delle mie aree di specializzazione: gli argomenti più vitali e sfidanti sono quelli che richiedono una apertura mentale interdisciplinare, perché non si lasciano incapsulare in comparti pre-definiti. Se questo è vero per ogni branca della conoscenza, lo è tanto più quando ci si accosta a temi che, come quelli che concernono la popolazione LGBTQI, prevedono il continuo e complesso confronto fra la libertà individuale della persona e il riconoscimento della stessa all'interno del contesto sociale.

Il volume ha il merito di raccogliere un ampio ventaglio di molteplici, e qualche volta divergenti (il che è, ai miei occhi, un merito), punti di vista. La pluralità dei contributi presentati evidenzia, dunque, la necessità di sviluppare sempre nuove riflessioni interdisciplinari sulle identità di genere e gli orientamenti sessuali. Leggendo il testo, si ha la sensazione che gli autori, tutti afferenti ad autorevoli atenei italiani, siano in dialogo fra loro e affrontino *de visu* i temi trattati, proprio grazie alla diversità delle discipline di provenienza di ciascuno. Scorrendo il susseguirsi dei diversi capitoli, si viene colpiti dall'intreccio dei punti di vista rispetto ai quali ogni singolo tema è trattato, con il risultato di un confronto scientifico che mantiene, da un lato, un'omogenea coerenza di fondo, dall'altro, una plurisfaccettata molteplicità di prospettive.

Non mi soffermerò su una presentazione puntuale di tutti gli argomenti del volume e mi limiterò solo a sottolineare il ruolo nodale che vi gioca l'approfondimento e la definizione del *principio di autodeterminazione*, ossia della possibilità, propria di ognuno, di vedere riconosciute e tutelate le sue scelte identitarie e sociali. Mi sembra un punto di approdo importante dei lavori del CIRB, proprio nella misura in cui tale principio è declinato attraverso un prisma interdisciplinare.

Senza entrare oltre nel merito dei contenuti del testo, voglio svolgere un'ultima considerazione, dall'ottica offertami dal mio ruolo di Rettore. Il volume, come detto, è uno dei risultati finali dei lavori di un gruppo di studio e di ricerca: con le sue attività, fra cui gli assidui incontri, la partecipazione a convegni e la realizzazione di numerose pubblicazioni, tale gruppo si è rivelato uno dei modi attraverso i quali le istituzioni accademiche si

sono impegnate per promuovere la cultura dell'inclusione e dei diritti delle persone LGBTQI. Infatti, nel nostro contesto sociale, sempre più necessario appare sviluppare azioni che possano contribuire a combattere qualsiasi tipo di discriminazione di genere. A tale proposito, mi fa piacere evidenziare come, fra gli impegni assunti dell'ateneo federiciano, si annoveri quello di garantire, insieme all'organizzazione, l'elaborazione e la trasmissione dei saperi, e la formazione culturale e professionale, anche la promozione della crescita della coscienza civile degli studenti.

In questa prospettiva, il libro mi pare la testimonianza del significato che la cosiddetta *Terza Missione* ha per la definizione dell'identità complessa di un ateneo che sia davvero al passo coi tempi e con il ruolo che può svolgere per la crescita civile e culturale della società. Si pensi all'opera sinergica del CIRB e del Centro SInAPSi, al loro impegno nella divulgazione di saperi e servizi assistenziali: il loro connubio, evidente nella realizzazione di azioni scientifiche che consentono un continuo scambio e confronto fra competenze, favorisce un notevole ampliamento delle possibilità delle istituzioni accademiche di operare per la ricostruzione delle culture sociali. Inoltre, operazioni di questo tipo sono anche interpretabili come un segnale visibile dei nuovi assetti su cui gli ambiti accademici stanno riorganizzando la loro struttura, rinunciando a vecchi posizionamenti asimmetrici in favore di nuovi scambi e suggestioni provenienti da diversi ambiti disciplinari, garantendo lo sviluppo di nuovi sistemi integrati di ricerca. Non è questa una frontiera di cui questo volume si occupa tematicamente ma certo è una frontiera di sviluppo che abita in modo brillante, additando a noi tutti nuovi orizzonti del legame fra accademia e realtà sociale.

LUIGI FERRARO, FRANCESCA DICÉ,
ALBERTO POSTIGLIOLA, PAOLO VALERIO

LE PLURALITÀ IDENTITARIE TRA BIOETICA E BIODIRITTO: UN CONFRONTO INTERDISCIPLINARE*

Il Convegno “Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto”, organizzato a Napoli dal C.I.R.B. (Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica) nei giorni 28 e 29 novembre 2014 e i cui Atti sono pubblicati nel presente volume, è stato il risultato finale di un intenso lavoro profuso da un gruppo di ricerca aderente allo stesso CIRB e coordinato dal Prof. Paolo Valerio dell’Università di Napoli Federico II. L’indagine scientifica si è sviluppata sin dall’inizio con un forte carattere di interdisciplinarietà, che ha visto un confronto serrato sui temi dell’orientamento sessuale e dell’identità di genere tra medici, psicologi, filosofi e giuristi; naturalmente, tale caratterizzazione ha contraddistinto anche il Convegno quale naturale epilogo di quel percorso di ricerca.

Il testo propone una riflessione congiunta sui fattori individuali, sociali e culturali che possono determinare il benessere della persona ed il rispetto della sua soggettività, nell’ambito della cornice tematica dei *Gender Studies*. In particolare, gli Autori si sono concentrati sul *principio di autodeterminazione* che prevede il riconoscimento della tutela dei diritti e delle possibilità di scelta da parte di ciascuno, evidenziando in questo modo la pluralità delle varie strutturazioni identitarie. In tale contesto e con la modalità interdisciplinare prima richiamata sono state dunque trattate alcune delicate questioni che riguardano la popolazione LGBTQI (*Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer Questioning, Intersexual*).

1. La problematicità di queste tematiche è confermata dalla giurisprudenza di una pluralità di Corti, interne e internazionali. È il caso, ad esempio, della sentenza della Corte EDU (*Oliari e altri c. Italia*), del 21 luglio 2015, che ha condannato il nostro Paese poiché, in quel momento, era ancora privo

* Questo lavoro introduttivo è il frutto della comune riflessione tra i curatori del volume, facendo presente che il par. 1 è da attribuire a Luigi Ferraro, il par. 2 a Francesca Dicé e Paolo Valerio, il par. 3 ad Alberto Postigliola.

di una disciplina legislativa a tutela delle unioni omosessuali¹. Di questo tema il Parlamento italiano solo ora ha finalmente preso consapevolezza, tant'è vero che da poco è stata approvata la legge n. 76, del 20 maggio 2016, con il titolo: "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"²; ciò non di meno, il grave ritardo accumulato nel legiferare ha rappresentato comunque la ragione principale della sentenza di condanna da parte della Corte di Strasburgo.

Come viene bene evidenziato da questo giudice, almeno fino all'approvazione della legge 76/2016, le coppie *same-sex* erano sprovviste di garanzia nell'ordinamento italiano, per cui tale tipo di legame affettivo si presentava nel nostro Paese come un'unione *de facto*; tuttalpiù, gli interessati hanno provato ad assicurarsi un certo grado di tutela attraverso accordi contrattuali privati, però con evidenti limiti sotto il profilo dell'assistenza morale e materiale all'interno della coppia.

La Corte EDU si era già espressa favorevolmente sul riconoscimento delle unioni omosessuali nella nota decisione *Schalk and Kopf v. Austria* (2010), anche se in quel caso al momento della sentenza i ricorrenti avevano acquisito la possibilità di costituire una *partnership* registrata, poiché l'Austria si era dotata dal 1° gennaio 2010 – in un tempo tuttavia successivo alla proposizione del ricorso – di una opportuna regolamentazione. Al contrario,

-
- 1 Ancora più recentemente (30 giugno 2016) l'Italia è stata nuovamente condannata dalla Corte EDU (caso *Taddeucci e McCall c. Italia*) per violazione degli artt. 14 e 8 CEDU, in quanto il diniego al partner *same-sex* del permesso di soggiorno per motivi familiari costituisce una discriminazione, in ragione dell'orientamento sessuale, ai fini del godimento del diritto alla vita privata e familiare.
 - 2 In sede di prima lettura da parte del Senato, si ricorda come sia stata estrapolata dal testo del d.d.l. la c.d. *stepchild adoption*. Tuttavia, il silenzio serbato dal legislatore non ha trattenuto parte della giurisprudenza dal proporre soluzioni interpretative tese a soddisfare l'interesse di ciascuno dei partner della coppia omosessuale ad adottare i figli dell'altro. È il caso, ad esempio, della Corte App. Napoli, ord. del 05.04.2016, con cui questo giudice di secondo grado, per la prima volta, ha disposto la trascrizione di due sentenze francesi che riconoscevano l'adozione "piena" e incrociata di due figli di una coppia coniugale *same-sex* da parte di ciascuna delle madri richiedenti (adozione coparentale incrociata); egualmente, si evidenzia come la Corte App. Milano (16.10.2015) abbia disposto, sempre nell'ambito di una coppia omosessuale, la trascrizione di un'adozione "piena" di una minore, figlia biologica di una delle coniugi, a favore dell'altra partner. In data 22.06.2016 è stata depositata la sent. n. 12962/16, con cui la Corte di cassazione ha ammesso – in contrasto con l'indirizzo parlamentare prima richiamato – l'adozione del figlio naturale di uno dei membri di una coppia *same-sex* da parte dell'altra partner (c.d. *stepchild adoption*); si aggiunge, infine, la sent. definitiva del Trib. per i minorenni di Roma, depositata il 23.12.2015, che consente l'adozione di un bambino nato da maternità surrogata a favore del padre sociale. Tutte queste decisioni in www.articolo29.it. Sullo stesso sito internet, per un primo commento alla pronuncia della Cassazione, cfr. M. GATTUSO, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, 22 giugno 2016.

nella recente pronuncia del luglio 2015 la Corte di Strasburgo ha dovuto decidere a fronte di una persistente omissione del legislatore italiano in tema di coppie omosessuali, che ha imposto agli interessati di ricorrere all'autorità giudiziaria per tentare di ricevere tutela circa la propria condizione. La grave carenza del Parlamento italiano, che si è protratta sino al maggio 2016, è evidenziata dalla Corte di Strasburgo in tutte le sue conseguenze, in particolare quelle "di minare la credibilità e l'autorità" dell'intervento della magistratura "e di mettere a rischio la [...] efficacia" delle sue decisioni (Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, par. 184).

A ciò si aggiunga che in questo modo – come sottolineato ancora dal giudice di Strasburgo – il Parlamento è sembrato non tenere conto delle pronunce della Corte costituzionale. Il chiaro riferimento è alle sentenze n. 138/2010 e n. 170/2014 del nostro giudice delle leggi, in cui "il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine" (a partire dalla sent. n. 138/2010 ci sono voluti sei anni per l'approvazione di una legge!) al suo compito di garantire una disciplina alle coppie omoaffettive (sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*). In tali due pronunce la Consulta ha espresso il proprio indirizzo su questo tipo di unioni, che a suo giudizio non sono tutelate dall'art. 29 Cost., in tema di matrimonio, bensì dall'art. 2 della nostra Carta fondamentale. La Corte costituzionale ritiene, cioè, non ammissibile il matrimonio *same-sex*, poiché l'istituto del coniugio – come presupposto dal Costituente – è legato al paradigma eterosessuale della coppia per cui le unioni omosessuali sono da ricomprendersi all'interno delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. (su entrambe le pronunce, prestando particolare attenzione al principio di eguaglianza, si sofferma nel presente volume Massimo Villone).

L'indirizzo della Consulta non corrisponde, però, a quello di altre Corti. Difatti, è da ricordare la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, che nel caso *Obergefell v. Hodges* (26 giugno 2015) ha deciso per la "rilevanza costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso" (quest'esperienza comparata è stata analizzata nel saggio di Antonio D'Alloia). Anche in quest'occasione, però, si è registrata la forte problematicità del tema, tant'è vero che la decisione all'interno della Corte Suprema è stata adottata con una maggioranza risicata di 5 giudici a 4 e le *dissenting opinions* di questi ultimi si sono mostrate molto radicali nelle loro argomentazioni.

L'ammissibilità dell'istituto matrimoniale per le coppie *same-sex* si può intrecciare, peraltro, con le problematiche dell'identità di genere. È quanto accaduto, ad esempio, in Italia nel noto caso Bernaroli, la cui fattispecie è stata sottoposta anche all'attenzione della Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 170/2014, che pure è stata al centro delle tematiche af-

frontate nel Convegno. In breve, si tratta della situazione di una coppia regolarmente sposata in cui la persona di sesso maschile, d'accordo con l'altro coniuge, decideva in costanza di coniugio di procedere alla rettificazione del sesso ai sensi della legge 164/1982. Proprio in ragione di tale dettato legislativo (art. 4) l'ufficiale di stato civile annotava nell'atto di matrimonio la cessazione dei suoi effetti civili, come conseguenza di quella scelta identitaria, nonostante entrambi i coniugi avessero manifestato l'intenzione di perseverare nel rapporto affettivo.

È evidente in questo caso di c.d. 'divorzio imposto' il problematico intreccio tra l'esercizio del diritto all'identità di genere e il diritto all'orientamento sessuale, che i coniugi avrebbero voluto far valere chiedendo di preservare il loro rapporto matrimoniale, benché quest'ultimo fosse divenuto di tipo omosessuale. La stessa Corte costituzionale – pur non riconoscendo la conformità di siffatta unione all'art. 29 Cost. – non ha mancato di evidenziare il “pregresso vissuto” della coppia quale legittima relazione matrimoniale, che perciò costituisce la caratteristica principale di questa fattispecie. La Consulta, comunque, ha ritenuto tale rapporto affettivo – come si è venuto ora a configurare – tutelabile *ex art. 2 Cost.*, sicché ha rivolto l'invito al legislatore a prevedere un nuovo istituto giuridico, come la “convivenza registrata”, che possa garantire un'adeguata protezione a questa tipologia di coppie (proprio partendo dalla citata pronuncia della Consulta, Valeria Marzocco affronta nel suo contributo il problematico rapporto tra “egualianza” e “differenza” nell'ambito delle dinamiche sull'identità di genere).

La fattispecie ora descritta, pur nella sua peculiarità, non è isolata. Difatti, altre Corti costituzionali – quale il Tribunale costituzionale federale tedesco – si sono trovati ad affrontare casi molto simili, ma che sono stati risolti in modo parzialmente diverso. Il *Bundesverfassungsgericht* in Germania ha sollecitato il legislatore verso due diverse soluzioni: convertire il rapporto matrimoniale in “una unione di vita sui generis disciplinata dalla legge” oppure preservare il rapporto matrimoniale senza interromperlo, malgrado la sopravvenuta identità di genere dei coniugi, proprio per l'eccezionalità della situazione (sulla sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale italiana e su talune esperienze di comparazione, tra cui quella tedesca, si veda il saggio di Luigi Ferraro).

Naturalmente, la sent. n. 170/2014 del giudice delle leggi è stata l'occasione per tornare a riflettere sul delicato argomento dell'identità di genere. È ormai chiaro – già dalla sentenza n. 161/1985 (Corte cost.) – come per questo tipo di diritto sia dominante il profilo psicologico, pertanto nel caso in cui la persona non dovesse riconoscersi più nel proprio sesso anagrafico, dovrà essere il *soma* ad adeguarsi alla psiche che, rappresentando “l'unità

ideale del soggetto”, rivela l’identità di genere di una persona (a questo proposito è illuminante il contributo di Pasquale Stanzone).

A differenza delle unioni *same-sex*, sul diritto all’identità di genere il legislatore italiano si è dimostrato più sensibile, tanto da disciplinare la rettificazione anagrafica del sesso già nel 1982 con la legge n. 164, di poco successiva al *Transsexuellengesetz* tedesco (TSG), cioè la “Legge sul cambiamento dei prenomi e sulla determinazione dell’appartenenza sessuale in casi particolari” del 10 settembre 1980, che rappresenta – almeno in Europa – una delle prime discipline sul mutamento dell’identità sessuale di una persona. Manca ancora in Italia, tuttavia, una disciplina in materia di contrasto della transfobia e dell’omofobia a tutela dei transessuali e degli omosessuali, che rappresenta un’ulteriore grave carenza del nostro ordinamento (sulla tutela penale dell’omofobia e della transfobia e sui disegni di legge all’esame del Parlamento si sofferma Gianluca Gentile).

Nell’ambito del procedimento previsto dalla legge 164/1982 un ruolo decisivo è stato assegnato all’autorità giudiziaria: basti ricordare come sia compito del giudice disporre con sentenza la rettificazione anagrafica del sesso (art. 1), così come autorizzare il trattamento medico-chirurgico per l’adeguamento dei caratteri sessuali (d.lgs. 150/2011, art. 31, 4° co.). In questo modo il legislatore ha affidato all’imparzialità ed al rigore della magistratura le decisioni sui diritti fondamentali relativi allo *status* delle persone, a differenza di altre più recenti legislazioni a livello europeo come quella spagnola (*Ley 3/2007*), che sottraggono alla competenza giurisdizionale l’istanza per la modifica del sesso (sull’importanza del ruolo della magistratura nel procedimento *de quo* si vedano le valutazioni formulate da Stefano Celentano nel suo contributo).

Proprio relativamente ad uno di quegli aspetti per cui è necessario l’intervento dell’autorità giudiziaria, come nel caso del trattamento medico-chirurgico, si è espressa di recente ancora la Corte costituzionale (sent. n. 221/2015) che ha stabilito la non indispensabilità della terapia chirurgica in materia di transessualismo. Attraverso il canone dell’interpretazione conforme a Costituzione e richiamandosi ai diritti della persona (diritto alla salute, diritto all’identità sessuale e sfera di autodeterminazione), la Consulta ha affidato al giudice la decisione ultima sull’intervento operatorio in ragione dell’assenza nel testo di legge di ogni riferimento alle modalità (chirurgiche o ormonali) necessarie per la modifica del sesso, per cui lo stesso trattamento chirurgico deve considerarsi “solo una delle possibili tecniche per realizzare l’adeguamento dei caratteri sessuali” (sent. n. 221/2015, punto 4.1 del *Considerato di diritto*). In questo modo il giudice delle leggi – in sintonia con la Corte di Cassazione che poco prima (sent. n.

15138/15) aveva espresso il medesimo orientamento – ha manifestato un indirizzo diverso rispetto alla giurisprudenza di merito che, almeno nella sua maggioranza, si è sempre dimostrata favorevole alla terapia chirurgica quale condizione necessaria per la rettificazione sessuale.

Di conseguenza, la Corte costituzionale, non ritenendo ora più indispensabile l'intervento operatorio, ha implementato la valenza del profilo psicologico nelle questioni di identità di genere, confermando così l'interdisciplinarietà quale chiave di lettura essenziale per affrontare questo tipo di situazioni.

2. Altri contributi presentati nel testo evidenziano come gli aspetti culturali, psicologici e sociali possano avere notevole influenza sui processi di costruzione dell'identità, con particolare attenzione agli aspetti di essa legati al sesso, al genere ed agli orientamenti sessuali. Rispetto a tali questioni, il principio di autodeterminazione può essere utile a comprendere le esigenze di coloro che si riconoscono nell'acronimo LGBTQI (*Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer Questioning, Intersexual*). Spesso, infatti, queste persone sentono di appartenere ad una minoranza e si confrontano con complesse difficoltà relative ai processi di inclusione sociale. Una di queste riguarda il profilo linguistico, talvolta contraddistinto da locuzioni assai lontane dai reali significati appartenenti all'universo delle questioni di genere. Anche in questo volume, che raccoglie i contributi di studiosi provenienti da diversi ambiti disciplinari, si rinvencono esempi di come questa difficoltà sussista ancora; ciò mostra come – nonostante i risultati raggiunti dalla comunità scientifica – di cui questo testo è un importante esempio, può essere ancora necessaria la promozione di un linguaggio universale volto allo sviluppo di una cultura condivisa e di un'integrazione multidisciplinare.

Altre difficoltà possono riguardare le prospettive culturali dell'*eterosessismo*, che tende a discriminare tutti i comportamenti sociali che deviano dall'orientamento eterosessuale, e del *genderismo*, che considera, in un'ottica binaria, l'esistenza soltanto di due generi, maschile e femminile. Tali prospettive possono orientare drasticamente i processi di significazione culturale nella società, rischiando così di costringere chi non si riconosce in tali definizioni a confrontarsi con condizioni di *minority stress*, con evidenti vissuti di stigma sociale dovuti a pesanti discriminazioni spesso agite in maniera violenta (a tale riguardo, si veda il contributo di Paolo Valerio e Cristiano Scandurra).

La discriminazione di genere può assumere specifiche complessità che rispecchiano il contesto sociale in cui essa ha luogo. Ad esempio, in ambito sportivo gli stereotipi di genere appaiono ancora molto radicati e ciò

sembra scoraggiare le persone LGBTQI a rendersi visibili o a esprimere pubblicamente il loro orientamento sessuale. È, in particolare, l'esclusione delle persone *transgender* da alcune attività agonistiche a essere molto frequente, a causa delle cure ormonali alle quali sono sottoposte per le procedure mediche legate alle modifiche dei caratteri sessuali secondari. Per tali motivi, sono oggi necessarie importanti azioni di sensibilizzazione su questi temi, allo scopo di contrastare le forti dinamiche di omofobia e transfobia ad essi sottese (sul punto si soffermano proficuamente Giuliana Valerio, Simona Picariello e Cristiano Scandurra).

La discriminazione di genere, ancora tanto radicata nella nostra società, ha tuttavia radici antiche: per anni è stata legata alla diffusa concezione culturale che confondeva l'omosessualità con il disagio psichico. Sono stati vari i passaggi attraverso i quali la comunità medico-scientifica, nel corso degli anni, ha finalmente disgiunto le due condizioni: infatti, la malattia mentale è oggi descritta come caratterizzata da disagio soggettivo e da una compromissione generalizzata del funzionamento, a differenza dell'orientamento sessuale omosessuale, che non presenta alcune di queste caratteristiche (si veda, in questo caso, il lavoro di Roberto Vitelli).

Altri contributi presentano le declinazioni che tali difficoltà assumono in situazioni complesse quali quella degli adolescenti *gender variant* e quella dei bambini *intersessuali*. I primi sono persone la cui modalità di espressione del genere differisce da ciò che ci si aspetterebbe da loro in base al sesso biologico. Spesso, costoro possono desiderare la sospensione dello sviluppo dei caratteri sessuali secondari e ciò sarebbe possibile tramite la somministrazione di bloccanti ipotalamici, che consentirebbe loro di poter usufruire di un tempo prolungato utile per effettuare una scelta più consapevole della propria identità sessuale. Riguardo il tema, il dibattito scientifico è tuttora caratterizzato da continui aggiornamenti, poiché riguarda diversi aspetti etici, medici, psicologici e sociali: ultimamente, molti autori si stanno soffermando su come la somministrazione di questi farmaci possa consentire al/la giovane adolescente di usufruire di un maggiore tempo per interrogarsi sulla sua identità sessuale e di genere, senza essere costretto/a a confrontarsi con il sopraggiungere della pubertà con le modifiche di un corpo nel quale egli/ella non si riconosce (la questione è descritta nel contributo redatto da Paolo Valerio e Fabiana Santamaria).

Anche le questioni relative alle condizioni di *intersessualità* sono al centro di un acceso dibattito internazionale in cui la comunità scientifica si confronta sulla rigidità delle categorizzazioni di genere e dei concetti di "maschile" e "femminile", nei quali le persone solitamente si identificano. Tali condizioni, altre volte indicate come *Differente Sviluppo Sessuale* o

Disordini della Differenziazione Sessuale, riguardano bambini e bambine nei quali lo sviluppo del sesso cromosomico, gonadico o anatomico è atipico. Per questi soggetti è attualmente prevista la somministrazione di terapie farmacologiche e il ricorso ad interventi chirurgici di correzione estetica o ri-assegnazione del sesso. In ragione di favorire più ampie possibilità di scelta consapevole di queste pratiche mediche sarebbe utile, come peraltro previsto dal Comitato Nazionale di Bioetica, l'implementazione di protocolli di cura e presa in carico multidisciplinare, al fine di promuovere il dialogo intrasanitario e favorire l'assunzione di decisioni condivise da tutti i componenti del nucleo familiare, in particolar modo del bambino/a (il tema è stato approfondito da Francesca Dicé).

3. Una breve riflessione a parte meritano le implicazioni filosofiche e antropologiche delle tematiche trattate in questo volume. L'impostazione degli studi scientifici, gli elementi valoriali che vengono privilegiati e le modalità stesse di alludere alle caratteristiche di ciò che banalmente possiamo chiamare 'natura umana', alludono a continuità e rotture all'interno del pensiero e della coscienza della nostra parte di mondo cui è indispensabile accennare. All'interno del Convegno vi è stato un contributo emblematico in tal senso (è il caso del saggio di Ignazio Schinella). Si può dire sia quasi una 'summa' delle tematiche in questione da un punto di vista della tradizione teologica occidentale, classificate come 'Riflessioni antropoteologiche'. La cosiddetta *gender theory* viene perciò dettagliatamente confutata in nome della nozione di famiglia naturale e di identità sessuale poggiante sulla netta distinzione maschile/femminile. Facendo riferimento anche a vari pensatori contemporanei, Schinella insiste sulla fragilità della natura umana intesa come 'creatura', che tuttavia mantiene una sua 'fissità' ontologica e antropologica, fortemente impegnativa sul piano dell'etica e sul riconoscimento delle diverse identità e autodeterminazioni in materia di orientamento sessuale.

Ben diversa la prospettiva di altri interventi, che talvolta oppongono in maniera significativa proprio all'antropologia tradizionale, come il lettore vedrà, il caso particolarmente cruciale della persona *intersex*, la quale, da un punto di vista che potremmo dire appunto 'antropologico', pone il problema del riconoscimento non solo del desiderio, ma anche della specificità identitaria di tale condizione. Con delle implicazioni enormi: le stesse categorie di sesso, genere, orientamento sessuale, poco valgono a renderne ragione. D'altra parte la 'normalizzazione' da parte dei medici per via chirurgica ed endocrinologica di tali situazioni, dovuta alla necessità, per certi aspetti 'totalitaria', dell' 'assegnazione' di un sesso (ovviamente: M o F),

producono come si accennava esiti a volte tragici per l'equilibrio psichico di queste persone. È chiaro che quella *intersex* infatti pone, in maniera forse più emblematica di altre condizioni, la problematicità dell'antropologia per così dire 'fissista' e fortemente identitaria. Il che è come dire che le implicazioni filosofiche di queste problematiche cominciano a essere più evidenti (a tale proposito, si veda il contributo di Lorenzo Bernini).

Cosa è dunque oggi l'identità, come forma univocamente caratterizzante, della natura umana? La stessa problematicità del soggetto umano, con riferimenti tra l'altro a Nietzsche, Heidegger, Freud, e alla biopolitica di origine foucaultiana, rimanda a una dinamizzazione che se per certi versi ne mette in risalto la fragilità, d'altro canto implica, con l'implicito superamento del paternalismo occidentale, una nuova affermazione della soggettività (la questione è messa in risalto da Rossella Bonito Oliva). Più specificamente, è possibile pervenire anche all'affermazione di un "uso minimo e debole della nozione di identità". Ma tale 'debolezza' riguarda per così dire la 'natura' dell'identità, non già il riconoscimento, o meglio, il diritto (anche se la parola non viene utilizzata) al riconoscimento di tale pur fragile identità, quale che essa sia affermata dal soggetto umano. I principali riferimenti teorici di questo discorso possono essere David Hume e, per l'identità sociale o di gruppo, Amartya Sen. Alla base c'è la critica humeiana al carattere essenzialista dell'identità, basata sulla critica della nozione stessa di sostanza (i richiami e gli ulteriori approfondimenti si rinviengono nel saggio di Eugenio Lecaldano).

Ma tutto ciò ci rimanda a un contesto più ampio, a una elaborazione di lungo periodo, alla quale è doveroso brevemente far riferimento. Una cosa poco nota è per esempio che Antonio Gramsci, nei suoi *Quaderni del carcere*, si diffonde con una certa ampiezza sulla nozione appunto non sostanzialista della natura umana, in particolare in un paragrafo dal titolo 'Naturale, contro natura, artificiale'. Ed è significativo che in questa sede, ma anche in altre note, Gramsci faccia riferimento ai *Pensieri* di Pascal, su cui ritorna e riflette in vari luoghi e momenti, e in particolare al famoso aforisma 93, che così recita: "Che cos'è dunque questa natura che può essere cancellata? Il costume è una seconda natura che distrugge la prima. Ma che cos'è la natura? Perché il costume non è naturale? Ho una gran paura che questa natura non sia essa stessa che un primo costume, allo stesso modo che il costume è una seconda natura"³. Il discorso appunto si allarga, sia

3 Cfr. A. POSTIGLIOLA, *Su natura umana e storia in Gramsci*, in *Convegno internazionale di studi gramsciani* (Firenze, 9-11 dicembre 1977), Torino, 1978, II, 578-596.

cronologicamente che su di un piano teorico. Ci si trova infatti all'interno di una linea del pensiero occidentale che attraversa tutta la modernità e l'età presente. L'aforisma pascaliano è tutt'altro che un *unicum*, che una geniale intuizione letteraria di metà seicento. È un momento alto, emblematico, di una problematizzazione della fissità creaturale che avrà, per esempio, nella teorizzazione su 'prima' e 'seconda natura' all'interno del pensiero tedesco un momento di altissima riflessione teorica⁴. Pascal ci rimanda poi da un lato al Rinascimento, dall'altro a un momento che a prima vista ci parrebbe indenne da queste elaborazioni, come l'Illuminismo.

Non di frequente si cita completamente la definizione dell'uomo nello stato naturale quale è tratteggiata per esempio da Rousseau nel *Discorso sulla disuguaglianza*. Uno stato nel quale gli uomini, vivendo sparsi tra gli altri viventi, "osservano ed imitano la loro industriosità e si elevano così fino all'istinto delle bestie, con questo vantaggio che, mentre ogni specie animale possiede solo l'istinto che le è proprio, l'uomo, non avendone forse nessuno che gli appartenga (corsivi miei), se li appropria tutti"⁵. Il che è come dire che l'uomo intrinsecamente non ha una natura sua propria, che è per così dire 'tutto cultura', e che, appunto, è nell' 'artificio', nel costume pascaliano, che consiste la natura dell'uomo. Fragilità e potenzialità enormi, fondative di una antropologia non fissista e non sostanzialista.

Ed è ciò che ci rimanda alle radici della nostra modernità. E molti sono gli autori, da Ficino, a Bruno, a Montaigne, cui si potrebbe rinviare. Nel 1860 Jacob Burckhardt concludeva la quarta parte del suo ampio lavoro sulla civiltà del rinascimento italiano, dedicata alla 'Scoperta del mondo esteriore e dell'uomo', con un ampio riferimento alla cosiddetta "Oratio de hominis dignitate" di Giovanni Pico della Mirandola⁶. Sono passi e parole ben noti, quelli di Pico, presenti in tutti i manuali e le antologie scolastiche al fine di esemplificare l'eccellenza dell'uomo, ma sulle cui implicazioni non sempre ci si sofferma. Pico racconta, "secondo la testimonianza di Mosè e di Timeo", come Dio avesse creato l'uomo dopo aver dato fondo alla sua completa capacità creativa, non potendo quindi disporre di ulteriori archetipi, sulla cui base dar vita a una nuova specie. "L'ottimo artigiano – scrive

4 Basti qui rinviare a C. CESA, *La seconda natura tra Kant e Hegel*, in *Natura. XII colloquio internazionale del LIE (4-6 gennaio 2007, Roma)*, Firenze, 2008, 485-502, e a V. VERRA, *Storia e seconda natura in Hegel*, in Id., *Su Hegel*, Bologna, 2007, 65-82.

5 Cfr. J.-J. ROUSSEAU, *Discorso sulla disuguaglianza*, in *Scritti politici*, a cura di M. Garin, Bari, 1971, vol. II, 143.

6 Cfr. J. BURCKHARDT, *La civiltà del Rinascimento in Italia*, trad. D. Valbusa, Firenze, 2000, 327-328.

Pico – decise infine di mettere a disposizione di colui al quale non poteva dar nulla di proprio tutto ciò che era proprio delle altre creature. Prese dunque l'uomo, quest'opera dalla natura indistinta (*indiscretæ opus imaginis*) e, collocatolo al centro del mondo, così gli disse: 'Non ti ho assegnato né un luogo determinato, né un aspetto (*faciem*) tuo proprio, né un dono particolare, o Adamo, affinché tu conquisti e possieda da te solo il tuo posto, il tuo aspetto e i tuoi doni. La natura racchiude altre specie entro leggi da me stabilite. Ma tu, non limitato da alcunché, puoi definirti in base alla tua capacità di decidere (*tuo arbitrio*), nelle cui mani ti ho posto. Ti ho messo al centro del mondo, affinché tu possa meglio contemplare intorno a te ciò che il mondo contiene. Non ti ho fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, affinché tu, sovrano su te stesso, porti a compimento la tua forma, alla maniera di un pittore o di uno scultore. Tu potrai degenerare nelle forme inferiori, come quelle delle bestie, ovvero, per decisione della tua mente (*ex tui animi sententia*), rigenerarti e attingere le forme superiori, che sono divine'''⁷. Uomo che in altri passi Pico definisce come Proteo e camaleonte.

Un testo questo insomma fortemente suggestivo ed emblematico, del quale si lasciano qui da parte le fonti e le molteplici problematiche interpretative, ma che testimonia come la dinamizzazione della natura umana (in tal caso si ha la creatura che diventa creatrice di se stessa) è acquisizione costante e irreversibile che affonda le radici fin nella nostra modernità. Un'antropologia (e quindi un'etica e un diritto), come paiono evidenziare i pochi riferimenti qui fatti, non legata a un automatismo biologico, nella quale sono l'autodeterminazione e l'irriducibile, per quanto fragile, soggettività, a 'costituire' la 'natura umana'. Dato particolarmente significativo tanto più oggi che le problematiche divenute ormai cruciali da vari decenni, di cui è questione in questo volume, potrebbero invece apparire a prima vista come sprovviste di una cornice teorica e valoriale. La quale invece è ben presente, tanto da rappresentare una costola importante del pensiero occidentale, di cui è un'acquisizione in qualche modo perenne.

A conclusione di tali dissertazioni, si è ritenuto utile, al fine di promuovere ulteriormente le possibilità di scambio interdisciplinare dei contenuti trattati, inserire un glossario (curato da Cristiano Scandurra, Francesca Dicé, Anna Lisa Amodeo, Giuliana Valerio e Paolo Valerio). Tale lavoro, riprendendo l'opuscolo "LGBT, una guida dei termini politicamente cor-

7 Qui si traduce dall'edizione a cura di O. BOULNOIS e G. TOGNON, in *Oeuvres philosophiques*, Paris, 2004, 4-6.

retti” (online su www.sinapsi.unina.it), propone un’ampia serie di termini e vocaboli liberi da stereotipi, pregiudizi e stigmi, volti a favorire un’informazione corretta ed una riflessione sulle terminologie più inclusive da utilizzare quando si parla di questioni relative al mondo LGBTQI.

In termini generali, il testo si propone come un ‘dialogo di saperi’ che evidenzia, pur nella diversità delle opinioni espresse, come il principio di autodeterminazione possa essere un importante volano dell’espressione della soggettività di tutti gli individui e delle loro possibilità di vedersi riconosciuti non nelle diversità, bensì nelle *pluralità delle loro identità* e di vedere considerate e tutelate le loro credenze, opinioni e scelte quotidiane.

AUTODETERMINAZIONE,
DIGNITÀ, SOGGETTIVITÀ

ROSSELLA BONITO OLIVA

RIFLESSIONI SU PLURALITÀ, IDENTITÀ, VITA

Identità definisce, almeno a partire dal Moderno, un processo, più che una qualità o un dato di fatto: un centro che rinvia ad una periferia e ad un rapporto con un esterno nell'interrelazione tra momenti differenti. Se si pone attenzione alla risonanza di questo termine nella nozione di soggetto, persona, personalità si giunge al suo nucleo significativo: il profilo unitario della vita come una vita finita e irripetibile. Non è un caso che identità correlata a soggetto individui la risultante o la condizione di un movimento nella trama continua attribuibile e ascrivibile a un regista che la mette in ordine e nel metterla in ordine vi si riconosce. Là dove la filosofia si è interrogata sul termine, la riflessione non può non declinarsi sui contesti culturali e le visioni del mondo che hanno dato senso a questo termine. Se si fa riferimento all'etimologia di *idios* – lo stesso, ma anche il proprio in opposizione all'altro, allo straniero nemico/ospite – piano soggettivo (sentirsi come identità) e piano oggettivo (sentire l'altro come identità) rinviano l'uno all'altro all'interno dell'elemento identificativo tenuto in vita nella distinzione da altro¹. E proprio l'antropocentrismo moderno prima e la crisi del soggetto poi hanno dinamizzato, moltiplicato, scomposto, un soggetto che, «non padrone in casa propria», secondo l'affermazione di Freud, nelle sue espressioni e nella possibilità di metamorfosi del Sé attinge ad un che di unitario, legato piuttosto all'unicità dell'esistenza che alla coerenza di un'identità compatta. Il destino del soggetto si lega così progressivamente nella tradizione culturale occidentale ad un'illusione, se si pensa a Nietzsche, a una decisione che dà senso, se si pensa a Heidegger, a «uno, nessuno, centomila», se si pensa a Pirandello. Non è un caso che letteratura, medicina e psicologia convergano all'inizio del Novecento nello sforzo di restituire il meandro della mente umana attraverso la sperimentazione, creando dall'esterno, in una sorta di spettacolo artificiale, la convergenza per focalizzare la scena di un tipo ideale di normalità, o di

1 Cfr. É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. I, *Economia, parentela, società*, Torino, 2001, pp. 64-75 e 247-256.

patologie ed eccezioni². Espedienti, in definitiva, finalizzati a scavalcare quanto già Aristotele definiva la condizione – la fine della vita – per caratterizzare un uomo in particolare: impossibile definire un individuo prima che la sua vita sia giunta al termine.

In altri termini identità significa tante cose diverse, complementari o successive che dai differenti orientamenti di saperi e pratiche rinviando sempre a “una” vita. Se ogni genere e ogni specie nei singoli esemplari ha vita, solo nel genere umano quell’“uno” si caratterizza nel suo orientamento, nel suo senso, in una curvatura o in una slabbratura che presuppone sentire la vita e sentire la spinta al compimento o alla fine, comunque ad un qualcosa che non può essere isolato dal sentimento, dall’esperienza vissuta e dalla narrazione nell’orizzonte compiuto dell’esistenza. Tutto questo restituisce la dimensione temporale della vita umana, nell’intervallo tra passato, presente e futuro il cui legame, la cui chiusura o apertura si coniuga nelle coordinate epocali, nelle forme culturali, nelle forme istituzionali e, a livello soggettivo, nei legami e negli incontri personali. Nonostante questa complessità classificazioni, definizioni e teorie hanno selezionato, discriminato in vista di un concetto di natura umana astratto, impersonale e asessuato.

Simmel, per esempio, sottolinea come la caratterizzazione del femminile in quanto oscuro, magmatico, passionale sia generato dall’assenza e dal silenzio delle donne prevalente almeno fino al Novecento³. L’inoggettivabile femminile è tale per l’impossibilità di un autentico riconoscimento in condizioni di parità e di reciprocità. Non si tratta solo del perimetro di un invisibile, ma anche del buco nero in cui si canalizzano immaginari della sessualità, paure della differenza consentendo una maggiore trasparenza delle astratte identità. Si può affermare che la stessa sorte sia toccata nel tempo a quelle forme di identità sessuali subalterne, eccentriche, rimosse generando sofferenza nei processi di individuazione e maturazione, in questo modo distorti, interdetti e talvolta deviati nel nucleo germinale dell’identità che è la relazione intersoggettiva. Nella pretesa di verità che accompagna il sapere si sono determinate gerarchie di normalità e patologie in cui la differenza viene sacrificata sull’altare di quella pretesa.

Non è necessario aggiungere che ogni forma di metafisica e di dogmatismo o può essere fondata da una teoria che riesca a dedurne tutte le derivazioni, o altrimenti, come si è largamente mostrato nella vicenda umana,

2 M. FOUCAULT, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, cura e tr. di V. Marchetti e A. Salomoni, Milano, 2000.

3 G. SIMMEL, *Per una psicologia delle donne*, in Id. *Filosofia e sociologia dei sessi*, tr. it. di G. Antinolfi, Napoli, 2004, 31-65.

si connette al bisogno di ordine, di consenso, di controllo. Là dove, però, si voglia comprendere qualcosa, accettando il fatto che il pensiero genera interrogativi e non sempre offre risposte sicure, bisogna tornare alle “cose stesse”, in questo caso ad “una vita” che è ogni volta diversa.

Nell'unità psicosociale dell'individuo ogni fattore nell'unità di un corpo in movimento e in apprendimento continuo è affidato ad una dotazione genetica naturale, che interagisce con il mondo esterno, con le figure di accudimento e di orientamento nel cammino dell'esistenza attraverso la sperimentazione e la prestazione. In questa direzione, per esempio, in natura non vi sono solo specificazioni sessuali ascrivibili alla distinzione rigida di femminile e maschile, ma forme di ibridi che si specificano nel corso dell'evoluzione, altre che rimangono indeterminate prima di raggiungere un orientamento preciso. Il genere umano, per giunta è neotenic, il che vuol dire rallentato nelle forme di sviluppo e dipendente dall'apprendimento imitativo per tempi più lunghi rispetto ad altri viventi⁴. In questa prospettiva la specificazione sessuale non è un dato di natura, piuttosto un orientamento che ha fasi di indeterminazione, di bisessualità prima di giungere ad un orientamento e ad un gusto definito. Nella cultura moderna, tuttavia, anche il modello di sessualità deriva dall'idea di prestazione, commisurata a forme di educazione che identificano maschile e femminile a partire dalla divisione del lavoro e dei ruoli all'interno del sociale. La sessualità come la fame, la sete e qualsiasi bisogno umano ha una sua formazione e un suo tempo all'interno di una serie di variabili non semplificabili o semplificate. Non vi è solo la polarità di maschile e femminile come si constata anche in natura ma, nel caso dell'essere umano come vivente storico-culturale, si registrano intrecci, passaggi e metamorfosi né prevedibili, né programmabili.

Paradossalmente proprio nelle comunità in cui maggiore è la costrizione della legge sui comportamenti sessuali i fenomeni sottoposti a censura persistono in uno stato di latenza o vengono secretati. In modo singolare espressioni di omofobia possono celare forme di rimozione di istanze profonde, tramutando la repressione compiuta su se stessi in aggressione verso l'altro, rovesciare il sentimento di colpa in una condanna irrevocabile dell'altro. Collante e copertura è l'alleanza virile, un ricompattamento narcisistico, un'omofilia per altro normale fase di passaggio presente nei processi di maturazione sessuale. Persiste in questo modo una rigida divisione tra sfera pubblica e sfera privata, che distorce tanto il privato dei sentimenti e dei legami su cui pesa la condanna e il senso di colpa, quanto la sfera pubblica dell'opinione corrente in cui prevale l'omologazione di

4 Cfr. D. WINNICOTT, *Sulla natura umana*, tr. it. Milano, 1989.

comportamenti. Appellandosi alternativamente alla natura o alla cultura, nella ricerca di fondamenti sicuri, si costruiscono modelli di identificazione aggregante: il forte deve essere violento, il leader autoritario. Nella stessa direzione vanno i modelli della femminilità che riducono lo spessore della differenza di genere nella pornografia dei corpi e nell'ossessione di una mesta sessualità.

Il paradosso è che a una sessualità liquida si accompagna il bisogno di istituire regole, paradigmi appellandosi anche al diritto e all'etica. Al biodiritto e alla bioetica si chiede oggi di definire cosa si può o si deve fare ancor prima che ciò che da poco ha acquisito diritto di parola e visibilità possa parlare «con voce propria», tradendo le implicazioni significative del prefisso «*bios*» in cui i Greci racchiudevano l'incognita dell'altrimenti della vita umana rispetto alla «*zoè*» animale. Là dove però l'etica (*ethos*) come casa comune e diritto come governo di questa sono restituiti al terreno loro proprio devono a nostro avviso interrogarsi a partire dalla vita quotidiana e dall'esperienza concreta dei soggetti che abitano la comunità nella loro pluralità e differenza.

Molta strada si è fatta in questo senso nei nostri giorni, faticosamente, anche grazie ai movimenti femministi che hanno messo in discussione la rigidità dell'etica e l'ipocrisia della parità e dell'uguaglianza sbandierata dal Moderno. Oggi vengono riconosciuti diritti, almeno in alcuni paesi, senza discriminazioni sessuali nelle unioni, nella genitorialità e nel sociale. Diritti appunto che dovrebbero toccare ciò che ciascuno può fare senza il rischio di danneggiare gli altri, ma che in nessun modo possono prescrivere ciò che ciascuno decide e fa con il proprio corpo. Spesso si è affidato alla legge il potere di intervenire a correggere presunti difetti di natura e di educazione, a legittimare discriminazioni di carattere culturale e religioso, creando ostacoli alla libera determinazione dell'identità. Se questa non può prescindere dalla proprietà esclusiva del proprio corpo e della propria vita, potrebbe essere ancora utile ricordare che il fondamento ritenuto «sacro» dal diritto moderno, perciò indiscutibile, è quel «*neminem ledere*» in cui si fa riferimento proprio all'inviolabilità e al diritto dei corpi.

La funzione del diritto, però, non si esplica solo nel giudizio e nella pena, funziona anche da orientamento e da stabilizzatore là dove prevalgono pregiudizi ingiustificati, intolleranze generate da paura e insicurezza. Il diritto, perciò, può favorire l'educazione al rispetto, garantire la dignità del più debole o del meno rappresentato nella difesa della vita comune. In altri termini se la legge è il riflesso del divenire culturale di una società, essa sancisce quanto si è consolidato ma la forma della legge reagisce dialetticamente alle dinamiche sociali. Si pensi al caso ormai antico almeno nelle democrazie occidentali del diritto di voto universale, o il diritto di voto alle

donne. In qualche modo il diritto arriva dopo individuando il registro per nuove voci che hanno acquistato visibilità in vista di una consonanza equilibrata con altre voci all'interno di cornici culturali in evoluzione.

Tuttavia ad una sempre più diffusa partecipazione alla vita sociale, alla dinamizzazione dei contatti, delle forme di vita, a condizioni esistenziali che risentono della varietà di culture che si intrecciano incidendo anche nei gusti, nelle preferenze personali, il diritto in alcuni casi sembra appellarsi ad un'idea di natura umana, ad una nozione di identità pregiudiziale e prescrittiva⁵. E questa tendenza sembra tanto più forte là dove si entra nelle scelte che toccano più da vicino la «vita in prima persona»⁶, la soglia più intima del Sé nelle decisioni cruciali dell'esistenza: nascere, morire, procreare e orientarsi sessualmente. Una staticità quasi impermeabile alla veloce e continua trasformazione delle condizioni della vita per gli stimoli, gli scambi, la dotazione culturale di ciascuno. Talvolta tuttavia l'organizzazione sociale, i saperi e l'ambito del governo e del controllo tendono a cristallizzare i profili dell'identità sia pure in uno spettro più ampio di declinazioni.

L'organizzazione delle nostre società «democratiche» occidentali si è sempre più orientata nel senso di «un governo delle vite». Questo processo se-dicente terapeutico ha sempre più declinato la differenziazione sociale in direzione di un'astrazione progressiva nei termini di rapporti e di articolazione delle differenze, generando la riduzione dello spessore dei rapporti interpersonali e della coesione tra singoli e società. Dietro la biopolitica si è consolidata l'unica dimensione della prestazione e della omologazione che di fatto ha accelerato i tempi di crescita, di definizione delle identità surrogate nell'imitazione, addomesticate attraverso le forme sempre più pervasive dei mezzi di comunicazione e dei mass media. Non è possibile porsi dinanzi a questa realtà come dinanzi a un paesaggio estraneo, non è possibile sottovalutare i fenomeni di intolleranza, di diffidenza e di chiusura che tutto questo ha messo in atto. A fronte di «vite di scarto» anche le vite da salvare – per ricordare Bauman⁷, – rischiano la loro qualità umana. Anche le identità, quelle egemoniche e quelle sottomesse, sono minacciate da una sorta di impoverimento relazionale, se è vero che ogni identità si caratterizza anche rispetto a ciò che esclude in termini di diversità, rimanendone allo stesso tempo dipendente per quel che riguarda la propria specificità⁸.

5 A. SEN, *Identità e violenza*, tr. it. Bari, 2006.

6 Cfr. P. DONATELLI, *La vita umana in prima persona*, Roma-Bari, 2012.

7 Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, tr. it. Roma-Bari, 2009.

8 Z. BAUMAN, *Vite di scarto*, tr. it. Roma-Bari, 2005.

In altri termini nella misura in cui la vita umana e i processi di identificazione richiedono un tempo non astratto regolato su ritmi di maturazione rallentati rispetto a quelli naturali, allo stesso modo bisognosi di una varietà di costellazioni e di rapporti, ai nostri giorni si assiste ad una progressiva accelerazione dei tempi di apprendimento e di passaggio alla vita pubblica e ad una surrogazione virtuale dei rapporti grazie ai sempre più evoluti mezzi della tecnica, che si accompagna alla diffusione di processi imitativi e emulativi attraverso narrazioni *prêt-à-porter* create dalle soap, dai talk. Nel tutto a portata di mano e a portata di tutti non prende corpo il sogno illuministico della libertà di tutti e di ciascuno. Ciò a cui si assiste è piuttosto una sorta di canalizzazione di bisogni affettivi, di riconoscimento, di spinte e di reazioni in alvei preconfezionati che si legittimano in una sorta di presenzialità assoluta, di visibilità. Più che un processo di individuazione e di connessione di differenze, si produce uno sciame indistinto che suscita con la paura la necessità di trovare certezze assolute. Viene negato proprio quel processo di determinazione di un'identità che ha bisogno di tempo, che ha bisogno della dialettica aperta tra dipendenza e riconoscimento, tra agonalità e differenziazione. Rimangono tuttavia zone di eccentricità che nell'emarginazione e nella resistenza possono offrire voci dissonanti dal coro.

Se si fa riferimento agli studi interculturali, per esempio, vi sono lavori molto interessanti volti a cogliere i nuovi profili di individuazione che si legano non solo nella verticalità della crescita, ma anche nel gioco tra originalità, imitazione e ibridazione di uno spazio intermedio in cui lo stesso e l'altro, l'identità e la differenza non si contrappongono, né si assimilano, ma danno luogo ad una sorta di rigenerazione dell'uno nell'altro. Usando un'espressione di Bhabha⁹ anche in questo ambito nel tempo si potrebbe configurare un terzo spazio come luogo di sedimentazione di sollecitazioni diversificate nel processo di identificazione al di fuori di contrapposizioni rigide. Nuove voci e storie mai raccontate e mai ascoltate possono essere fonte di metamorfosi che, al di là delle resistenze ideologiche, mettono in crisi il modello paternalistico della cultura occidentale. Questo il confine mobile del diritto dell'identità in quanto sua irriducibilità.

Ancor prima dello spazio pubblico dei diritti, vi è la necessità di quello spazio «tutto per sé» da cui si dischiude ogni identità, anche quella sessuale¹⁰. Biodiritto e bioetica non possono che partire da questo territorio

9 H. BHABHA, *I luoghi della cultura*, tr. it. Roma, 2006.

10 V. WOOLF, *Una stanza tutta per sé*, tr. it. M. A. Saracino, note di N. Fusini, Milano, 2000.

intermedio, dal passaggio mai compiuto perché mai sintetizzabile al di là delle vicende dei singoli né dalla natura, né dalla cultura.

Nel corso di questo seminario su “identità plurali” ascoltando testimonianze di vicende ancora spesso occultate o nascoste, di realtà che per certi versi siamo impreparati a vedere, si ha l'impressione che tutto richieda il «suo» tempo e che sottrarre tempo a processi che umanamente non possono che essere lenti, significhi operare una violenza invisibile¹¹. Tra inizio e fine rimane l'intervallo di «una vita» in cui inizio e fine possono continuamente riposizionarsi e reinventarsi, se solo si comprende che la condizione umana è segnata dall'azione e dalla pluralità. Se si accetta questa verità inquietante ed insieme creativa forse il biodiritto e la bioetica possono lavorare a difesa, a protezione di questo spazio improduttivo, ma decisivo della qualità della vita umana.

11 S. ŽIŽEK, *La violenza invisibile*, tr.it. Milano, 2007.

PAOLO VALERIO, CRISTIANO SCANDURRA

PLURALITÀ IDENTITARIE, QUESTIONI DI GENERE E ORIENTAMENTI SESSUALI: TRA BIOETICA E BIODIRITTO

Sommario: 1. Alcune note terminologiche. 2. Alcuni dati sullo stigma e la violenza contro le *sexual and gender minorities*. 3. Cosa si cela dietro la violenza? 4. Il ruolo della bioetica nelle questioni LGBT: il caso delle omosessualità e dei transgenderismi nella psichiatria. 5. Conclusioni.

1. Quando si discute delle cosiddette questioni LGBT (Lesbica, Gay, Bisessuale e Transessuale/Transgender), è necessario effettuare un'operazione di definizione dei costrutti teorici utilizzati, operazione che risulterà sempre parziale per la complessità del tema. Dietro ad un linguaggio scorretto, infatti, si cela un pericolo che prescinde dal semplice errore linguistico e che abbraccia, al contrario, la possibilità di alimentare pregiudizi e stereotipi o avallare una visione errata della questione. In questo lavoro, si utilizzeranno molti termini che hanno a che fare con le diverse componenti dell'identità sessuale e con i suoi derivati.

Per *identità sessuale* si intende un costrutto multidimensionale che indica una dimensione soggettiva e del tutto personale del proprio essere sessuato. L'identità sessuale non è qualcosa di già dato, ma si costruisce nel tempo attraverso un lungo e complesso processo interattivo dove si intrecciano, in maniera imprevedibile, aspetti biologici, psicologici, socioculturali ed educativi. I modelli attualmente più utilizzati per definire l'identità sessuale sono quelli di Shively e De Cecco¹ e di Lev², secondo i quali essa risulta essere costituita da quattro componenti: il sesso biologico, l'identità di genere, il ruolo di genere e l'orientamento sessuale. Procediamo a definire le singole componenti in modo autonomo, coscienti di stare effettuando

-
- 1 M.G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components of sexual identity*, in *Journal of Homosexuality*, 1977, 3(1), 41-48.
 - 2 A.I. LEV, *Transgender emergence*, London, 2004.

un'operazione analitica che non può rendere lo stretto intreccio ed interdipendenza tra i singoli fattori.

Il sesso è una dimensione biologica che è da riferirsi alle caratteristiche genetiche, ormonali, anatomiche e fisiologiche dell'essere umano. Il sesso è, dunque, caratterizzato dai cromosomi sessuali (XY per il maschio e XX per la femmina), dai genitali esterni, dalle gonadi e dai caratteri sessuali secondari che si svilupperanno solo in pubertà³. La funzione del sesso, però, non sembra fermarsi alle sue sole caratteristiche naturali. Sul sesso, infatti, agisce quel complesso processo di assegnazione sessuale da parte del Terzo che finisce per affidare al soggetto un'etichetta sessuale: ci riferiamo, cioè, all'assegnazione del soggetto al sesso maschile o femminile, processo non certamente 'naturale', quanto piuttosto impregnato di un retaggio socio-culturale. In verità, dietro questo processo di assegnazione (in apparenza semplice e lineare) si cela un "tranello": il corpo è identificato immediatamente a causa delle sue caratteristiche sessuali esterne e visibili. Ma esistono delle condizioni intersessuali – anche dette *Disordini della Differenziazione Sessuale* (DSD) – che indicano tutte quelle condizioni congenite caratterizzate da uno sviluppo atipico del sesso cromosomico, anatomico o gonadico⁴. Tale sviluppo non sempre appare visibile sin dalla nascita, né si può già venire a conoscenza dell'auto-identificazione di genere delle persone intersessuali. Quest'ultimo punto ci ricollega immediatamente al genere. Esso è un costrutto più attinente alla sfera psicologica e socio-culturale che non a quella biologica ed ha che fare con le rappresentazioni interne e sociali della femminilità e della mascolinità. *L'identità di genere* va, dunque, intesa quale senso intimo, profondo e soggettivo di appartenenza

3 E. VILAIN, *Genetics of sexual development*, in *Annual Review of Sex Research*, 2000, 11, 1–25.

4 J. RAZA, G.L. WARNE, *Disorders of Sexual Development*, in A.Y. Elzouki, H.A. Harfi, H. Nazer, W. Oh, F.B. Stapleton, R.J. Whitley (a cura di), *Textbook of Clinical Pediatrics*, Berlin Heidelberg, 2000, 3649–3674; I più frequenti 'Disordini della Differenziazione Sessuale' sono la *Sindrome di Turner* (che colpisce solo le bambine ed è caratterizzata dall'alterazione nella struttura cromosomica causata da uno scorretto appaiamento dei cromosomi durante la meiosi), la *Sindrome di Klinefelter* (che, differentemente dalla precedente, colpisce solo i bambini ed è anch'essa causata da un'anomalia cromosomica, di cui il cariotipo più frequente è XXY), la *Sindrome di Morris* (che si caratterizza per un'interruzione dell'apparato riproduttivo nel feto e che comporta la presenza di cromosomi sessuali maschili e, contemporaneamente, lo sviluppo in senso femminile a causa dell'insensibilità agli androgeni) e l'*Iperplasia Congenita del Surrene* (che colpisce sia i bambini che le bambine ed è dovuta ad un difetto enzimatico trasmesso geneticamente).

ad un sesso e non all'altro⁵. Stoller ha sostenuto che già a 3 anni i bambini sono in grado di identificarsi con il sesso maschile o femminile e che non è possibile modificare l'identità di genere una volta che essa si sia stabilita. L'identità di genere, però, non va considerata come binaria o dicotomica. Esistono diverse sfumature identitarie tali che alcune persone percepiscono di non appartenere strettamente a nessuno dei due sessi biologici. L'identità di genere, infatti, può essere o meno congruente al sesso assegnato alla nascita, assegnazione che, come prima esplicitato, si basa sulla sola apparenza dei genitali esterni. Alcune identità di genere risultano 'non conformi' alle norme culturali e prescrittive che esitano nel binarismo di genere, ovvero quel dispositivo socio-culturale che impone l'esistenza di due generi soltanto, maschile e femminile. Solitamente si utilizza il termine *transgender* per riferirsi a quel gruppo diversificato di persone che attraversano, trascendono o travalicano le definite categorie di genere⁶. Tale termine è relativamente nuovo e venne utilizzato per la prima volta da Virginia Prince⁷ nel 1970 per riferirsi a tutte quelle persone che vivono a tempo pieno in un genere diverso da quello loro assegnato⁸. Questo gruppo include le persone *transessuali* MtF (*male to female*) o FtM (*female to male*), che necessitano di sottoporsi a terapie ormonali e/o chirurgiche per femminilizzare o mascolinizzare il proprio corpo e poter vivere a tempo pieno nel genere di identificazione; i o le *cross-dressers*, che desiderano indossare abiti del sesso opposto a quello loro assegnato; le persone *transgender* che vivono a tempo pieno nel genere di identificazione, prendono o meno ormoni, ma non avvertono il bisogno di sottoporsi ad interventi demolitivo-ricostruttivi di Riassegnazione Chirurgica del Sesso (RCS); le persone *bigender*, che si identificano sia con il genere maschile che femminile; infine, le *drag queens* ed i *drag kings*, che indossano abiti del sesso opposto a quello loro assegnato, adottando atteggiamenti iperfemminili o ipermaschili⁹. Più recentemente, per indicare queste identità fluide rispetto alle cristallizzazioni

5 R. J. STOLLER, *Sex and Gender. The Development of Masculinity and Femininity*. New York, 1968.

6 American Psychological Association, *Guidelines for psychological practice with transgender and gender nonconforming people*, in *American Psychologist*, 2015, 70(9), 832-864.

7 Virginia Prince era un'attivista transgender americana nata nel 1913 a Los Angeles e morta nel 2009. Per un approfondimento della sua vita, si rimanda a R. EKINS, D. KING, *The transgender phenomenon*, London, 2006.

8 A.H. DEVOR, *Who are "we"? Where sexual orientation meets gender identity*, in *Journal of Gay & Lesbian Psychotherapy*, 2002, 6(2), 5-21.

9 W.O. BOCKTING, *From construction to context: Gender through the eyes of the transgendered*, in *SIECUS Report*, 1999, 28(1), 211-224.

binarie del genere maschile e femminile, si sta utilizzando il termine *gender variance*, ovvero varianza di genere¹⁰.

Si è soliti, dunque, scindere dicotomicamente il sesso ed il genere, l'uno appartenente alla sfera puramente biologica, l'altra a quella sociale e culturale. Tale visione binaria, però, è stata messa letteralmente in crisi dai *Queer Studies*. Il sesso, alla stregua del genere, diventa una costruzione socio-culturale naturalizzata con lo scopo di creare un ordine sociale. Foucault¹¹ ha ben mostrato che il corpo non diventa sessuato prima che sia iscritto in un codice normativo di stampo socio-culturale. Prima, cioè, che sia iscritto nel discorso. A causa, però, del controllo dei corpi, la società è come costretta a considerare il corpo come già iscritto nel discorso e a renderlo sessuato ancor prima che possa 'sessuarsi' autonomamente. Basti considerare l'intersessualità e la sua medicalizzazione anche lì dove non c'è rischio per la vita. La società, insieme ai suoi 'surrogati' scientifici, quali la psichiatria, la medicina e la biologia, ha come il bisogno di considerare il sesso in maniera binaria. Ed è qui che agisce tramite interventi chirurgici su neonati, prima che essi possano davvero decidere a quale sesso – e genere – appartenere. La loro è una *diversità negata*¹² attraversata da un'obbligatoria naturalizzazione e normalizzazione dell'identità sessuale.

Continuando il discorso sulle componenti dell'identità sessuale, il *ruolo di genere* è quell'insieme di comportamenti, attitudini e modalità di presentazione sociale che, nell'ambito di uno specifico contesto socio-culturale, è riconosciuto come tipicamente maschile o femminile. Il ruolo di genere, dunque, è la manifestazione pubblica dell'identità di genere, esperienza invece più privata e personale¹³. Questa componente identitaria esprime, per così dire, adattamento sociale alle norme condivise su manierismi, adornamenti, tratti di personalità, vocabolario, interessi, abitudini, ecc. Tutte queste modalità diventano 'tipicizzate' per genere. Se non sono rispettate, verranno percepite come inappropriate. L'esempio più tipico è l'aspettativa sociale che una bambina giochi con le bambole e non con giochi violenti.

Infine, l'ultima componente dell'identità sessuale è l'*orientamento sessuale*. Esso indica la direzione della sessualità e dell'affettività, a livello comportamentale o fantasmatico, verso persone dello stesso sesso (omosessualità), di sesso opposto (eterosessualità) o di ambo i sessi (bisessua-

10 INSTITUTE OF MEDICINE, *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understand*. Washington DC, 2011.

11 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità I*. Milano, 1976, 2001.

12 F. MONCERI, *Oltre l'identità sessuale: Teorie queer e corpi transgender*. Pisa, 2010.

13 J. MONEY, *Gender: History, theory and usage of the term in sexology and its relationship with nature/nurture*, in *Journal of Sex & Marital Therapy*, 1985, 11, 71–79.

lità). Si tratta di un costrutto intrinsecamente relazionale che si costruisce come insieme di altre 3 sotto-caratteristiche¹⁴: 1) esso riguarda le relazioni intime, sessuali e/o romantiche, che possono essere attualizzate tramite comportamenti o rimanere semplicemente un oggetto del desiderio; 2) il focus dell'orientamento sessuale è il sesso biologico del partner reale o potenziale; e 3) esso riguarda pattern duraturi di esperienze e comportamenti tali per cui un singolo caso di desiderio o comportamento sessuale non può definire l'orientamento sessuale di una persona. Più semplicemente, l'orientamento sessuale può essere operazionalizzato come insieme di 3 caratteristiche, ovvero l'attrazione, il comportamento e l'identità.

Le quattro componenti dell'identità sessuale possono tra loro combinarsi in una miriade di modi mai prevedibili poiché influenzati da molteplici fattori incontrollabili. Ciò che le persone transgender ci insegnano è proprio tale imprevedibilità, l'impossibilità di immaginarsi lo sviluppo dell'identità sessuale dell'essere umano. In una società come quella occidentale in cui la differenza e l'incontrollabile ancora creano angosce, la persona transgender è percepita come 'trasgressore dei confini'. Questa percezione blocca la possibilità di pensarla in termini di ricchezza.

2. La letteratura scientifica che si occupa di studiare le violenze rivolte alle persone LGBT riporta dei dati sempre più allarmanti. Non è possibile in questa sede effettuare una rassegna dettagliata di questi dati per motivi di spazio. Ci limiteremo, pertanto, a citare alcuni lavori che, dalla nostra ottica, sembrano ben esplicitare l'allarme di cui si è discusso.

Tra Aprile e Luglio 2012, la *Fundamental Rights Agency* dell'Unione Europea ha lanciato una survey per comprendere i livelli di omofobia e transfobia in Europa¹⁵. Il campione è molto ampio, poiché costituito da 93.079 persone LGBT. Di seguito si riportano i risultati principali: a) quasi la metà dei partecipanti (47%) ha dichiarato di aver subito discriminazioni ed abusi basati sul proprio orientamento sessuale e/o sulla propria identità o espressione di genere l'anno precedente la raccolta dei dati; b) la maggioranza dei partecipanti che è stata vittimizzata nell'ultimo anno ha dichiarato che la violenza subita è avvenuta a causa della percezione dell'abusante dell'identità LGBT (59%); c) la maggioranza dei partecipanti non ha denunciato la violenza alle autorità competenti perché ha creduto che nulla

14 INSTITUTE OF MEDICINE, *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understand*. Washington DC, 2011.

15 European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *European LGBT Survey, 2013*, Report consultabile dal sito http://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-technical-report_en.pdf

sarebbe potuto cambiare; d) il 20% ha subito discriminazioni sul posto di lavoro o quando ha tentato di trovare un lavoro; e) il 18% del campione ha subito discriminazione in ambito scolastico o universitario. *Transphobic Hate Crimes in the European Union*¹⁶ rappresenta, invece, il primo studio quantitativo sui crimini d'odio agiti nello specifico contro le persone transgender europee. Il campione è costituito da 2.669 persone. Di seguito si riportano i risultati principali: a) il 79% del campione ha subito qualche tipo di molestia che varia da commenti transfobici ad abusi fisici e sessuali; b) le forme più comuni di molestie sono rappresentate dai commenti transfobici (44%) e da abusi verbali (27%); c) il 15% ha subito comportamenti intimidatori e il 7% abusi fisici; d) le persone transgender italiane hanno riportato la più alta percentuale di commenti transfobici (51%).

Ciò che, forse, appare ancora più preoccupante è l'effetto che queste violenze subite e/o percepite hanno sulla salute mentale delle persone LGBT. A tal proposito, Gold, Feinstein, Skidmore e Marx¹⁷, su un campione di 342 persone lesbiche e gay, riportano che il 17% degli uomini gay ed il 27% delle donne lesbiche ha vissuto degli abusi fisici nell'infanzia, riportando nel presente livelli più elevati di sintomi depressivi e da stress post-traumatico. Lehavot e Simoni¹⁸, su un campione di 1.381 persone LGB, riportano che il 38% presentava sintomi depressivi ed ansiosi e problematiche legate all'utilizzo di alcol derivanti da abusi e violenze subite. Ancora, Hatzenbuehler, Corbin e Fromme¹⁹ hanno riscontrato un'associazione positiva tra stress esperito a causa dell'appartenenza ad una minoranza e comportamenti sessuali a rischio. Infine, alcune ricerche²⁰

-
- 16 L. TURNER, S. WHITTLE, R. COMBS, *Transphobic Hate Crime in the European Union*. Brussels: International Lesbian and Gay Association Europe, 2009. Report consultabile dal sito http://www.ucu.org.uk/media/pdf/r/6/transphobic_hate_crime_in_eu.pdf
 - 17 S.D. GOLD, B.A. FEINSTEIN, W.C. SKIDMORE, B.P. MARX, *Childhood physical abuse, internalized homophobia, and experiential avoidance among lesbians and gay men*, in *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy*, 2011, 3(1), 50–60.
 - 18 K. LEHAVOT, J.M. SIMONI, *The impact of minority stress on mental health and substance use among sexual minority women*, in *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2011, 79(2), 159–170.
 - 19 M.L. HATZENBUEHLER, W.R. CORBIN, K. FROMME, *Trajectories and determinants of alcohol use among LGB young adults and their heterosexual peers: Results from a prospective study*, in *Developmental Psychology*, 2008, 44(1), 81–90.
 - 20 S.S. ROSTOSKY; E.D.B. RIGGLE, B.E. GRAY, R.L. HATTON, *Minority stress experiences in committed same-sex couple relationships*, in *Professional Psychology: Research and Practice*, 2007, 38(4), 392–400; J.J. MOHR, C.A. DALY, *Sexual mi-*

riportano problematiche di natura affettiva e relazionale a causa dello stigma istituzionale e delle violenze subite.

3. Dietro la violenza agita contro le persone LGBT sembrano celarsi dei dispositivi di potere molto pericolosi che funzionano da regolatori sociali e relazionali. Ci riferiamo, cioè, a quei *dispositivi* o *apparati* di assoggettamento sociale di foucaultiana memoria il cui scopo è il controllo di ciò che destabilisce l'ordine socio-culturale.

Nello specifico ambito dei transgenderismi, Hill²¹ ha sviluppato un modello teorico finalizzato a comprendere ciò che egli definisce *anti-transgender violence*. Per l'autore, questo tipo di violenza si esplica nell'intreccio di tre dimensioni. La prima di esse è il *genderismo*, un'ideologia strutturale che, similmente al sessismo, porta ad una valutazione negativa di tutti i generi che si discostano dal cosiddetto binarismo, ovvero di tutti i generi non dicotomici. Si tratta, quindi, della convinzione che esistano solo due generi e che il genere di ciascuno debba corrispondere immediatamente al sesso assegnato alla nascita. Il genderismo, dunque, rappresenta un sistema complesso di credenze che si stagliano su una visione normativa del genere e che, conseguentemente, finisce per rinforzare una valutazione fortemente negativa della non conformità di genere. Come tutti i dispositivi sociali che ruotano attorno al sesso e al genere, il genderismo è pervasivo e può manifestarsi in modi sottili, quali l'ignoranza o la disinformazione sulla comunità transgender. La seconda componente è, invece, la *transfobia* che Hill²² definisce quale "forza motivante delle reazioni negative verso le persone transgender che comporta la paura e il disgusto nell'osservatore". Se, dunque, il genderismo va inteso come un atteggiamento sociale che subordina le persone transgender e che si manifesta soprattutto in convinzioni culturali e politiche istituzionali, la transfobia è per lo più un fenomeno intrapsichico ed interpersonale. La terza ed ultima componente, infine, è il *gender-bashing*, ovvero l'assalto, il pestaggio, la violenza agita. Si tratta, cioè, del versante più comportamentale della violenza contro le persone transgender. Hill²³ così riassume la relazione tra le tre componenti: «Il gen-

nority stress and changes in relationship quality in same-sex couples, in *Journal of Social and Personal Relationships*, 2008, 25(6), 989–1007.

21 D.B. HILL, *Genderism, Transphobia, and Gender Bashing: A Framework for Interpreting Anti-Transgender Violence*, in B.C. Wallace, R.T. Carter (a cura di), *Understanding and Dealing with Violence: A Multicultural Approach*, California, 2003, 113–137.

22 *Ibidem*, 9.

23 *Ibidem*, 10.

derismo riguarda l'atteggiamento culturale negativo, la transfobia alimenta l'atteggiamento con la paura, il disgusto e l'odio, e il gender bashing è l'espressione violenta di queste credenze. Sebbene genderismo e transfobia spesso esitino in espressioni nascoste di discriminazione ed antipatia, il gender bashing è un'espressione manifesta di ostilità».

Spesso transfobia ed omofobia non sono chiaramente ed immediatamente distinguibili. Cope e Dark²⁴, ad esempio, sostengono che spesso gli insulti a sfondo omofobico sono costituiti da nomignoli legati al genere piuttosto che all'orientamento sessuale. Chiamare un uomo 'checca' significa colpire la sua effeminatezza, ovvero la sua non conformità di genere, piuttosto che il suo orientamento sessuale. Per di più, è proprio la presentazione di genere delle persone – siano esse gay, lesbiche o transessuali – ad essere colpita. Spesso, infatti, l'aggressore non conosce il comportamento o l'orientamento sessuale della sua vittima, ma la denigra e stigmatizza in ragione della sua non conformità di genere.

La confusione che deriva dall'apparente sovrapposizione dell'omofobia e della transfobia è da rintracciare, seguendo le ipotesi di Mizock e Lewis²⁵, nel fatto che il genderismo sembra essere legato più all'eterosessismo che al sessismo. Questo passaggio ci consente di discutere di quest'ultimo dispositivo che, ritornando al titolo del paragrafo, si cela dietro la violenza.

Il concetto di eterosessismo è stato introdotto sulla scena scientifica grazie ai lavori di Herek²⁶. Esso è definito quale «sistema ideologico che nega, denigra e stigmatizza ogni forma di comportamento, identità, relazione o comunità non eterosessuale»²⁷. Insoddisfatto del termine omofobia, eccessivamente incentrato sulle componenti individuali ed intrapsichiche, Herek

24 A. COPE, J. DARK, *Trans accessibility project. Violence intervention and education workgroup*, Ontario, 1999. Report consultabile da <http://www.queensu.ca/humanrights/tap>

25 L. MIZOCK, T.K. LEWIS, *Trauma in transgender populations: Risk, resilience, and clinical care*, in *Journal of Emotional Abuse*, 2008, 8(3), 335–354.

26 G.M. HEREK, *Beyond 'homophobia': A social psychological perspective on attitudes toward lesbians and gay men*, in *Journal of Homosexuality*, 1984, 10(1-2), 1–21; G.M. HEREK, *The context of anti-gay violence: Notes on cultural and psychological heterosexism*, in *Journal of Interpersonal Violence*, 1990, 5, 316–333; G.M. HEREK, *The psychology of sexual prejudice*, in *Current Directions in Psychological Science*, 2000, 9, 19–22; G.M. HEREK, *Beyond 'homophobia': Thinking about sexual stigma and prejudice in the twenty-first century*, in *Sexuality Research and Social Policy*, 2004, 1(2), 6–24.

27 G.M. HEREK, *Beyond 'homophobia': Thinking about sexual stigma and prejudice in the twenty-first century*, in *Sexuality Research and Social Policy*, 2004, 1(2), 16.

conia il termine *sexual stigma*²⁸, ovvero stigma sessuale. Quest'ultimo è lo stigma rivolto a tutto ciò che non è eterosessuale; in altre parole, rappresenta una conoscenza sociale condivisa sullo status svalutato dell'omosessualità²⁹. L'eterosessismo va dunque inteso come una messa in atto istituzionale dello stigma sessuale: «se lo stigma sessuale si riferisce all'avversione della società verso tutto ciò che non è eterosessuale, l'eterosessismo può essere utilizzato per riferirsi ai sistemi che forniscono il fondamento logico e le istruzioni operative per questa avversione»³⁰.

Ritornando dunque alle osservazioni di Cope e Dark³¹ e di Mizock e Lewis³² circa la comparazione tra genderismo ed eterosessismo, gli autori sostengono che come per l'eterosessismo è possibile riconoscere come naturale solo l'eterosessualità, così per il genderismo si può riconoscere la naturalità solo di due generi ben distinti, il femminile ed il maschile. Tutto ciò che si situa al di là di essi è percepito come anormale.

Come, però, il termine omofobia appare insoddisfacente per descrivere l'ampia gamma di emozioni, atteggiamenti e discriminazioni agiti contro l'omosessualità, così anche il termine transfobia ha ricevuto delle critiche teoretiche. Ad esempio, Savin-Williams et al.³³ preferiscono utilizzare il termine *gender prejudice*, ovvero pregiudizio di genere. Ancora una volta,

28 In generale, lo stigma è un fenomeno sociale che si caratterizza per l'attribuzione di una connotazione negativa ad un membro o ad un gruppo di una comunità tale da declassarlo ad un rango inferiore (E. GOFFMAN, *Stigma. L'identità negata*, Verona, 1963, 2003). Esso viene costruito in 4 fasi: 1) scelta delle differenze che possono essere utilizzate per discriminare gli individui; 2) attribuzione degli stereotipi negativi a queste categorie artificiali; 3) distinzione tra stigmatizzati e non-stigmatizzati e 4) perdita di status per l'individuo stigmatizzato. Le dimensioni oggetto di stigma possono essere molteplici. Goffman ne sottolinea tre: le caratteristiche fisiche (ad es., obesità, anoressia, disabilità), psicologiche (ad es., malattie mentali, alcolismo, dipendenza da droghe) ed etniche.

29 G.M. HEREK, *Sexual Stigma and Sexual Prejudice in the United States: A Conceptual Framework*, in D.A. Hope (a cura di), *Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities*, New York, 2009, 65–111.

30 G.M. HEREK, *Beyond 'homophobia': Thinking about sexual stigma and prejudice in the twenty-first century*, in *Sexuality Research and Social Policy*, 2004, 1(2), 15.

31 A. COPE, J. DARK, *Trans accessibility project. Violence intervention and education workgroup*, Ontario, 1999. Report consultabile da <http://www.queensu.ca/humanrights/tap>

32 L. MIZOCK, T.K. LEWIS, *Trauma in transgender populations: Risk, resilience, and clinical care*, in *Journal of Emotional Abuse*, 2008, 8(3), 335–354.

33 R.C. SAVIN-WILLIAMS, S.T. PARDO, Z. VRANGALOVA, R.S. MITCHELL, K.M. COHEN, *Sexual and gender prejudice*, in J.C. Chrisler, D.R. McCreary (a cura di), *Handbook of Gender Research in Psychology. Volume 2: Gender Research in Social and Applied Psychology*, New York, 2010, 359–376.

tale obiezione trova le sue origini nel modello utilizzato da Herek. L'autore, infatti, utilizza un altro concetto fondamentale: *sexual prejudice*³⁴, cioè pregiudizio sessuale. Questo particolare tipo di pregiudizio è il risultato dell'interiorizzazione da parte della maggioranza non-stigmatizzata degli atteggiamenti negativi verso il gruppo stigmatizzato. Il pregiudizio sessuale, cioè, «è lo stigma sessuale interiorizzato che produce la valutazione negativa delle minoranze sessuali»³⁵. Savin-Williams et al.³⁶ preferiscono l'uso di questa terminologia poiché, alla stregua del *sexual prejudice*, anche *gender prejudice* presenta il vantaggio di legare l'ostilità e l'avversione verso i transgenderismi al vasto corpo delle scienze sociali e della ricerca empirica sul pregiudizio, proprio come afferma Herek³⁷. Questo concetto, di più ampio respiro rispetto a quello di transfobia, mette insieme «atteggiamenti negativi, reazioni emotive (paura, disgusto, irritazione, disagio), comportamenti (abusi, violenze) e discriminazioni sociali verso coloro che non sono prontamente categorizzate da se stessi o dagli altri in un sistema binario di genere»³⁸.

4. La bioetica può giocare un ruolo importante nell'eliminazione delle ingiustizie sociali ed istituzionali vissute dalle persone LGBT.

-
- 34 Molto brevemente, il pregiudizio è una valutazione solitamente negativa di una categoria di persone basata su massicce generalizzazioni e sull'attribuzione di una caratteristica specifica ad una persona o ad un gruppo ancor prima di conoscerla o conoscerlo. Esso nasce a causa dell'opera di due meccanismi sociali: 1) la *categorizzazione*, ovvero la creazione di categorie entro cui collocare le informazioni provenienti dall'ambiente, strategia di semplificazione della percezione della realtà che classifica i vari aspetti di un fenomeno sotto un unico concetto; 2) la *generalizzazione*, ovvero l'estensione di quell'aspetto a tutti gli elementi di un gruppo (G. ALLPORT, *La natura del pregiudizio*, Firenze, 1954, 1973).
- 35 G.M. HEREK, *Sexual Stigma and Sexual Prejudice in the United States: A Conceptual Framework*, in D.A. Hope (a cura di), *Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities*, New York, 2009, 74.
- 36 R.C. SAVIN-WILLIAMS, S.T. PARDO, Z. VRANGALOVA, R.S. MITCHELL, K.M. COHEN, *Sexual and gender prejudice*, in J.C. Chrisler, D.R. McCreary (a cura di), *Handbook of Gender Research in Psychology. Volume 2: Gender Research in Social and Applied Psychology*, New York, 2010, 359–376.
- 37 G.M. HEREK, *Beyond 'homophobia': Thinking about sexual stigma and prejudice in the twenty-first century*, in *Sexuality Research and Social Policy*, 2004, 1(2), 6–24.
- 38 R.C. SAVIN-WILLIAMS, S.T. PARDO, Z. VRANGALOVA, R.S. MITCHELL, K.M. COHEN, *Sexual and gender prejudice*, in J.C. Chrisler, D.R. McCreary (a cura di), *Handbook of Gender Research in Psychology. Volume 2: Gender Research in Social and Applied Psychology*, New York, 2010, 366.

La bioetica, infatti, si occupa dei valori e delle norme implicitamente espresse dalle prassi tramite cui la medicina, la giurisprudenza e le politiche pubbliche concepiscono e gestiscono i fenomeni biologici, la pratica medica e la ricerca scientifica. La bioetica può allora assumere un importante ruolo nella valutazione delle modalità di incorporazione che la politica e le scienze umane utilizzano rispetto alle informazioni scientifiche e mediche. Purtroppo, la bioetica ha solo raramente esaminato le modalità tramite le quali la legge e la medicina hanno definito, regolato e spesso oppresso le minoranze sessuali e di genere, ovvero le persone LGBT³⁹. Nel passato, infatti, la legge e la medicina hanno rappresentato delle potenti armi di discriminazione nei confronti delle minoranze sessuali e di genere, annullando la dignità di molti⁴⁰. Basti pensare agli elettroshock, al divieto di specifiche pratiche sessuali ed affettive, alle numerose e sempre incerte diagnosi psichiatriche.

In questa sede, ci soffermeremo su una questione fondamentale che, a nostro avviso, è piuttosto esplicativa del ruolo che la bioetica potrebbe giocare nell'eliminazione delle ingiustizie sociali vissute dalle persone LGBT. Si tratta di una tematica che rientra a pieno titolo nel campo della salute mentale e che si interfaccia intimamente con la bioetica. Ci riferiamo, cioè, alle diagnosi psichiatriche passate ed attuali rivolte agli orientamenti sessuali e alle identità di genere. Proveremo, dunque, a tracciare brevemente le storie delle diagnosi psichiatriche di omosessualità e transgenderismi⁴¹. Non a caso utilizziamo il termine "storia" al plurale. Omosessualità e transgenderismi non sono infatti sinonimi e la psichiatria ha destinato a queste due dimensioni esiti differenti, seppur intrecciati in alcuni punti.

L'omosessualità è stata considerata una patologia mentale sin dalla prima edizione del Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (DSM)⁴² e inserita tra i «Disturbi sociopatici di personalità». Nella seconda

39 T. POWELL, M.B. FOGLIA, *The time is now: Bioethics and LGBT issues*, in T. Powell, M.B. Foglia (a cura di), *LGBT Bioethics: Visibility, Disparities, and Dialogue, special report, Hastings Center Report*, 44(5), 2014, 2–3.

40 *Ibidem*.

41 Per una trattazione più esaustiva sul percorso storico dei transgenderismi, si rimanda ad alcuni lavori di chi scrive, tra cui P. VALERIO, M. BOTTONE, R. GALIANI, R. VITELLI, *Il Transessualismo. Saggi Psicoanalitici*, Milano, 2001; R. VITELLI, P. VALERIO, *Sesso e genere. Uno sguardo tra storia e nuove prospettive*, Napoli, 2012.

42 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, First Edition (DSM-I)*. Washington, DC, APA, 1952.

edizione del DSM⁴³, l'omosessualità fu invece considerata una deviazione sessuale, alla stregua della pedofilia e della necrofilia, trovando posto tra i «Disturbi mentali non psicotici». Nel 1972, alcuni psichiatri dimostrarono l'inconsistenza di una siffatta diagnosi, richiedendo la depatologizzazione della stessa. La decisione di eliminare la diagnosi fu presa unanimemente da 13 componenti dell'*American Psychiatric Association* (APA). Su proposta di Socarides e Bieber, due psichiatri di stampo psicoanalitico a favore della patologizzazione dell'omosessualità, tale decisione venne sottoposta a referendum. Tutti gli iscritti dell'APA dovettero votare pro o contro l'eliminazione della diagnosi. Il risultato fu favorevole, grazie al 58% dei partecipanti. Nel 1973, dunque, l'omosessualità venne eliminata dal DSM, ma fu creata una nuova diagnosi definita «Omossessualità egodistonica» indicante quella sofferenza dovuta all'incapacità di accettare la propria omossessualità non riuscendo ad integrarla nella propria persona. Bisognerà attendere il 1990 per la completa e definitiva derubricazione dell'omosessualità che entrò in vigore con la quarta edizione del DSM⁴⁴ (APA, 1994). Sempre nel 1990 anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) eliminò l'omosessualità dall'elenco delle malattie mentali definendola come «una variante naturale del comportamento sessuale umano». Al contrario dell'omosessualità, la diagnosi relativa alle identità di genere non conformi ha una storia più recente, che comincia nel 1980, precisamente con la terza edizione del DSM⁴⁵. In questa edizione del manuale, si utilizzava l'etichetta diagnostica di «Transessualismo» collocata nel capitolo «Disturbi Psicosessuali» e, nello specifico, nel sotto-capitolo «Disturbi dell'Identità di Genere». Le diagnosi erano: «Transessualismo», «Disturbo dell'Identità di Genere nell'Infanzia» e «Disturbo Atipico dell'Identità di Genere». La revisione della terza edizione del DSM⁴⁶ comportò notevoli modifiche. Il transessualismo venne collocato nel capitolo dei «Disturbi Solitamente Diagnosticati per la Prima Volta nell'Infanzia, nella Fanciullezza e nell'Adolescenza». Nello specifico, si annoveravano le seguenti diagnosi: «Transessualismo», «Disturbo dell'Identità di Genere nell'Adolescenza e nell'Età Adulta – Tipo Non-Transessuale» (GIDAANT) e «Feti-

43 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Second Edition* (DSM-II). Washington, DC, APA, 1968.

44 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM IV. Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*. Milano, 1994, 1996.

45 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM III. Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*. Milano, 1980, 1983.

46 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM III-R. Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*. Milano, 1987, 1988.

cismo da Travestitismo». Nella quarta edizione del DSM⁴⁷, così come nella sua revisione⁴⁸, il transessualismo viene incorporato nei «Disturbi dell'Identità di Genere» (DIG), specificamente nella sezione «Disturbi Sessuali e dell'Identità di Genere». A seconda del momento evolutivo – infanzia, adolescenza o età adulta – sono fornite diagnosi differenti con specifici sintomi. Attualmente, con la pubblicazione della quinta edizione del DSM⁴⁹, non si parla più di DIG, ma di «Disforia di Genere». È da sottolineare che, con l'eccezione della revisione del DSM-III, il transessualismo è sempre stato posto al fianco o delle Parafilie o dei Disturbi Sessuali. Le identità di genere non conformi al sesso assegnato alla nascita, dunque, ancora oggi sono considerate da una prospettiva patologizzante. Tutte le voci esterne⁵⁰ che premevano affinché con la pubblicazione del DSM-5 questa condizione identitaria fosse depatologizzata sono state considerate dalla psichiatria solo fino ad un certo punto. Sono state, infatti, apportate notevoli ed importanti modifiche diagnostiche che, in qualche modo, percorrono una strada meno patologizzante di quella degli anni passati⁵¹, ma la diagnosi è rimasta e, con essa, le problematiche etiche che comporta. Sebbene l'omosessualità sia stata da anni depatologizzata, ancora oggi sussistono una serie di tecniche terapeutiche che si proporrebbero di modificare l'orientamento sessuale del cliente. Si tratta delle cosiddette *terapie riparative* che tentano di convertire l'omosessualità del cliente in eterosessualità, da un'ottica per l'appunto riparativa⁵². L'efficacia di queste terapie non è mai stata dimo-

47 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM IV. Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*. Milano, 1994, 1996.

48 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM IV-TR. Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*. Milano, 2000, 2001.

49 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-5. Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*. Milano, 2013, 2014.

50 S. VANCE, P.T. COHEN-KETTENIS, J. DRESCHER, H.F.L. MEYER-BAHLBURG, F. PFÄFFLIN, K.J. ZUCKER, *Opinions about the DSM Gender Identity Disorder diagnosis: Results from an international survey administered to organizations concerned with the welfare of transgender people*, in *International Journal of Transgenderism*, 2009, 12, 1–14.

51 Per un approfondimento sulle modifiche diagnostiche apportate dalla recente pubblicazione del DSM-5, si rimanda al lavoro di Zucker e colleghi intitolato *Memo Outlining Evidence for Change*; K.J., ZUCKER, P.T. COHEN-KETTENIS, J. DRESCHER, H.F.L. MEYER-BAHLBURG, F. PFÄFFLIN, W.M. WOMACK, *Memo outlining evidence for change for Gender Identity Disorder in the DSM-5*, in *Archives of Sexual Behavior*, 2003, 42, 901–914.

52 A tal proposito, si rimanda il lettore alle *Linee Guida per il lavoro psicologico con persone omosessuali: questioni etiche e deontologiche*, pubblicate da Paolo Valerio, Dalila Barretta, Martina De Cesare, Rosalba Di Biase, Rosaria Scaram-

strata, a differenza dei danni psicologici che produce⁵³. Il discorso non è poi così diverso per le persone transgender. Le terapie riparative, infatti, possono essere applicate anche alle persone che vivono una discordanza tra il genere percepito e quello loro assegnato alla nascita, tentando di far “rientrare” la disforia, piuttosto che, tramite un approccio affermativo, sostenere l’espressione di genere più congruente al soggettivo sentire. Come allora sostiene Solomon⁵⁴, sembra che tutta la questione ruoti attorno al fatto se le omosessualità e i transgenderismi siano scelte identitarie o qualità intrinseche della persona e che la propensione a credere che si tratti di una scelta consapevole finisca per responsabilizzare il soggetto e, di rovescio, considerarlo malato, perverso, soggetto da curare.

È chiaro, dunque, che ogni forma di diagnosi psichiatrica – nonostante la sua preziosa funzione di dialogo e comprensione – e, con essa, i relativi trattamenti terapeutici, ha degli importanti risvolti di natura etica e sociale che non possono e non devono essere sottovalutati dalla comunità scientifica. È, quindi, fondamentale prestare molta attenzione all’utilizzo che si fa della diagnosi psichiatrica perché, come ben mostrano i “casi” dell’omosessualità e dei transgenderismi, si tratta sempre di nosografie dal contenuto diacronicamente variabile, le cui nozioni di patologia e normalità risentono della cultura, dell’evoluzione sociale e dei costumi. Per di più, non si può sottovalutare il ruolo della diagnosi quale potenziale propulsore di stigma sociale che molto facilmente viene interiorizzato e che, in un circolo vizioso, può manifestarsi in comportamenti di evitamento rivolti ai servizi sanitari proprio per paura di impattare con lo stigma⁵⁵. La bioetica, allora, può senz’altro promuovere e diffondere un approccio critico nei confronti delle categorie nosografiche, contribuendo al processo di depatologizzazione degli universi non patologici, come nel caso delle omosessualità. Come precedentemente mostrato, infatti, la patologizzazione è spesso indotta da fattori sociali e culturali e patologizzare una condizione di per

bone, Elisabetta Sepe, Roberta Sorrentino e Valentina Zamparelli sul sito dell’Ordine degli Psicologi della Campania. Le linee-guida possono essere scaricate al seguente link <http://www.psicamp.it/public/opere/2832-linee%20guida%20lavoro%20psicologico-lgbt.pdf>

- 53 AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, *Insufficient evidence that sexual orientation change efforts work*, says APA, report scaricabile da <http://www.apa.org/news/press/releases/2009/08/therapeutic.aspx>
- 54 A. SOLOMON, *Identity or behavior: A moral and medical basis for LGBTQ rights*, in T. Powell, M.B. Foglia (a cura di), *LGBT Bioethics: Visibility, Disparities, and Dialogue, special report*, *Hastings Center Report*, 44(5), 2014, 4–5.
- 55 D. BEN-ZEEV, M.A. YOUNG, P.W. CORRIGAN, *DSM-V and the stigma of mental illness*, in *Journal of Mental Health*, 2010, 19(4), 318–327.

sé non patologica non può non avere effetti nocivi e controproducenti sulle soggettività colpite.

5. In questo lavoro, abbiamo tentato di mostrare come determinate prassi medico-legali finiscano per promuovere una visione delle differenze sessuali e di genere impregnata da pregiudizi di stampo omofobico e transfobico che poco hanno a che fare con un apporto scientifico e laico e che si allontanano dall'originario obiettivo di promozione del benessere e di tutela della persona. La bioetica deve, allora, confrontarsi con la storia ed aiutare la società ad assumersi delle responsabilità per il passato ed il presente. Il rischio, altrimenti, è l'assoggettamento della stessa bioetica a quegli apparati di poteri che hanno rappresentato il *fil rouge* del presente lavoro. La bioetica, allora, potrebbe intervenire sulle questioni legate agli orientamenti sessuali e alle identità di genere ponendo al centro del suo discorso il principio/diritto di autodeterminazione e riflettendo sulle prassi più corrette affinché le discipline mediche e legali mantengano la propria posizione statutaria senza, però, intaccare questo diritto. Siamo, infatti, fermamente convinti che la disciplina della bioetica, in una funzione prettamente applicativa data la sua trasversalità ai più diversi saperi delle scienze umane, potrebbe indubbiamente facilitare l'instaurazione di un dialogo laico e basato su valori e principi morali universali che non potrebbero che facilitare la promozione del benessere bio-psico-sociale dei gruppi minoritari stigmatizzati. D'altronde, nella sua accezione più pulita, la bioetica va intesa quale scienza che regola il comportamento umano nel settore della vita e della salute. Noi pensiamo che ciò che vada regolato non è certamente il comportamento umano delle *minoranze*, quanto quelle delle *maggioranze* e, ancor meglio, dei dispositivi scientifici che hanno il potere di patologizzare e, quindi, anche di depatologizzare la variabilità – sempre ricca e interessante – degli esseri umani.

EUGENIO LECALDANO

L'ETICA E L'IDENTITÀ SESSUALE E DI GENERE: UNA DISCUSSIONE CRITICA

Sommario: 1. L'etica, la bioetica e il pluralismo identitario. 2. Una possibile tassonomia dei giudizi di identità e la loro critica filosofica. 3. Un breve excursus sui problemi dell'identità di gruppo e sulle difficoltà dell'identità sociale. 4. Una ricostruzione positiva dell'identità. 5. Vari contesti per i problemi dell'identità sessuale e di genere.

1. La riflessione etica ha dovuto spesso confrontarsi con quello che viene categorizzato come “pluralismo identitario”. Negli ultimi decenni questa riflessione è stata particolarmente vivace nell'area di quella ramificazione dell'etica che è la “bioetica in senso stretto”¹, ovvero l'elaborazione critica che gli esseri umani in generale non hanno potuto evitare su tutta una serie di questioni connesse con il curarsi, morire e fare nascere la prole. Queste pratiche hanno infatti non solo presentato alternative nuove per gli esseri umani, ma hanno chiaramente documentato un confronto tra persone con diversità culturali, religiose e morali molto profonde. Basta fare riferimento alla pratica – di certo fortemente connessa con le questioni che vengono affrontate in questo scritto sull'identità sessuale e di genere – della procreazione assistita per potere rinviare ad un gran numero di situazioni in cui l'impegno a fare nascere la propria prole ha fatto emergere dagli anni Ottanta del secolo scorso diversità profonde. In numerosi contesti, per cercare di categorizzare queste diversità, si è ritenuto di potere ricorrere ad una sorta di chiave interpretativa di fondo che indicava il compito di confrontarsi con le pluralità identitarie riconoscibili nel contesto storico e culturale. Metteremo in discussione la legittimità di questo approccio esponendo le argomentazioni di quella linea filosofica che contesta radicalmente tutte le assunzioni di fondo dell'identitarismo: in primo luogo, che sia appropriato parlare di una

1 Una presentazione e caratterizzazione della nozione di “bioetica in senso stretto” e di altre nozioni che verranno riprese in questo scritto si può trovare in E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, (1999), Nuova edizione riveduta e aggiornata, Roma – Bari, 2005.

qualche identità essenziale di ciascun essere umano; poi, che tale identità debba passare necessariamente attraverso una relazione intrinseca con una cultura di appartenenza; e ancora, che questa appartenenza debba essere ricondotta ad una dimensione di tipo unitario ed esclusivo coincidente con un mondo di valori spirituali e religiosi. Estenderemo queste argomentazioni alla più specifica problematica che si incontra quando l'identità e la pluralità identitaria vengono utilizzate per avere a che fare con le questioni di riconoscimento della sessualità e del genere delle persone.

Un discorso in termini di pluralità identitarie – come è chiarito da Rossella Bonito Oliva² – richiede che si approfondisca il significato della nozione di identità, se ne determinino con maggiore precisione i vari contesti d'uso e si affronti la questione dell'eventuale cambiamento che questa nozione subisce nel nostro mondo attuale. Questo lavoro di analisi concettuale sembra tuttora essere prerogativa della ricerca filosofica e ad esso, quasi esclusivamente, dedicherò questo mio intervento. Prima di entrare nel merito dell'analisi concettuale voglio però precisare l'ambito di problemi che prendo a riferimento. Si tratta di questioni che mettono in gioco il campo dell'identità sessuale degli esseri umani che negli ultimi anni ha coinvolto la riflessione non solo per la varietà di orientamenti con cui ci si è dovuti confrontare, ma anche per le scelte di identità sessuale e di genere che sono divenute possibili per gli sviluppi della medicina nelle aree delle trasformazioni chirurgiche della sessualità e, più in generale delle possibilità di procreare e svolgere ruoli genitoriali non pienamente categorizzati nel passato. Questo ordine di questioni ha una forte ricaduta istituzionale, basta ricordare che essa si presenta aprendo ad esempio il mio passaporto elettronico che opera da documento di identificazione. In esso vi è una categoria di riconoscimento indicato da M, che sta ovviamente per Maschio (su quello di mia moglie c'è invece una F). Vorrei indagare le questioni connesse con la natura di questa identificazione sessuale o di genere: il criterio di applicazione che tale clausola comporta; la legittimità che le istituzioni pubbliche usino questo tipo di criterio di identificazione; i problemi che nascono laddove le istituzioni pubbliche ricorrono ad un uso semplificato di tale criterio di identità sessuale sul piano della vita di relazione familiare e sociale. La ricaduta normativa della mia analisi con-

2 R. BONITO OLIVA, *Introduzione* al volume da lei curato *Identità in dialogo. La libertà des Mers*, Udine, 2012, 9- 21 in particolare: “La questione dell’identità.. impegna tanto una ricerca e una riflessione sul presente, quanto una problematizzazione delle categorie usate nell’approccio all’articolazione delle specificità che ne ha condizionato la visibilità” (p. 12). Il volume raccoglie gli Atti del Convegno organizzato dal CIRB a Napoli il 12 e 13 ottobre 2011.

attuale sarà solo accennata e dico subito che non intendo spingermi fino al rifiuto completo di identificazioni sessuali e di genere: certamente tali identificazioni sembrerebbero del tutto legittime all'interno del contesto di sviluppo di una vita umana individuale o sul piano intersoggettivo se qualcuno vi ricorre in termini pragmatici di vita comune quotidiana o terapeutici, senza pretendere di catturare dicotomie di natura ontologica, metafisica, di biologia naturale o di tipologie caratteriali transculturali.

L'ordine di questioni che prendo a riferimento sono quelle documentate ad esempio in una mostra tenuta alla Wellcome Collection di Londra nel 2010³ e che ricostruisce la lotta fatta in Gran Bretagna da una serie di persone per fare accettare pubblicamente il cambiamento dell'identità sessuale attribuita loro alla nascita. In particolare viene ricostruita la vicenda biografica di April Ashley nata a Liverpool nel periodo della Seconda guerra mondiale come George Jamieson che non si accontentò di "apparire" del sesso opposto, ma volle effettivamente divenire una donna. Ricorse quindi a cure ormonali e ad un'operazione nel maggio 1960 in Marocco, che rimosse i testicoli e modificò i tessuti nervosi creando, al posto del pene, una vagina. Ma tornata in Inghilterra visse il conflitto tra questa sua realtà e il fatto ufficiale della sua identità. La legge a quei tempi non permetteva il riconoscimento del sesso che lei aveva scelto e solo dopo l'approvazione, nel 2004, del "Gender Recognition Act" vede accolta nel settembre 2005 la sua richiesta di fare comparire il genere femminile sul passaporto senza riferimento al genere originario. In modo non meno interessante la mostra documenta la vita e il contributo di Claude Cahun, nata in Francia nel 1904 come Lucie Schwob. Il contributo di Cahun è stato quello di accumulare fotografie di sé che rendono impossibile attribuirle una precisa identità sessuale in termini di femminilità: egli scriveva "Io è un altro- e sempre multiplo". L'attività fotografica di Claude Cahun era rivolta a lottare esplicitamente contro la cultura nazista e il suo tentativo di giudicare gli individui riconducendoli a identità fisse. L'ampia mole di autoritratti lasciata da Claude Cahun viene spesso utilizzata nella successiva discussione sulle identità fratturate o multiple. La mostra documenta anche il superamento nella cultura inglese, nel corso del XIX e XX secolo, di alcuni approcci alle identità umane per così dire riduzionisti: in particolare viene ricostruita la storia del diffondersi ed entrare in crisi sia della frenologia di Franz Joseph

3 Da vedere il volume dal titolo *Identity and Identification*, London, Black Dog Publishing, 2009 che è il catalogo della mostra che si è tenuta alla Wellcome Collection dal febbraio all'aprile 2010

Gall (1758 – 1828) sia dei tentativi biometrici sui tipi facciali umani fatti in epoca vittoriana da Francis Galton (1822 – 1911).

L'esito che così viene documentato è un pieno riconoscimento del pluralismo anche dal punto di vista sessuale e di genere. L'ottica di ricondurre gli esseri umani alla netta alternativa di una sessualità maschile e femminile resa evidente fin dalla nascita, ammesso che abbia funzionato nel passato, risulta oggi non solo riduttiva e carente, ma proprio deformante. Si tratta di diversità a base biologica che possono essere riconosciute a posteriori e che vanno sempre coniugate insieme al riconoscimento di genere che la persona stessa elabora nel corso della sua vita. Ammesso che noi qui si voglia categorizzare la presenza di vere e proprie identità sessuali o di genere, certo queste categorizzazioni non giustificano estrapolazioni di tipo generalizzante su quella che è la vita che condurrà (o dovrebbe essere condotta) da una persona cui si attribuisce una certa sessualità o genere, e non si tratta nemmeno di classificazioni tanto rigide che predeterminano la vita di relazione o di gruppo che le singole individualità condurranno (o dovranno condurre). L'apertura ad un uso pluralistico dei riconoscimenti sessuali e di genere è incorporata in abitudini di vita e regole etiche e giuridiche in alcuni paesi del mondo, in altri invece permane un uso forte dell'identità che in definitiva non permette di riconoscere pienamente la pluralità umana in questa dimensione. Il nostro paese si trova forse a mezza via tra riconoscimento avanzato delle pluralità, e ciò che comporta a livello etico e giuridico la persistenza di residualità di un approccio tradizionale. Qualcosa di analogo del resto a quello che succede per il riconoscimento pieno della pluralità identitaria a livello religioso e in generale culturale. Senza una sessualità e una religiosità fissa non si è nessuno, nemmeno un cittadino e una cittadina costituzionalmente riconosciuta: una tendenza questa ad assimilare il funzionamento di sessualità e religiosità che mostra una diffusa presenza di un concetto molto forte di "identità". Molti sono i modi per documentarlo, ci limitiamo a rinviare ad un passo di un libro dell'attuale presidente del Comitato nazionale per la Bioetica. Casavola – membro in passato della Corte Costituzionale e riconosciuto come cattolico illuminato – criticando la grande varietà di pratiche riconoscibili nell'area della fecondazione assistita conclude: "La moltiplicazione degli autori di una vita può essere entusiasmante come segno del progresso delle tecnologie artificiali, non lo è dal punto di vista della coincidenza della identità biologica e sociale cui ha diritto ogni persona umana, né dal punto di vista della crescita responsabile della società attraverso scelte non egoistiche."⁴ Come si vede,

4 F. CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, 2013, 60.

viene affermato un vero e proprio “diritto di ogni persona umana” ad una coincidenza della sua identità sociale con quella biologica.

Tenuto conto delle difficoltà ancora molto diffuse nel nostro paese per un uso del concetto di identità in termini forti e sostantivi, non è forse del tutto inutile ricordare qui le linee principali di una lunga tradizione critica che – in realtà specialmente nella cultura anglosassone – è stata elaborata per avere a che fare con i giudizi sull'identità personale e sociale.

2. Se vogliamo capire quale uso può avere la nozione di identità per il riconoscimento e l'attribuzione di una identità sessuale agli esseri umani o persone, un primo lavoro che va fatto è quello di provare a distinguere sia pure schematicamente tra diversi usi del concetto di identità. In primo luogo, dovremo distinguere tra giudizi in cui l'identità viene usata per cercare di rispondere alla domanda se si tratta – sul piano numerico – della stessa realtà, persona od oggetto o meno e dunque abbiamo giudizi di identità come giudizi di reidentificazione. Dall'altra abbiamo invece quei giudizi che cercano di caratterizzare quella che è l'identità propria di una qualche realtà o oggetto, ovvero rispondono alla domanda di che cosa fa sì che quell'oggetto sia di quel tipo piuttosto che di un altro. Entrambi i tipi di giudizi di identità possono coinvolgere individualità di ordine diverso, per semplificare oggetti materiali, esseri viventi o esseri umani. Sembra evidente che il passaggio da una serie di realtà coinvolte ad un'altra rende i giudizi di identità sempre più difficili e complessi a seconda del livello di strutturazione degli esseri cui lo si attribuisce. Di conseguenza sempre più controversi risultano i criteri mediante i quali si può controllare l'accettabilità o meno di queste attribuzioni.

Ma la nozione di identità viene spesso utilizzata non solo con riferimento a singole individualità ma per rinviare anche a gruppi o insiemi di individualità: ad esempio in qualche senso si sostiene che tutti gli italiani condividano una qualche identità, ma anche tutti gli appartenenti ad una chiesa sono riconoscibili come membri della stessa comunità o gruppo. L'identità attribuita ai gruppi è ancora più complicata di quella attribuita alle individualità a causa della struttura più complessa e naturalmente enormi sono le discussioni su quali siano queste identità di gruppo o d'insieme e su che base noi siamo autorizzati a farle valere. Un uso di identità correlato con i due precedenti, ma anche con una logica del tutto propria è quello che rende esplicito il senso normativo della parola. Il fatto linguistico sembra essere che avere una identità è una cosa importante e che sul piano delle relazioni interpersonali e sociali vi è tutta una serie di connessioni che ruota intorno alla importanza attribuita all'identità. Vi sono infatti processi, di cui si è avuta un'ampia esperienza negli ultimi decenni, che mettono

in gioco il riconoscimento di una identità. Questo avviene sia per quanto attiene l'identità individuale che per quanto attiene l'identità di gruppo.

Ma accettare una tassonomia del genere è solo qualcosa di preliminare. Si tratta infatti di avere una elaborazione critica in grado da una parte di spiegare le diversificazioni che abbiamo fornito e dall'altra di sapere distinguere tra analisi corrette ed errate di questi diversi usi della nozione di identità. Per fare questo ci dobbiamo spingere al di là del linguaggio comune e ricordare sia pure brevemente gli esiti raggiunti dalla ricostruzione filosofica della nozione di identità. A livello filosofico si procede sulla strada ad esempio fatta valere da Derek Parfit che distingue nettamente tra concezione semplice e complessa della identità⁵. La concezione semplice è quella che riprende in definitiva l'interpretazione fornita dalla teologia e metafisica, che indicavano l'identità di una persona o individualità umana in una peculiare sostanza propria di questa persona: sostanza che veniva anche interpretata spesso in termini di anima. Riprendendo la riflessione critica che su questa interpretazione del significato di identità viene condotta da David Hume⁶ possiamo procedere mettendo da parte la pretesa di radicare i nostri giudizi sulla identità nostra o delle altre persone su una qualche conoscenza (spesso metafisica ed intuitiva) di un correlato ontologico. In senso positivo possiamo poi procedere elaborando l'impostazione di Hume che ha fortemente influenzato l'empirismo e il naturalismo moderno e contemporaneo secondo la quale l'attribuzione di identità è sempre correlata ad una qualche realtà complessa e dunque tale nozione va vista esclusivamente come un predicato cui la mente umana ricorre per mettere ordine nelle sue esperienze. Un predicato che non è ricavato dalle categorie a priori della Ragione umana universale, ma che piuttosto viene fatto valere dall'immaginazione nel momento in cui nell'esperienza relativa a qualche oggetto o individualità personale sono riconoscibili determinate relazioni fra i diversi contenuti di esperienza in tempi diversi. Hume argomenta che

5 Un contributo decisivo alla riflessione contemporanea sulla questione dell'identità personale è quello fornito da Derek Parfit, *Ragioni e persone*, Milano, Il Saggiatore, 1898. Quanto Parfit suggerisce a proposito della identità personale viene utilizzato nel mio libro *Bioetica. Le scelte morali*, cit., specialmente capitolo IV, 239 – 244 per discutere alcune della questione al centro della riflessione bioetica. Si potrebbero indicare molti lavori sulla elaborazione della nozione di identità personale, mi limito a suggerire: Michele di FRANCESCO, *L'io e i suoi sé. Identità personale e scienza della mente*, Milano, Cortina, 1998; RAYMOND MARTIN & JOHN BARRESI, *The Rise and Fall of Soul and Self. An Intellectual History of Personal Identity*, New York, Columbia University Press, 2006.

6 Specialmente in David HUME, *Trattato sulla natura umana*, Roma –Bari, 1987 le citazioni nel testo rinviano a questa traduzione.

la relazione di identità non può mai essere giudicata come perfetta – nemmeno per oggetti quali le rocce, i tavoli ecc. – in quanto noi possiamo sempre separare le impressioni che abbiamo di uno stesso bicchiere che è davanti a noi per un certo tempo e dunque non si tratterà di un'unica impressione, ma di più impressioni in tempi diversi e la connessione che noi istituiamo tra di esse mette in relazione contenuti non esattamente identici. Certamente ancora più complicata è la base di esperienza a cui possiamo provare a richiamarci per spiegare il giudizio che diamo non già su oggetti dotati di una loro fissità e persistenza, ma su noi stessi o sugli altri: il giudizio secondo il quale concludiamo che si tratta della stessa identità o della medesima persona. L'unica nozione possibile di identità in questo caso è una concezione complessa che fa dipendere questa attribuzione da una costante riconsiderazione dei dati che l'esperienza fornisce sugli esseri umani coinvolti, facendo emergere in questi dati una connessione di rassomiglianza e continuità. Connessione di rassomiglianza e continuità che nel caso dell'attribuzione che noi facciamo a noi stessi dello stesso sé o personalità viene aiutata dalla memoria, ovvero dal ricordo che abbiamo delle nostre esperienze precedenti come effettivamente nostre.

Ma passiamo all'altro uso di identità nel quale non è in gioco una domanda di reidentificazione numerica, ma piuttosto un problema di caratterizzazione e di classificazione categoriale. Nel caso di questi ultimi usi di identità vanno affrontate tutte le questioni relative alla indagine su quali sono le caratteristiche che rendono quella certa individualità quel tipo di essere: la domanda classica è quella che si chiede che cosa caratterizza un essere umano in quanto tale e ne fa dunque una persona umana. Ma ancora una volta questo tipo di domande non sembra potere più avere la risposta semplice che veniva data all'epoca del sapere metafisico e teologico. Nessuno accetterebbe più la risposta che l'identità che caratterizza gli esseri umani in quanto tali è quella di essere persone razionali dotate di anima.

Non solo è preclusa questa strada che interpreta in termini metafisici (o addirittura teologici) l'identità personale umana, ma poi non è nemmeno più percorribile – come spiegheremo nell'ultima sezione di questo scritto – la strada secondo la quale gli esseri umani sono delle individualità biologiche di sesso o maschile o femminile. Difficoltà ancora maggiori sorgono se invece di determinare l'identità di una persona individuale proviamo a determinare l'identità di un gruppo o comunità. Dobbiamo dunque procedere con la consapevolezza che le questioni sull'identità propria, peculiare (o secondo alcuni speciale) che hanno a che fare con persone umane, siano esse prese individualmente o come appartenenti a un qualche gruppo, sono forse praticamente irrisolvibili, essendo dipendenti da usi di criteri

niente affatto fissi né condivisi. Tanto è vero che sarebbe preferibile non fare un uso per così dire prioritario e costitutivo dei nostri giudizi di identità anche perché si dovrebbe essere consapevoli che questi giudizi non possono venire formulati senza assumere in modo più o meno esplicito dei criteri normativi. Elaboriamo ulteriormente quanto abbiamo già accennato: la diversità di genere tra maschio e femmina come unica alternativa possibile dell'identità sessuale umana non solo comporta l'assunzione di una concezione semplice delle identità sessuali, ricondotte esclusivamente ad una qualche base biologica e corporea. Ma si accompagna implicitamente all'uso di modelli normativi fallaci, che riconducono capacità e funzionamenti delle persone individuali al ruolo che sarebbe proprio, per l'eternità, del loro sesso o genere: un modo appunto per connettere strettamente e necessariamente identità sociale e biologica e mettere al centro di tutto questo la vita sessuale. Si finirà con il sostenere ad esempio che la riproduzione e la gravidanza sessuale, in generale la maternità, è propria delle persone umane con identità femminile e si suggeriranno anche alcuni impliciti criteri sulla vita biologica e sessuale sana e normale collegate alla identità sessuale propriamente maschile e femminile quali “la vita femminile può fiorire solo con la gravidanza e mettere al mondo una prole”; “solo una coppia eterosessuale può garantire una crescita sana alla propria prole”; “nessuna pratica procreativa che non preveda una figura femminile ed una maschile può essere giustificata per legge”; “uno sviluppo normale di un essere umano può essere garantito solo con la crescita in una coppia eterosessuale – stabile e coniugata legalmente – e in assenza di tali condizioni non sarà permessa nemmeno l'adozione”. Dunque un uso così forte dell'identità propria degli esseri umani genera espressioni come quelle che abbiamo ricordato, che in particolare includono la ricorrenza di nozioni quali “normale”, “sano”, “naturale” ecc. del tutto inaccettabili. Affermazioni del genere vanno per altro rifiutate già sul piano di una mera analisi concettuale in quanto assumono erroneamente una nozione di identità perfetta sia sul piano della reidentificazione come su quello della caratterizzazione. Viceversa la nostra concezione complessa della identità muove dalla constatazione che ogni individualità umana è diversa e lo sviluppo che essa ha è largamente imprevedibile. Di certo anche questa concezione complessa ha una estensione normativa portando a richiedere che la nostra cultura e le nostre istituzioni sociali e politiche siano strutturate in modo tale da contenere tutto questo processo.

3. Le attribuzioni di identità a livello di gruppo o comunità sono ancora più complicate. La stessa impostazione che ritiene di potere parlare di una identità di gruppo come qualcosa di diverso dalle identità delle persone che

lo costituiscono, sembra difettosa e inaccettabile. Sulla dinamica dell'identità nei gruppi e nelle comunità sembra difficile fare meglio di quello che ha fatto Amartya Sen⁷. Il punto è che i processi di semplificazione analitica della complessa nozione di identità una volta calati nelle relazioni interpersonali e di gruppo si trasformano in vere e proprie violenze, come quella di fare dipendere l'identità di una persona necessariamente dalla sua appartenenza ad un gruppo, o ancora quella di identificare come prioritaria e rilevante una delle tante appartenenze che lo caratterizzano (poniamo quella religiosa). Ma violenza e coercizione maggiore si hanno quando poi si somma un uso forte di identità personale ad un uso forte di identità di gruppo e allora ci troviamo di fronte a quei meccanismi di esclusione o subordinazione che ad esempio le donne vivono sulla base della sola loro sessualità e genere ancora in quasi tutte le società umane e certamente in tutte le comunità religiose.

Ci si trova spesso di fronte ad un uso molto semplificato e acritico della nozione di identità che postula l'esistenza di vere e proprie identità culturali tanto forti che non riconoscerle rappresenterebbe appunto ledere (o non rispettare) la stessa identità personale di chi ci sta di fronte. Un orientamento che fa prevalere l'ottica di un riconoscimento prioritario delle identità culturali sembra essere quello del multiculturalismo che, sulla base della nostra critica filosofica dell'identità personale, va messo da parte⁸. L'approccio del multiculturalismo è quello che ci porta a ritenere che ciascun essere umano può essere riconosciuto solo in quanto riconducibile ad una identità sociale che gli è data dall'appartenenza ad una certa cultura. La necessità di fuoriuscire dalle componenti riduttive del multiculturalismo identitario è ad esempio chiaramente espressa in questo passo di Sen: "Ma è indispensabile che il rapporto di un individuo con la Gran Bretagna venga mediato attraverso la cultura in cui questo individuo è nato? Una persona può decidere di accostarsi a più di una di queste culture predefinite, o altrettanto plausibilmente, a nessuna. Un individuo può anche decidere che la sua identità etnica o culturale è meno importante per fare un esempio, delle sue convinzioni politiche o dei suoi impegni professionali o dei suoi convincimenti letterari. E'una scelta che deve essere fatta da quell'individuo, a prescindere dalla casella che occupa in questa bizzarra 'federazione di cul-

7 Si veda in particolare A. SEN, *Identità e violenza*, Roma – Bari, 2006.

8 Le argomentazioni si possono leggere in E. LECALDANO, *Diversità culturali tra liberalismo e conseguenzialismo*, nel volume a cura di Caterina Botti, *Le etiche della diversità culturale*, Firenze, 2013, 21-42 molti dei contributi raccolti in questo volume sono pertinenti per le questioni che qui stiamo affrontando.

ture”⁹. Anche su questo piano dunque siamo costretti a rivedere la nostra nozione di identità. Quando passiamo dal piano delle individualità a quello della loro eventuale appartenenza sociale a gruppi o movimenti si ripresentano infittite le difficoltà di trovare un concetto di identità soddisfacente.

4. Oltre ad avere fatto tesoro delle critiche di Hume alla concezione semplice, metafisica e sostantiva dell'identità possiamo provare ad elaborare una ricostruzione positiva di questa nozione tenendo ancora conto delle proposte del filosofo Scozzese. Hume in positivo elaborò una spiegazione della natura del sé umano che rintracciava gli elementi di continuità e stabilità principalmente nello strutturarsi di un carattere peculiare dipendente dalle relazioni con gli altri esseri umani e dalla risonanza sentimentale che queste generano¹⁰. A proposito del riconoscimento di una originaria dimensione culturale delle individualità umane Hume procedeva certamente in decisa contrapposizione alle tesi di coloro che come invece Thomas Hobbes presentavano una natura umana del tutto asociale e dominata dagli istinti egoistici. Gli esseri umani non nascono come funghi, ma inseriti in una trama di relazioni familiari che sono la via di intermediazione per aprirsi a relazioni concentricamente sempre più ampie, facilitati in questo dalla loro originaria tendenza alla simpatia che li spinge a partecipare alle sofferenze e gioie altrui. Hume fornisce tutta una serie di spiegazioni sul come operano le diverse relazioni a cui è esposto il carattere di un essere umano e nessuna di queste è considerata decisiva. In questo senso l'approccio globale e l'orientamento cosmopolita era già molto forte in Hume come negli altri pensatori dell'Illuminismo e operava nella direzione di un progressivo allargamento delle relazioni che contano per la formazione individuale¹¹. L'identità personale diventa in Hume una realtà psicologica che viene creata mettendo insieme una serie di tratti della propria storia personale e dando continuità ad una varietà di caratteri e opzioni di vita che si sono percorse nel passato; dunque tutto è in trasformazione e nulla vieta che si perdano o si abbandonino tratti che facevano parte di una precedente identità. L'io umano può reggere al suo interno grandi diversità senza per ciò stesso perdere il suo carattere continuo. Le stesse società umane si

9 A. SEN, op.cit., 161.

10 Come è spiegato ad esempio in L. GRECO, *L'io morale. David Hume e l'etica contemporanea*, Napoli, 2008. Ma si veda anche E. LECALDANO, *L'io, il carattere e la virtù nel Trattato di Hume in Filosofia e cultura nel Settecento Britannico*, a cura di A. SANTUCCI, Bologna, 2000, vol. II, 143 -166.

11 Su questo punto insistono da una prospettiva rispettivamente storica e teorica: F. FORMAN –BARZILAI, *Adam Smith and the Circle of Sympathy. Compopolitanism and Moral Theory*, Cambridge, 2010; A. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano, 2010.

allargano continuamente per includere nuove condizioni di vita e le istituzioni politiche si trasformano analogamente. Per quanto riguarda la base corporea o biologica delle diverse identità umane, l'impostazione di Hume è quella di non perdere certo di vista questa dimensione, ma di considerare autonomo lo spazio di una ricostruzione psicologica della persona umana. In realtà la dimensione biologica, anatomica e materiale delle persone è al di fuori della sua ricerca filosofica che si muove piuttosto a livello di determinazione delle operazioni mentali e delle passioni e dei sentimenti che ciascun essere umano prova: tutto ciò non va certo ridotto alla dimensione biologica. Anche se nelle sue analisi Hume non perde di vista le diversità profonde anche a base corporea (e dunque sessuali e di genere) che sono rintracciabili tra gli esseri umani e ricostruisce i processi culturali di esclusione e assoggettamento che essi hanno spesso generato.¹²

5. Passando alla questione dell'identità sessuale e di genere sembrerebbe dunque che ci troviamo di fronte a due possibili strategie. Così ha fissato le due strategie Francesco Remotti: si tratterebbe di scegliere tra due opposte tesi l'una che ci dice che "l'identità è irrinunciabile" e l'altra invece che conclude che "si può fare a meno dell'identità" ¹³. In realtà, sulla base di quanto abbiamo fatto a proposito della nozione di identità con l'aiuto principalmente di Hume, ma anche di pensatori contemporanei come Amartya Sen, possiamo percorrere una terza via: distinguere tra diversi usi della nozione di identità e suggerirne una ricostruzione in termini empiristici. Procedendo in questo modo potremo proporre alcune ipotesi sull'uso che di questa nozione si fa nei contesti che più ci interessano.

Affrontiamo, per altro senza nessuna pretesa di completezza, la situazione in cui attualmente si trova la discussione sul riconoscimento della sessualità e del genere degli esseri umani cercando di fare tesoro del precedente approfondimento degli usi e significati della nozione di identità. Sul piano delle definizioni possiamo rilevare una qualche tendenza a fare valere la sessualità come una dimensione a base biologica, e a considerare invece quella di genere come una categorizzazione di ordine culturale che coinvolge le tendenze che orientano le persone nelle loro vite sessuali e nelle loro condotte psicologiche in generale¹⁴. Risulta comunque

12 Una documentazione dei vari modi in cui si è guardato all'opera di Hume dalle varie prospettive del pensiero femminile è la raccolta curata da A. JAAP JACOBSON, *Feminist Interpretations of David Hume*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2000.

13 F. REMOTTI, *L'ossessione identitaria*, Roma – Bari, 2010, specialmente XVIII.

14 Sulla distinzione tra la dimensione biologica del sesso e quella costruita del genere si veda ad esempio J. BUTLER, *Questioni di genere. Il femminismo e la sovversione*

chiaro dalle esperienze che si stanno facendo sia a livello medico, come psicologico, e più in generale nelle relazioni che le persone sperimentano nella vita quotidiana che in queste aree non è possibile un uso rigido della nozione di identità e tanto meno una semplificazione dicotomica per cui tutte le persone con cui entriamo in contatto vanno ricondotte al sesso e al genere maschile o femminile, e solo a questi. Sul piano biologico la chirurgia ha abbandonato la pretesa di interventi, talvolta orridi, tesi ad omologare i corpi di esseri umani nella loro fase di sviluppo ad uno dei due sessi, maschile o femminile, inoltre ha dovuto riconoscere che vi sono persone umane il cui sesso biologico dalla nascita è indeterminato e che possono essere gravemente danneggiate se si cerca di omologarle in qualche direzione preconcepita¹⁵. Per quanto riguarda il genere oramai non sono più comprensibili quegli approcci che tendono a riconoscere solo quelli maschile e femminile. Ed infine sono largamente diffuse situazioni in cui si trovano persone che investono la loro vita nella direzione di un certo genere che è niente affatto riconducibile alla sessualità che avevano biologicamente alla nascita. Anche nel nostro paese sono all'ordine del giorno i casi di disforia ovvero di persone la cui infanzia e adolescenza è attraversata dalla drammatica vicenda di ottenere il riconoscimento di loro stesse come persone che elaborano una vita di genere largamente diversa da quello che gli è stato assegnato biologicamente dalla nascita, senza per altro che ci sia stato il ricorso ad interventi chirurgici o a massicce cure ormonali.

A proposito della varietà di genere e orientamento sessuale è completamente saltata negli ultimi anni sia la classificazione secca in maschile e femminile come la completa riduzione del genere alla sessualità biologica. Vi è un pieno riconoscimento sul piano sociale di categorizzazioni più ampie come ad esempio quelle espresse nella formula LGBTQ (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer)¹⁶. Chiara poi è la differenza tra “transessua-

dell'identità, Roma –Bari, 2013, specialmente 155-182; ma si veda anche C. BOTTI, *Prospettive femministe. Morale, bioetica e vita quotidiana*, Milano –Udine, 2015.

15 In questo senso numerosi degli interventi fatti al Convegno del CIRB sono stati quanto mai utili come documentazione di casi reali irriducibili alla tradizionale dicotomia di sesso o anche di genere. Ricordo qui ad esempio gli interventi di Paolo Valerio, Lorenzo Bernini, Fabiana Santamaria, Francesca Dicé, Tale processo – come ancora alcuni interventi al convegno di Napoli hanno spiegato – ha fortemente influito sulla elaborazione giuridica e psichiatrica. Su questo da ricordare gli interventi di Anna Lisa Amodeo, Luigi Ferraro, Stefano Celentano. Gli interventi si possono leggere in questo volume degli atti.

16 Presente ad esempio già nel manuale *Working with Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender College Students: A handbook for faculty administrators*, a cura di R. L. SANLO, Westport C.T., Greenwood, 1998.

le” – ovvero le persone che trasformano il loro corpo chirurgicamente e sul piano ormonale per farlo coincidere con quello che è il tipo di relazione sessuale che muove i loro desideri – e “transgender” che indica una persona con desideri sessuali diversi da quelli ritenuti prevalenti alla nascita. A questo si aggiunge ora anche il riconoscimento di persone “gender fluid”, ovvero di persone i cui desideri sessuali sono difficilmente caratterizzabili. Molta strada è stata fatta rispetto a quella che abbiamo richiamato nella prima sezione. Anche in Italia nei documenti pubblici, ma anche ad esempio nei tesserini delle Università, si può avere un riconoscimento sessuale diverso da quello che si è avuto alla nascita dalla anagrafe. Inoltre sono in discussione cause fatte da persone che vogliono riconosciuto un genere diverso da quello dei loro documenti precedenti, senza che questo si colleghi ad un avvenuto intervento chirurgico. Viene così ricordata una sentenza del novembre 2014 del Tribunale di Messina, che concede a chi lo richiede il cambiamento di sesso senza che questo si accompagni ad una operazione, sostenendo nelle motivazioni che esiste “un diritto a una diversa identità di genere” e che “non si può prestare attenzione esclusivamente alla componente biologica “. In termini ancora più avveniristici l'università del Vermont ha riconosciuto alla matricola Rocko Gieselman di essere chiamato in ogni contesto ufficiale con il pronome “they “ con un significato al singolare, come opzione per coloro che non si riconoscono nel sesso che gli è stato attribuito alla nascita e vogliono mantenere una caratterizzazione neutrale. Il noto filosofo Timothy Chappel, nel corso del 2014, ha informato di avere cambiato sesso e di volere quindi essere chiamato Sophie – Grace Chappell.

Sul piano dell'uso della nozione di identità nel contesto vuoi della identificazione vuoi della caratterizzazione non possiamo dunque usare una categoria forte e dobbiamo evitare sia di dare per scontato che una persona abbia (e debba avere) una (ed una sola) identità sessuale, sia che essa sia sempre la stessa e in un certo senso parte sostanziale della sua persona. Ovviamente non saremo in alcun modo autorizzati ad estrapolare dalla presunta identità sessuale di una persona tutta una serie di capacità o funzioni o, passando al piano normativo, di obblighi, doveri o diritti peculiari e specifici. Non si può dunque certo avere nessuna concezione sulla identità sessuale che venga estrapolata attraverso operazioni deduttive come se si trattasse di un concetto a priori. Né è accettabile che l'attribuzione di una identità sessuale sia accompagnata da eventuali estrapolazioni sulle forme di vita relazionali istituibili o non istituibili dalla persona che ha quella certa identità sessuale. Estrapolazione come quelle secondo le quali personalità LGBTQ non possono avere relazioni familiari, matrimoniali, adottive

o svolgere attività procreative in assoluto ecc. Chi giunge a queste conclusioni usa l'identità come se fosse il nome di una sostanza, ma da nessuna parte incontriamo sostanze (o anime) e la critica filosofica ci ha liberato (o almeno si spera) da queste entità fittizie e dai mali che assumendole venivano fatti. Diversamente vanno le cose con l'attribuzione di genere laddove prendiamo atto che è una dimensione radicalmente costruita. A questo proposito l'accortezza da mantenere ferma sarà quella di non considerare questa costruzione come di natura sociale, ma di radicarla principalmente su di un piano individuale e personale. Se eviteremo dunque di elaborare una nozione astratta di genere e la vedremo come disponibile alle persone, forse potremo trovare spazio per un uso minimo e debole della nozione di identità.

Evitati gli usi forti e semplici di identità potremo trovare uno spazio per gli usi deboli e complessi. Anche sulla base della teoria di Hume – solitamente considerata scettica – possiamo ricostruire una nozione di identità minima come continuità e permanenza dello stesso individuo in termini corporei e spazio- temporali. Procedendo in questa direzione però non finiremo certo in qualche forma di pluralismo identitario dato che sul piano del riconoscimento di fronte al quale dovremmo bloccare il nostro impegno a riconoscere una piena pluralità – anche come base di valore – dovremo spingerci fino ad ammettere che ciascun essere umano è diverso da tutti gli altri e dunque ha una sua propria identità rispetto alla quale etica e diritto non possono fare altro che approvarla e salvaguardarla: dunque il 'pluralismo identitario' non basta e va assunta una prospettiva secondo la quale ciascun essere umano è unico e speciale. Naturalmente una impostazione del genere funziona sul piano classificatorio e anche sul piano normativo quando si tratta di riconoscere il valore eguale di tutti gli esseri umani e di considerare la loro vita sessuale o di genere come largamente disponibile alle loro scelte e piani di vita.

Forse questa ricostruzione e riformulazione molto leggera della nozione di identità non riesce a rendere conto pienamente del processo che si rintraccia sia nella vita quotidiana come nella psicologia clinica dell'impegno di una singola persona per la realizzazione della propria identità e di un riconoscimento di essa sul piano pubblico. Si può rendere insensato un uso della nozione di identità, e anche di identità sessuale e di genere, come progetto all'interno di una biografia individuale ? Si può privare una persona di questa dimensione di sviluppo ? Naturalmente le situazioni terapeutiche sono troppo complesse e personali per fare valere formule generali. E non sono pensabili interventi quali il dire ad esempio “ ti stai impegnando per ottenere un risultato che non c'è o non ha senso “. In questa dimensione

del sé e della soggettività saranno le vicende emozionali di qualificazione ad avere la meglio e molte passioni non potranno essere vissute se non si considererà sé stesso come stabilmente e continuativamente attingibile nella nostra esperienza affettiva. Ma qui ancora una volta ci è d'aiuto la teorizzazione di Hume dell'identità personale e soggettiva con la sua netta divaricazione fra una dimensione intellettuale e conoscitiva ed una passionale e sentimentale. Non solo, ma con una elaborazione analitica della prospettiva di ciascun sé sulla stessa vita che sembra anticipare alcune impostazioni che riconducono l'identità personale ad un processo narrativo.¹⁷ Possiamo ritenere cioè un contesto del tutto perspicuo quello in cui le persone impegnate nella loro vita cercano di costruire una narrazione di questa che sia sensata e dotata di valore, istituendo con il proprio Io una relazione privilegiata e carica di una affettività positiva e agendo per fare sì che le altre persone accettino e riconoscano la unicità e peculiarità di questo loro sé.

17 Sul confronto tra analisi dell'Io in Hume e impostazione narrativistica si veda L. GRECO, *The Self as Narrative in Hume*, in "Journal of the History of Philosophy", 2015, LIII, 699-722. Ma sulla fertilità dell'impostazione narrativa nei contesti etici e bioetici ed anche in quelli che coinvolgono trasformazioni di sesso e genere si veda D. DE GRAZIA, *Human Identity and Bioethics*, Cambridge, 2005, specialmente 244-294. Sulla lettura narrativa del sé si veda M. SCHECHTMAN, *The Narrative Self in Oxford Handbook of the Self* ed. da S. Gallagher, Oxford, 2011, 394 – 416.

VALERIA MARZOCCO

UN DIRITTO SESSUATO? PROCESSI DI SOGGETTIVAZIONE DI GENERE E TRAIETTORIE DEL FEMMINISMO CONTEMPORANEO

Sommario. 1. Identità di genere e riconoscimento giuridico. Sul ‘dilemma dell’uguaglianza’. 2. “Cosa vuol dire uguale?”. Su uguaglianza e differenza. 3. Omologare la differenza? Le identità di genere, oltre il dilemma dell’uguaglianza.

1. I processi di soggettivazione originanti dalle identità di genere sono al centro della riflessione di una teoria del diritto che torna a interrogarsi sulle dinamiche di riconoscimento della differenza nel quadro del principio di uguaglianza. Nello scenario del pluralismo che contraddistingue le società contemporanee, le rivendicazioni di genere declinano tuttavia una pretesa a un riconoscimento identitario che, pur implicando la messa a punto di nuove strategie di governo delle ragioni che si fronteggiano nello spazio pubblico, finiscono con il problematizzarne in senso radicale l’assetto, incidendo sulla struttura patriarcale ed eterosessuale nella quale si è riconosciuta la storia delle società occidentali. Ne deriva una complessità che chiama in causa il discorso giuridico, per il rinvio a una strategia ricostruttiva della differenza che si emancipa dalla sua declinazione in chiave biologica – quella ancorata alla differenza sessuale, tra uomo e donna – e si confronta con processi di soggettivazione che riguardano l’identità personale di ciascuno, e in cui sessualità biologica e identità di genere escono da una condizione di reciprocità¹. Questo dacché le identità di genere, nel di-

1 In questa direzione, censurando gli artt. 2 e 4 della L. 164/1982, in tema di “divorzio imposto”, ovvero scioglimento automatico del matrimonio, in caso di modificazione dello stato anagrafico di uno dei coniugi, si muove la Corte Costituzionale (170/2014). Richiamando la pronuncia 138/2010, non già con riferimento alla «non superabilità del paradigma eterosessuale» del matrimonio, come sostenuto dall’Avvocatura dello Stato, ma nella parte giudicata più pertinente rispetto al caso in esame, ovvero il rinvio all’art. 2 Cost. e alla nozione di “formazione sociale”, entro la quale, come sostenuto nel 2010, «è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia,

sancorare dalla dimensione della sessuazione l'identità personale, avanzano una pretesa di riconoscimento che porta definitivamente sul piano della costruzione e del vissuto di ciascuno, al di là del corpo, l'identità sessuale².

Di queste forme di soggettivazione e della domanda di riconoscimento giuridico che da esse proviene, la principale interlocutrice è la giurisprudenza che con attenzione, nelle Corti di merito e in quelle di legittimità, sta svolgendo una funzione di progressiva erosione del quadro legislativo vigente, nel senso di una interpretazione costituzionalmente orientata che, sotto il profilo teorico, mette alla prova l'elasticità del principio giuridico dell'eguaglianza.

Va detto tuttavia, che proprio nell'ambito di queste dinamiche, queste domande, che sono domande di riconoscimento e di accesso ai diritti, rinnovano temi su cui, non pacificamente, si è esercitata la riflessione sul rapporto tra uguaglianza e differenza. Argomenti sui quali è probabilmente opportuno tornare, non solo perché sono evidentemente ancora in campo – basti pensare alla questione del «paradigma eterosessuale del matrimonio», ancora di recente avanzato e non ancora superato, in verità, nella

ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», la Corte provvede a dichiarare l'illegittimità costituzionale, tanto dei suddetti artt. 2 e 4 delle L. 164/182 «nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi (...) consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata», quanto, per le medesime ragioni, dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

2. Ciò, particolarmente per il caso del transessualismo, pone il problema della giustificazione, sul piano sia scientifico che giuridico, dell'ancoramento dell'autorizzazione alla rettifica anagrafica alla previa modificazione dei caratteri sessuali del soggetto richiedente, rispetto alla quale, parrebbe prospettarsi, in via interpretativa, una configurazione in termini di mera eventualità (S. PATTI, *Mutamento di sesso e «costringimento al bisturi»*: il Tribunale di Roma e il contesto europeo, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, 39 ss.). Il punto riguarda, specificamente, il quadro che discende dai due principali interventi del legislatore italiano in materia: se ai sensi dell'art. 1 della L. 164/1982 «la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca a una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali», per converso, l'art. 1 della legge 14.04.1982 n. 164, stabilisce che tale provvedimento si adotti «quando risulta necessario»: su questo punto, evidenziato come espressione di una disciplina «fumosa e generica» (Trib. Messina 4.11.2014), va considerata la discussione in dottrina, e, su tutti, M. BILOTTA, voce *Transessualismo*, in *Digesto, disc. priv.*, Agg., Torino, 2013, 732, 759 ss.; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 59 ss.

recente sentenza della Corte Costituzionale del 2014³ – ma anche perché teoricamente dirimenti, in relazione alla definizione del profilo giuridico del principio di uguaglianza che è in questione nel quadro di questi temi.

Nella cornice del rapporto tra principio di uguaglianza e dinamiche di riconoscimento della differenza, rischiano, in altri termini, di ritrovarsi ancora attivi, sul piano teorico, alcuni degli argomenti con cui una parte del femminismo teorico aveva, nel corso degli anni Settanta, attaccato la pretesa dell'accesso ai diritti delle donne, per il carattere storicamente e concettualmente *sessuato* del linguaggio e della logica ai quali si chiedeva legittimazione, entrambi avvinti da una sola pretesa universalità.

In questo senso, gli interrogativi posti dalle identità di genere alla teoria del diritto, precipitano al cuore della riflessione teorica e critica sul principio giuridico dell'eguaglianza, al quale essi rinviavano tanto sotto il profilo delle vicende giurisprudenziali in atto, quanto, soprattutto, dell'esigenza, altrettanto rilevante, di inquadramento delle condizioni per una intelligenza critica di questi processi di soggettivazione, con le questioni di politica del diritto che da esse discendono. Proprio in questi termini, occorre tornare al contributo al quale il femminismo teorico ha affidato un argomento importante della sua lettura della modernità politico-giuridica occidentale, la critica al principio di uguaglianza, tenendolo nel segno di un'obiezione radicale, che ha finito con il marcare la distanza dalla riflessione sul diritto: l'idea che vi fosse una matrice 'sessuata' tanto della sua logica quanto del linguaggio giuridico, assunti entrambi come espressioni del dominio del maschile e orizzonte d'intelligenza e di normalizzazione della realtà⁴.

In questo quadro, i processi di soggettivazione di genere si offrono però a una ricostruzione in sé ambigua, teoricamente contraddittoria: perché se,

3 La sentenza in questione (cfr. *supra*, nt. 1) non a caso fa leva, in punto di principio, e nell'argomentare i profili della sua censura in tema di «divorzio imposto» degli artt. 2 e 4 della L. 164/1982, sul riconoscimento di «forme di convivenza registrata», tenendosi al riparo dall'aprire, o modificare, l'assetto della pronuncia del 2010 (C.C. 138/2010).

4 Particolarmente significativa, seppure non possa essere oggetto di adeguato approfondimento in questa sede, la proposta che, nel corso degli anni Settanta, veniva avanzata dall'*ecofemminismo*, centrata sulla individuazione, nel *sessimo*, della categoria paradigmatica di analisi della logica di dominio e di sfruttamento, in grado di tenere in un unico orizzonte la critica delle società occidentali e di fare da puntello a un'unica tensione decostruttiva avente sullo sfondo la connessione tra condizione femminile e natura: su ciò, per una rassegna antologica e un interessante contributo all'introduzione teorica del movimento, cfr. M. ANDREOZZI, C. FARALLI, A. TIENGO (a cura di), *Donne, ambiente, animali-non umani. Riflessioni bioetiche al femminile*, Milano, 2014.

per un verso, le identità che si aprono nello spettro del genere – per quello stesso processo di emancipazione dai tratti corporei e biologici dell'identità sessuale – rompono la logica di sessualizzazione della differenza, collocandosi nel solco di un compimento del principale orizzonte critico del femminismo della differenza, per altro quella rottura si consumerebbe attraverso i canali del riconoscimento e dell'accesso ai diritti. Qui, più specificamente, starebbe in campo l'argomento della normalizzazione, per la pretesa ad accedere a un linguaggio dei diritti inteso come il precipitato storico e concettuale del patriarcato. Ciò significa, in altri termini, che se la matrice culturale e non più biologica di cui si fanno portartici le identità di genere si ritrova, di per sé, a erodere il perno su cui si era fondata la costruzione, nella modernità, dei confini tra pubblico e privato, in una declinazione immediatamente politica della differenza che normalizzava secondo un modello riproduttivo – e dunque naturale – la sfera della sessualità⁵, ciò finisce per non smarcare il dilemma dell'uguaglianza.

2. Negli argomenti di parte della letteratura LGBT, il processo della rivendicazione dei diritti al quale fanno appello le soggettività di genere non è sempre inteso nei termini di pretesa all'uguale trattamento. In qualche caso, si tratterebbe piuttosto di una concessione a essere normalizzati: costituitisi in termini di rivendicazioni portate sul piano della rappresentazione politica e del riconoscimento giuridico, questi processi si candiderebbero a riproporre la strutturale e irrisolvibile tensione tra uguaglianza e differenza, definendo forme di soggettivazione politica che si offrono alla normalizzazione, in linea con una traiettoria di stampo neoliberale di governo della vita che penetra nelle esistenze individuali, attivando la principale chiave del controllo, l'affermazione pubblica di ciò che era il privato⁶.

5 La costruzione sessualizzata della dicotomia pubblico/privato è una traccia di lunga durata della modernità, ma più ampiamente, del pensiero politico occidentale che fa leva su di un orizzonte veritativo di riferimento ritrovato nella spiegazione biologica e dunque innata, naturale, immutabile, della differenza, al quale il patriarcato ha affidato la legittimazione del suo discorso di dominio: «la donna – scriveva Aristotele – è più piccola, ha una voce più debole e più acuta, la natura femminile sia per natura una menomazione (*De generatione animalium* 775a 15-16)”, [«Il maschio, è ancora Aristotele, è più adatto al comando della femmina, tolte alcune eccezioni contro natura» (*Politica*, I)].

6 In questo passaggio, come ricostruito da Michel Foucault, anche attraverso le pratiche della confessione e poi della psichiatria, non è in questione un processo di razionalizzazione del sesso, quanto piuttosto la sua trasformazione in ordine del discorso: «Una certa china ci ha condotti, in qualche secolo, a porre al sesso la domanda: chi siamo? E non tanto al sesso-natura (elemento del sistema vivente,

Di quest'orizzonte critico – che percorre tutti i temi che le identità di genere pongono alla teoria del diritto, dalla libertà procreativa, alla ridefinizione del modello di famiglia e di matrimonio, al riconoscimento dei diritti civili e sociali che vi stanno connessi – il punto cruciale sarebbe, in altri termini, ancora il principio di uguaglianza, e la dimensione ambigua del dono della legittimazione: nella dialettica, innanzitutto semantica, tra «legittimo» e «illegittimo», ciò che ne verrebbe di necessità escluso è il campo di ciò che eccede a questa distinzione⁷. Nella domanda di riconoscimento che insiste sulle relazioni parentali e sul matrimonio, ciò implicherebbe per questo un'opera di disciplinamento e di riduzione del campo sessuale, che ne verrebbe circoscritto, a monte, nel matrimonio, come termine stesso di acquisizione di legittimità e condizione, di converso, per una «illegibilità» delle altre forme attraverso cui la sessualità può darsi⁸.

Se si considera questa prospettiva, tanto i processi di soggettivazione di genere, quanto quelli di soggettivazione femminile che li hanno preceduti, insistono teoricamente sul medesimo punto, e richiedono, ancora una volta, la problematizzazione delle condizioni alle quali sia possibile un riconoscimento delle differenze che non ricada nel doppio binario legittimo/illegittimo attraverso cui le classi dominanti predeterminano ciò che è desiderabile o meno. Il discorso sulle pluralità identitarie si riannoda così, necessariamente, ad alcune delle questioni su cui il femminismo teorico, a partire degli anni Settanta, si è a lungo interrogato, in una stagione in cui l'emancipazione della differenza femminile dal dominio del biologico aveva aperto a una proiezione immediatamente politica del genere come

oggetto di una biologia) ma al sesso-storia, al sesso-significato, al sesso-discorso» (M. Foucault, *La volonté de savoir*, Paris, 1976; tr.it. *La volontà di sapere. Storia della sessualità I*, Milano¹⁰, 2004, 70).

- 7 Questo *dacché*, come rileva Judith Butler, essere legittimati dallo Stato «significa entrare a far parte dei termini della legittimazione offerta e scoprire che la percezione di sé in quanto persona, pubblica e riconoscibile, dipende essenzialmente dal lessico di tale legittimazione»: J. Butler, *Undoing gender*, New York, 2004; tr.it. *La disfatta del genere*, Roma, 2006, 135 ss.
- 8 Ciò finisce con il produrre forme di distinzione all'interno delle stesse esistenze *queer*, secondo che siano legittime, candidate alla legittimità, o illegittime: «La coppia stabile che desidererebbe sposarsi, se solo potesse, viene considerata illegittima, ma ha i requisiti della futura legittimità, mentre la rappresentanza sessuale di coloro che agiscono al di fuori dei dispositivi del legame matrimoniale e della sua riconosciuta, seppure illegittima, forma alternativa, costituiscono al presente delle possibilità sessuali che non avranno mai i requisiti necessari per il passaggio alla legittimità»: J. Butler, *ivi*, 135-136.

categoria capace di originare processi di soggettivazione imprevisti e destabilizzanti dentro l'ordine del discorso patriarcale.

Sostanzialmente acquisita nel contesto dei paesi occidentali la lotta per i diritti civili e politici che, guidata dalla rivendicazione di un diritto *sex-blind*, si era ritrovata a legittimare, di fatto – ovvero, *per* il fatto stesso che ne si rivendicava l'accesso – quella logica di inclusione/esclusione che aveva costruito lo spazio pubblico *per differentiam* dal privato – sessualizzando la *polis* come dominio del maschile, e l'*oikos* come rifugio del femminile⁹ – il femminismo della differenza spostava il piano, tanto dell'impegno teorico quanto dell'attivismo politico, sul fronte della critica serrata all'universalismo e alla pretesa neutralità del linguaggio dei diritti della modernità.

La tensione decostruttrice con la quale soprattutto il femminismo della differenza si era rivolto al principio di uguaglianza sarebbe, in questo senso, ancora in questione¹⁰: consegnata a mera illusione la stagione del femminismo emancipazionista (che aveva contraddistinto la prima ondata del pensiero femminista, quella in cui la rivendicazione era stata una rivendicazione di inclusione e di accesso all'uguaglianza formale) il femminismo, a partire dagli anni Settanta, rivendicava, a muovere dal genere, una debiologicizzazione necessaria della condizione femminile, nel nome di una «soggettivazione imprevista», come tale estranea e non compromissibile¹¹. Muovendo da queste premesse, il femminismo teorico rivendicava la sua capacità di costituirsi come sguardo epistemologicamente in grado di svelare e destrutturare la presunta neutralità del diritto come strumento

9 Celebre, in tal senso, la pagina di Rousseau su Émile e Sophie, in cui il pregiudizio inchiodava la donna, Sophie, all'*oikos*, al "chiostro" privato, e candidava Émile alla dimensione della cittadinanza, ovvero al governo della sfera pubblica: J.J. ROUSSEAU, *L'Émile*, 1762.

10 Sul classico rapporto di tensione tra uguaglianza e differenza, si vedano: C. MARLETTI, *Emancipazione e liberazione. Saggio sulle idee politiche di cittadinanza*, in G.M. BRAVO, S. ROTA GHIBAUDI (a cura di), *Il pensiero politico contemporaneo*, vol. IV, Milano, 1987, 431-523; G. CONTI ODORISIO, voce «Femminismo», in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, 385-389; F. PAPA, voce «Femminismo», in R. ESPOSITO, C. GALLI (a cura di), *Enciclopedia del pensiero politico*, Bari-Roma, 2000, 237-238. Meno dicotomica e più integrata la prospettiva adottata in studi recenti come quelli di M.P. PATERNO, *Dall'uguaglianza alla differenza. Diritti dell'uomo e cittadinanza femminile nel pensiero politico moderno*, Milano, 2006; *Donne e diritti. Percorsi della politica dal Seicento a oggi*, Roma, 2012.

11 C. LONZI, "Sputiamo su Hegel" (1970), in Ead., *Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale e altri scritti. Scritti di Rivolta Femminile*, Milano, 1974, 60-61.

di politiche della differenza, ma anche come patrimonio concettuale costruitosi intorno a un linguaggio che aveva introiettato il sessismo come modalità performativa del dominio maschile.

Al di là delle sue ingenuie rappresentazioni, l'obiettivo critico di quel femminismo differenzialista, non era di certo l'uguaglianza come istanza di giustizia sociale, né tanto meno l'uguaglianza come orizzonte di reale universalità (ovvero bisessuazione) dei diritti politici, quanto piuttosto la sua interpretazione come dispositivo di neutralizzazione e assimilazione della differenza¹².

In questo senso, femminismo della differenza, ecofemminismo, studi post-coloniali si costituivano come contributi a una teoria radicalmente critica del diritto e del suo linguaggio, che assumeva come duplice premessa normativa implicita: la considerazione negativa di un principio di uguaglianza schiacciato sul suo carattere meramente formale, ed il *favor*, non sempre adeguatamente discusso, nei confronti della differenza, intesa come categoria di per sé idonea a rappresentare una dimensione di pluralità delle identità, come tali sottratte all'assimilazione universalizzante del linguaggio giuridico-politico.

Sulla scorta delle criticità alle quali quel femminismo affidava la messa a punto del suo discorso radicalmente decostruttivo sul diritto, la richiesta di accesso all'uguaglianza che contraddistingue i processi di soggettivazione di genere riproporrebbe la medesima eterogenesi dei fini connessa al riconoscimento, che porta sul piano della sfera pubblica, ma dispone anche al suo disciplinamento¹³.

L'attacco al principio giuridico dell'uguaglianza costituisce un *leit motiv* centrale della critica femminista, sul quale si è esercitato il contributo che non solo è venuto dal femminismo della differenza, ma anche, nel corso degli anni Novanta, sotto l'egida di matrici teoriche tra loro eterogenee, come il comunitarismo, il post-modernismo, o il movimento dei *Critical Legal Studies*¹⁴.

12 Così, lucidamente, I. DOMINIJANNI, *Il Femminismo degli anni Ottanta: il nodo tra uguaglianza e differenza*, in *Esperienza storica femminile nell'età moderna e contemporanea*, vol. 2, Roma, 1982.

13 Sull'inserimento delle culture gay e lesbiche nel *mainstream*, che eroderebbe il senso di minoranza distinta e destabilizzante, in difesa di un essere «invisibilmente visibili», che salverebbe invece dai rischi dell'identificazione di massa, cfr. D. HARRIS *The Rise and Fall of Gay Culture*, New York, 1997; e cfr. M. WARNER, *The Trouble with Normal. Sex, Politics and the Ethics of Queer Life*, Harvard (Mass.), 2000.

14 L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza: sono realmente incompatibili?* in *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Bologna, 2005, 50 ss.

Dal punto di vista giuridico, contro una tendenza a contrapporre teorie dell'uguaglianza e teorie della differenza ostaggio di una non adeguata esplicitazione, sul piano analitico, delle concezioni che dell'uguaglianza e della differenza, ne vengano di volta in volta accolte, giova tornare probabilmente al prezioso contributo teorico offerto da Letizia Gianformaggio.

Il punto cruciale di quest'analisi resta l'indagine sul privilegio che ciascuna di queste teorie si ritrova a concedere rispetto al contenuto normativo di differenza e uguaglianza, muovendo evidentemente da presupposti ideologici: se uguaglianza è così, nel contesto delle teorie della differenza, sinonimo di omologazione, all'interno di un'analisi che si struttura come decostruzione della logica di oppressione e dominio delle società occidentali, e differenza è «scarto, alterità assoluta», nel contesto delle teorie dell'uguaglianza, la differenza vale, per converso, come distribuzione, privilegiandosi la questione dei criteri e la fiducia, sostanzialmente, sulla circostanza per la quale solo intervenendo sulla differenza prescrittiva, può eliminarsi la differenza valutativa che si lamenta.

In questi termini, non è difficile vedere come entrambe le concezioni «pregiano l'uguaglianza», nella sua declinazione di uguaglianza sostanziale, ritrovandosi in un rapporto di reciproca integrazione: perché se la differenza che sta a cuore delle teorie della differenza, è ribaltamento della «differenza dell'opinione» prodotto dell'oppressione, nel nome dell'affermazione della uguale dignità di persona, quest'ultima difficilmente potrà realizzarsi senza il contributo del nucleo sul quale insistono le teorie dell'uguaglianza, ovvero il contenuto prescrittivo dell'uguaglianza, come uguale trattamento e criterio della distribuzione.

Altrettanto utile è l'altro aspetto che divarica teorie dell'uguaglianza e teorie della differenza, che Gianformaggio indica opportunamente nel far leva, l'una su relazioni tra gruppi, l'altra su interazioni tra individui.

È un tema centrale, dacché è proprio a muovere dal privilegio accordato ad una differenza che valorizzerebbe della persona l'individualità specifica, che viene la critica teorica mossa dal femminismo all'individualismo proprio dell'umanesimo liberale, che assurge a rango di valori condivisi, quelli fatti propri dal gruppo dominante e, segnatamente, dalla logica del maschile. Anche su questo punto tuttavia, non è difficile non concordare con una constatazione semplice nella evidenza con cui essa si impone alla considerazione del giurista: quella per cui la differenza-specificità, sia, essa, una parte, «una forma» del principio di uguaglianza, sia perché storicamente è il precipitato di una emancipazione dall'oppressione di soggetti precedentemente marginalizzati, ma anche perché, più puntualmente, in termini giuridici, è la rivendicazione di uguale trattamento avanzata da

soggetti «prescrittivamente uguali» nei confronti di altri indebitamente assunti come «descrittivamente diversi»¹⁵.

Nonostante il carattere ingenuamente apodittico e analiticamente errato di questa opposizione venga con chiarezza evidenziato, attraverso il rigore degli strumenti proprio di uno studio del diritto di matrice analitica¹⁶, la tensione tra uguaglianza (intesa come principio di formalizzazione universalistica propria del linguaggio giuridico) e differenza (valutata in termini di forme che le identità rivendicano contro questa tensione omologante), pare non essere del tutto superata¹⁷.

Nel contesto del pluralismo normativo che contraddistingue le società contemporanee, il dilemma dell'uguaglianza ritrova, piuttosto, rinnovata linfa entro un nuovo campo di rappresentazione, quello di una tensione tra multiculturalismo e femminismo che mostra i limiti tanto della declinazione formalistica del principio di uguaglianza, quanto della interpretazione in chiave identitaria della differenza culturale¹⁸.

15 L. GIANFORMAGGIO, *ivi*, 56.

16 Cfr., su ciò, anche L. GIANFORMAGGIO, *Uguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Il Foro italiano*, 1996, 1961-1976. Sul pensiero di GIANFORMAGGIO, cfr. B. PASTORE, *Ragione giuridica, eguaglianza, differenze: il contributo di Letizia Gianformaggio*, in *Notizie di Politeia*, n. 80, 2005, 239-246.

17 Essa, piuttosto, parrebbe riaffiorare, seppure rovesciata nelle premesse, nel dibattito del femminismo contemporaneo, impegnato a discutere le forme di un conflitto tra declinazioni della differenza, il genere e la cultura, brandendo, questa volta in chiave di tutela della condizione femminile, l'arma della *gender equality*. Per la discussione sul rapporto tra differenza culturale e diritti delle donne, cfr. S. MOLLER OKIN, *Is multiculturalism bad for women?* in J. COHEN-M. HOWARD (eds.), *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton, 1999, 8-24. Sulla tensione tra multiculturalismo e femminismo, cfr. A. PHILLIPS, *Dilemmas of gender and culture: the judge, the democrat and the political activist*, in A. EISENBERG - J. SPINNER-HALEF (eds. by) *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, New York, 2004, 113-134.

18 Più specificamente, nella prospettiva di una più generale dismetria tra identità culturali e uguaglianza di genere, parte della letteratura femminista nel corso degli anni successivi, prendeva a interrogarsi sul dato della crescita in Europa, soprattutto in contesti nei quali il fattore culturale appare determinante, del numero di delitti che colpiscono la donna in ragione di elementi di tipo identitario – nel nome cioè di una *appartenenza* dell'agente ad una comunità che rivendica ed affida all'uomo, secondo un ordine patriarcale, il diritto a farsi garante della tenuta di valori e principi che si postulano come condivisi – interpretandolo in senso normativo: sarebbe stato necessario tenere distinti questi delitti d'onore, di matrice culturale (*honor killings*), dalle ipotesi di violenza perpetrato in danno delle donne tra le mura domestiche (*domestic violence*). In questa prospettiva, per rispondere alla domanda sul se gli *honor killings* possano considerarsi semplicemente 'domestic violence'; ci si interroga sulla descrizione delle peculiarità che riguardano

3. Il rapporto tra uguaglianza e differenza si offre come la cifra alla quale, in termini critici, i processi di soggettivazione di genere affidano la loro principale criticità. Anche alla luce delle questioni che il conflitto identitario mostra nel contesto pluralistico delle società contemporanee, non è marginale come uno dei principali fuochi di discussione sui quali si anima il dibattito del femminismo teorico contemporaneo, abbia finito con il precipitare proprio sul genere come categoria identitaria: sessualità e identità sarebbero processi molteplici e irrisolti, inidonei ad assorbire di per sé l'identità delle persone, e il genere, in questo senso, ben al di là della carica storicamente esibita entro il discorso femminista nel contributo a portare fuori dalla natura e dal sesso la condizione femminile, avrebbe assunto, suo malgrado, la fisionomia di categoria essenzialistica e identitaria, nelle cui maglie la costruzione del sé rischia di essere schiacciata come dato e non come processo strutturalmente aperto e mutevole¹⁹.

È in questa prospettiva che la decostruzione del genere, destituito della stessa sua capacità rappresentativa, si è andato riannodando più ampiamente al contributo critico del postmodernismo, lungo una traccia che ha, per un verso, riflettuto sulla fallacia epistemica del soggetto²⁰, e per l'altro messo a frutto l'esperienza teorica maturata nell'ambito degli studi sul post-colonialismo²¹.

la motivazione culturale nella violenza di genere: dal rapporto di discendenza familiare (padri che uccidono le loro figlie), all'esigenza di controllo di un ordine di valori condivisi, alla sostanziale approvazione del gruppo di appartenenza, tutte caratteristiche non si presentano nell'ipotesi della violenza domestica, che viene configurata come azione di un uomo singolo che non gode di complicità familiari, che agisce dinanzi alla fine di un rapporto, per punire l'infedeltà, che non gode di alcuna forma di approvazione della sua comunità di appartenenza: cfr. P. CHESLER, *Are Honor Killings Simply Domestic Violence?* <http://www.meforum.org/2067/are-honor-killings-simply-domestic-violence>. Su ciò, cfr. S. HOSSAIN- L. WELCHMAN, 'Honor'. *Crimes, paradigms and violence against women*, London, 2005; e cfr. P. CHESLER, *Worldwide trends in honor killings*, <http://www.meforum.org/2646/worldwide-trends-in-honor-killings>, 2010.

- 19 J. BUTLER, *Undoing Gender*, Routledge, 2004 (tr.it. *La disfatta del genere*, Meltemi, 2006); R. BRAIDOTTI, *Nomadic Subjects. Embodiment and sexual difference in contemporary feminist theory*, New York, 1994 (tr. it. *Nuovi Soggetti nomadi*, Roma, 1995).
- 20 E.A.G. ARFINI, C. LO IACONO (a cura di), *Canone inverso. Antologia di teoria queer*, Pisa, 2012. A. CAVARERO, F. RESTAINO (a cura di), *Filosofie femministe*, Milano, 2002.
- 21 S. DE PETRIS, *Tra "agency" e differenze. Percorsi del femminismo postcoloniale*, in «Studi culturali», 2 (2005), 259-290; L. ELLENA, *White Women Listen! La linea del genere negli studi postcoloniali*, in S. BASSI, A. SIOTTI (a cura di), *Gli studi postcoloniali. Un'introduzione*, Firenze, 2010, 125-145.

Lo scenario di radicale destrutturazione delle categorie offerto dal pensiero postmoderno, al quale parte del femminismo teorico – ma, come si è visto, anche degli studi delle *queer theories* – hanno affidato e affidano i propri strumenti analitici, si espone tuttavia a non prendere adeguatamente sul serio ciò che resta in campo. Il che rinvia alle maglie di una falsa rappresentazione del dilemma dell'eguaglianza, ostaggio degli argomenti che dell'eguaglianza prendono in considerazione il solo profilo formalistico e omologante, abbandonando quella possibilità, che Gianformaggio indicava lucidamente, di intenderne pienamente il principio giuridico, come parte della dialettica attraverso cui può mutare, per effetto della spinta di soggetti assunti prescrittivamente uguali, la diseguaglianza delle opinioni, frutto della valutazione ideologica dei gruppi dominanti.

Rinunciare al principio giuridico dell'uguaglianza, in questo senso, ha una posta in gioco troppo alta, che rischia, come scrive Catherine McKinnon a proposito della condizione femminile – alla storia delle cui rivendicazioni, delle cui conquiste e contraddizioni, le identità di genere vanno ricondotte –, di cedere alla possibilità stessa di una declinazione possibile di umanità, ovvero di attestarsi su di una sua condizione comunque troppo angusta perché le donne, e con esse, le identità di genere, possano esservi addirittura ricomprese.

LUIGI FERRARO

CORTE COSTITUZIONALE, *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* E CORTE EDU TRA IDENTITÀ SESSUALE E ORIENTAMENTO SESSUALE*

Sommario: 1. La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale italiana sul c.d. 'divorzio imposto'. 1.1 ...e la successiva decisione del *giudice a quo* (Corte cass., sent. n. 8097/2015). 2. Il *Bundesverfassungsgericht* e lo scioglimento del matrimonio. 3. La Corte EDU e il caso finlandese. 4. Le tre decisioni giurisprudenziali (Corte costituzionale, *BVerfG* e Corte EDU): affinità e differenze. 5. Il principio di autodeterminazione nelle coppie *divenute same-sex* e l'inerzia del legislatore italiano: qualche osservazione conclusiva.

1. La nostra Corte costituzionale di recente ha dovuto affrontare un tema molto delicato sul versante del biodiritto, poiché la fattispecie alla sua attenzione ha fatto emergere un intreccio problematico tra il diritto all'identità sessuale e quello all'orientamento sessuale di non agevole risoluzione. Si tratta, com'è noto, di due diversi profili che coinvolgono la sfera più intima della persona umana e che, perciò, richiedono da parte di tutti la massima attenzione e un elevato riguardo nella loro trattazione.

La questione all'esame del giudice delle leggi ha interessato una persona di sesso originariamente maschile e regolarmente sposata, la quale però in costanza di matrimonio, nel legittimo esercizio del proprio diritto all'identità sessuale e d'accordo con l'altro coniuge, decideva di procedere alla rettifica del sesso secondo quanto indicato dalla legge 164/1982. L'interessata – divenuta oramai persona di sesso femminile – otteneva dal Tribunale di Bologna una sentenza (giugno 2009) che ordinava all'ufficiale di stato civile del comune di residenza la relativa modifica nell'apposito registro; tuttavia, lo stesso pubblico ufficiale procedeva ad annotare, a margine dell'atto di matrimonio, anche la cessazione degli effetti civili del connubio, ai sensi dell'art. 4 della legge 164/1982, sebbene non vi fosse stata alcuna disposizione in tal senso da parte della magistratura bolognese.

* Il presente contributo è stato già pubblicato in *Rivista AIC* (Associazione Italiana dei Costituzionalisti), n. 3, 2015.

A seguito di quest'ulteriore annotazione compiuta dall'ufficiale di stato civile è nato un contenzioso giudiziario, poiché i due coniugi – dopo aver condiviso la decisione di modifica del sesso – non hanno mai manifestato alcuna intenzione di interrompere il loro rapporto matrimoniale. Inizialmente, il Tribunale di Modena adito ordinava la cancellazione dell'annotazione sulla fine degli effetti civili del matrimonio, così come richiesto dai coniugi interessati. Poi, però, la Corte di Appello di Bologna procedeva alla totale riforma della decisione di primo grado, poiché la permanenza del vincolo matrimoniale avrebbe significato in questo caso «mantenere un rapporto privo del presupposto suo legittimo più indispensabile: la diversità sessuale dei coniugi»¹. In tal modo, il giudice d'appello confermava lo scioglimento del vincolo coniugale richiamandosi al principio dell'eterosessualità del matrimonio.

La vicenda giudiziaria è passata al vaglio di legittimità della Corte di cassazione, la quale però ha inteso rimettere la questione alla Corte costituzionale, data la sua rilevanza e non manifesta infondatezza. Difatti, il Supremo Giudice ha dubitato della costituzionalità innanzitutto dell'art. 4, legge 164/1982, secondo cui, nella parte che interessa, la sentenza di rettifica del sesso «provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso», senza lasciare alcuna possibilità di scelta ai coniugi sulla permanenza del vincolo matrimoniale, nonostante tra le cause di divorzio ad istanza di parte sia stata inserita la stessa sentenza definitiva di «rettificazione di attribuzione di sesso»². In questo modo, a giudizio della Cassazione, si verifica una «operatività *ope legis* della causa di scioglimento del vincolo» che, da un lato, garantisce l'interesse statale alla conservazione del modello familiare di tipo eterosessuale, dall'altro, sacrifica una serie di diritti, tra cui quello all'autodeterminazione da parte dell'interessato circa la propria identità sessuale, alla conservazione del legame coniugale, alla scelta dell'altro coniuge sulla prosecuzione della relazione matrimoniale oltre che quello a non essere irragionevolmente discriminati rispetto alle altre coppie coniugate che possono decidere liberamente in ordine al divorzio³. Alla luce di ciò il quesito di base sottoposto all'attenzione della Corte

1 In questo senso Corte di Appello di Bologna; entrambe le decisioni, di primo e secondo grado, possono rinvenirsi sul sito www.articolo29.it/bibliografia-identita-di-genere/matrimonio-e-figlie/effetti-sul-matrimoniomerito

2 Ai sensi dell'art. 3, 1° comma, num. 2), lett. g), legge 898/1970, così come modificato dall'art. 7 della legge 74/1987.

3 Sul sacrificio imposto al partner della persona transessuale in seguito allo scioglimento automatico del coniugio cfr. P. STANZIONE, *Transessualità* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, 889 s.

costituzionale si è concretizzato «nella valutazione dell'adeguatezza del sacrificio imposto all'esercizio di tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi» (ord. di rinvio n. 14329/2013)⁴.

In breve, a fronte della volontà manifestata dagli interessati in favore della prosecuzione del vincolo matrimoniale, il giudice del rinvio ha individuato nella citata normativa un'ipotesi di «divorzio imposto»⁵ in ossequio al carattere eterosessuale del matrimonio; è evidente, infatti, come la rettifica del sesso abbia trasformato il legame coniugale tra due persone originariamente di sesso diverso in un rapporto di tipo omosessuale.

La Corte costituzionale, con una sentenza additiva di principio, la n. 170/2014, ha accolto la questione di legittimità⁶. In via preliminare, il giudice delle leggi ha voluto evidenziare i due presupposti che – a suo giudizio – caratterizzano la fattispecie: per un verso ha confermato il «requisito essenziale» della eterosessualità del matrimonio, che verrebbe ad essere violato dalla decisione dei coniugi di proseguire nel proprio rapporto, per l'altro ha posto in risalto la presenza di un «pregresso vissuto» matrimonia-

4 Ordinanza di rinvio della Corte di cassazione del 6 giugno 2013 (in particolare, p. 23), in www.articolo29.it; per un commento attento a tale ordinanza v. F. BILOTTA, *Transessualismo (voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche (Aggiornamento)*, Torino, 2013, 765 s. Ancora di recente, il Tribunale di Trento con un'ordinanza del 19 agosto 2014 ha rimesso gli atti alla Consulta, sollevando la questione di legittimità costituzionale «dell'art. 1, primo comma, della legge 14.04.1982, n. 164, nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazione dei caratteri sessuali della persona istante, con riferimento ai parametri costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost.»; per tale ordinanza v. <http://www.articolo29.it/tribunale-trento-ordinanza-19-agosto-2014>.

5 Secondo M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 6, (la Rivista è reperibile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/06/genius-2014-01.pdf>), l'ipotesi del divorzio imposto implica il «diritto o meno al mantenimento del vincolo matrimoniale nel caso in cui uno dei coniugi (e uno soltanto) proceda al cambiamento anagrafico del sesso una volta terminato il percorso di trasformazione relativo al genere».

6 È sostanzialmente condivisa in dottrina la qualificazione di questa sentenza come un'additiva di principio, ad esempio, cfr. P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 luglio 2014, 11; G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in <http://www.articolo29.it>, 26 giugno 2014, e F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2014.

le, che si è regolarmente costituito e in cui sono maturati «reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale» (punto 5.1 del *Considerato in diritto*) che ne segnano la differenza con un'unione omosessuale *tout court*.

Tuttavia, la Consulta non ha condiviso taluni dei parametri di costituzionalità invocati dalla Corte di cassazione. Innanzitutto e in modo conforme a quanto stabilito nella precedente sentenza n. 138/2010, il giudice delle leggi non ha individuato nell'art. 29 Cost. la norma di riferimento, poiché la nozione di matrimonio presupposta in quest'ultima disposizione è quella del codice civile del 1942 che richiede la diversità di sesso tra i due coniugi⁷.

Né tantomeno, è stato considerato pertinente il richiamo agli artt. 8 e 12 CEDU – che disciplinano rispettivamente il diritto alla salvaguardia della vita privata e familiare e il diritto al matrimonio – nella loro qualità di norme interposte agli artt. 10, 1° comma, e 117, 1° comma, Cost.; in questo caso la ragione del diniego si rinviene nell'indirizzo della Corte EDU – peraltro recentemente confermato⁸ – per cui in assenza di un *consensus* tra i diversi Stati europei relativamente alle unioni *same-sex* rimane ferma la discrezionalità dei legislatori nazionali nella scelta delle forme di tutela da garantire alle coppie omosessuali (punto 5.3 del *Considerato in diritto*).

La Corte costituzionale, invece, rinviene nell'art. 2 Cost. il parametro di riferimento, in quanto il rapporto affettivo tra due persone del medesimo sesso è da ricomprendere nell'ambito delle formazioni sociali di cui allo stesso art. 2, anche se poi spetta alla discrezionalità del Parlamento l'individuazione delle modalità più appropriate di tutela per questo tipo di unioni improntate al carattere della stabilità⁹.

7 Può essere utile richiamare, ad esempio, l'art. 143, 1° comma, cod. civ., sui diritti e doveri reciproci dei coniugi: «Con il matrimonio il marito e la moglie (corsivo nostro) acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri».

8 L'orientamento della Corte EDU cui si riferisce la Consulta è stato confermato dallo stesso giudice di Strasburgo nella recentissima decisione del 21 luglio 2015, ricorsi riuniti n. 18766/11 e n. 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, par. 162, consultabile sul sito <http://www.articolo29.it/2015> e che verrà richiamata più avanti nel corso del presente contributo.

9 Per B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in <http://www.articolo29.it>, 15 giugno 2014, l'esclusione dell'art. 29 Cost. quale parametro di riferimento è la conferma da parte della Corte costituzionale del paradigma eterosessuale del matrimonio, per cui la questione viene giudicata alla luce dell'art. 2 Cost. Allo stesso modo anche P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, cit., 2 ss., evidenzia che «la prima norma costituzionale ad essere accantonata è l'art. 29. Sta qui il vero cuore della pronuncia...». L'indirizzo della Corte costituzionale è stato condiviso dalla Corte di cassazione nella recente sentenza del 9

Anche su questo versante rimane confermato quanto la Consulta aveva già sostenuto nella sentenza n. 138/2010, dal momento che non estende la disciplina del matrimonio alle unioni *same-sex* in nome dell'«interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio» (sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*); in ragione di ciò ne consegue che la differenza di sesso per il nostro ordinamento è da considerarsi *requisito essenziale* nel rapporto di coniugio, secondo la stessa ammissione della Corte costituzionale (punto 5.1 del *Considerato in diritto*).

Il giudice delle leggi, però, non può esimersi dal sottolineare la peculiarità della fattispecie ora in esame, data dal preesistente rapporto matrimoniale validamente costituitosi e che, pertanto, ha generato una situazione di diritti e doveri meritevoli di tutela. Ebbene, nel bilanciamento¹⁰ appare evidente come la disciplina legislativa si sia indirizzata verso una tutela esclusiva dell'interesse statale alla salvaguardia del modello eterosessuale di matrimonio, relegando ad una posizione totalmente recessiva gli interessi della coppia che si sono costituiti proprio in ragione del periodo di matrimonio precedente alla sentenza di rettifica del sesso (punto 5.6 del *Considerato in diritto*).

La Consulta boccia anche l'ipotesi di una sentenza manipolativa tesa a sostituire eccezionalmente il divorzio automatico con lo scioglimento del vincolo matrimoniale su istanza di parte, sempre al fine di escludere alla radice la possibilità di concedere un tale vincolo a persone divenute del medesimo sesso¹¹. Perciò, l'organo di giustizia costituzionale invita in modo pressante il legislatore ad intervenire, affinché il nuovo *status* della coppia possa trovare un'opportuna tutela attraverso istituti giuridici seppure diversi dal matrimonio; anzi, il giudicato della Consulta è così penetrante da individuare nella «convivenza registrata» la forma di tutela più appropriata per situazioni di questo tipo, fermo restando naturalmente il potere discrezionale del Parlamento nel fissarne la disciplina (punto 5.7 del *Considerato in diritto*). Di qui la dichiarazione di illegittimità costituziona-

febbraio 2015, n. 2400, I sez. Civile, in <http://www.articolo29.it>, ove si sostiene: «il nucleo affettivo-relazionale che caratterizza l'unione omo-affettiva [...] riceve un diretto riconoscimento costituzionale dall'art. 2 Cost....».

10 Per A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, 15, «il bilanciamento è propriamente una tecnica di composizione di “interessi costituzionali” [...] e non dei correlativi valori, i quali, semmai, entrano nel giudizio di costituzionalità in via riflessa o mediata».

11 La Corte costituzionale sembra voler scongiurare la possibilità che la sua decisione diventi una sorta di «cavallo di Troia» a danno del paradigma eterosessuale del matrimonio, su cui cfr. M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, cit., 19.

le, per violazione dell'art. 2 Cost., a danno del citato art. 4 e del connesso art. 2, legge 164/1982, laddove non prevedono alcuna forma di tutela per la coppia in seguito allo scioglimento automatico del matrimonio prodotto dalla sentenza di rettifica del sesso.

1.1 Dopo il giudizio di legittimità costituzionale, proprio quest'ultimo aspetto è stato evidenziato dal giudice *a quo* nel momento in cui ha dovuto decidere il caso concreto alla sua attenzione. Difatti, secondo questo giudice, cioè la Corte di cassazione, la conseguenza più grave del c.d. 'divorzio imposto' messa in luce dalla sent. n. 170/2014 si concretizza nel «passaggio da uno stato di massima protezione giuridica», come rappresentato dal vincolo coniugale, «ad una condizione [...] di assoluta indeterminatezza» successiva allo scioglimento del medesimo vincolo (Corte di cass., sent. n. 8097/2015)¹².

Il profilo critico è perciò rappresentato dall'*assoluto* deficit di tutela nei riguardi delle coppie regolarmente sposate che anche dopo la rettificazione del sesso vogliano conservare la propria unione; tale deficit trova la sua ragione nella grave assenza di una disciplina legislativa su questa materia, che produce «effetti costituzionalmente incompatibili con la protezione che l'unione conseguente alla rettificazione di sesso di uno dei componenti deve [...] conservare ex art. 2 Cost.»¹³. Dunque, in attesa dell'intervento del Parlamento, la sent. n. 170/2014 è valutata dalla Cassazione come «autoapplicativa e non meramente dichiarativa», in quanto la sua qualificazione quale «“additiva di principio” non elide la specificità degli effetti delle pronunce di accoglimento così come indicati nell'art. 136, primo comma, della Costituzione» (Cass., sent. n. 8097/2015). In breve, l'obbligo che a giudizio della Cassazione si deve ricavare dalla sentenza della Consulta è quello di fare fronte all'assenza radicale di tutela per la coppia ricorrente, per cui si deve procedere alla rimozione degli effetti dello scioglimento automatico del vincolo matrimoniale, così da permettere alle parti di conservare i diritti e i doveri propri del coniugio fino a quando il Parlamento non consentirà «ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata» (sent. n. 8097/2015).

12 La sent. n. 8097/2015 della Cassazione può essere consultata sul sito http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2015/04/Cass._8097_2015.pdf

13 Corte di cass., sent. n. 8097/2015. Per P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in *Comparazione e diritto civile*, gennaio 2011, 15, anche in relazione alle unioni tra persone dello stesso sesso «è dato riscontrare il fondamento comune di tutte le forme di convivenza: personalismo, solidarismo, democraticità», che giustifica il ricorso all'art. 2 Cost.

La decisione del giudice *a quo* è stata accolta in modo controverso in dottrina: mentre una parte di essa ne ha addirittura – in termini di previsione – anticipato il contenuto alla luce della sentenza della Corte costituzionale¹⁴, un'altra parte ritiene il giudicato della Cassazione non conseguenziale all'indirizzo della Consulta¹⁵.

In particolare, in base a quest'ultimo orientamento dottrinario la Corte della nomofilachia – con la sua decisione di consentire il prosieguo del matrimonio seppure fino all'intervento legislativo – avrebbe disatteso l'indicazione della Corte costituzionale secondo cui la persistenza del rapporto di coniugio, di tipo omosessuale, sarebbe in contrasto con l'art. 29 Cost. È sicuramente meritevole di attenzione l'indirizzo della Cassazione, peraltro pure manifestato dalla sent. n. 170/2014, di preservare alla coppia quel sistema di tutele che al momento solo il matrimonio garantisce, ma è altrettanto chiara la valutazione giurisprudenziale della Consulta di non estendere quest'istituto alle coppie *same-sex*.

Invero, come sottolinea una parte autorevole della dottrina ci si trova dinanzi ad una situazione «del tutto nuova», poiché «per la prima volta, la Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità di un'omissione legislativa “pura e semplice”, ossia non collegata con l'incostituzionalità di una norma scritta»; anzi, «l'effetto demolitorio», tipico di una sentenza di accoglimento, nel caso di specie verrebbe meno «in quanto la norma impugnata dovrebbe continuare ad essere applicata» come «addirittura costituzionalmente necessaria», altrimenti si verificherebbe proprio quell'effetto

14 È stato il caso di B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit.; difatti, M. GATTUSO, *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all'entrata in vigore di una legge sulle unioni civili*, in <http://www.articolo29.it>, 21 aprile 2015, evidenzia come la Corte di cassazione abbia ritenuto che quella indicata da B. Pezzini «era la strada da percorrere».

15 In questo senso cfr. A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta on line*, n. 1, 2015, 304 ss.; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Il Foro Italiano*, 2014, I, 2680 ss., la cui valutazione è anch'essa in termini di previsione rispetto alla decisione della Cassazione; A. PAPA, *Il “mosaico della famiglia” tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2015, 20. Ancora più recentemente per A. RUGGERI, *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, n. 1, 2015, 129, la Corte di cassazione ha proceduto «ad una vera e propria revisione della Costituzione», poiché ha derogato al principio eterosessuale del coniugio.

di persistenza del matrimonio tra due persone del medesimo sesso, che invece la Consulta ritiene illegittimo per le ragioni già espresse¹⁶.

In questa fattispecie allora non si può fare a meno dell'intervento legislativo per la complessità delle scelte da doversi effettuare, come appalesa la sent. n. 8097/2015 della Cassazione che, nel tutelare uno degli aspetti critici pur evidenziati dal giudice delle leggi, finisce per disattenderne l'indirizzo di fondo sulla illegittimità dei matrimoni omosessuali¹⁷.

La decisione della Corte di cassazione, dunque, evidenzia ancora maggiormente il rilievo negativo circa l'assenza della disciplina legislativa su questo tipo di situazione. Il Supremo Giudice ha tentato di arginare il vuoto normativo da un lato recuperando alla coppia ricorrente il sistema di garanzie del «pregresso vissuto» matrimoniale, dall'altro sottoponendo tale scelta «alla condizione temporale risolutiva» (Cass., sent. n. 8097/2015)¹⁸

16 Si tratta dell'indirizzo espresso da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, cit., 2683 ss., che non manca di sottolineare come «dalla novità della scelta della corte» derivino una serie di conseguenze e «una prima conseguenza è proprio quella dell'efficacia delle pronunce di incostituzionalità» (in particolare p. 2685).

17 Secondo A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta on line*, 13 giugno 2014, 3, «il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'intanto tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, “sussidiariamente” prodotte dal giudice comune, in attesa della organica e compiuta disciplina vagheggiata dalla Corte». Sempre Ib., *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, cit., 307 ss., è chiaro laddove afferma che nelle sentenze additive di principio «il giudice *a quo*, unitamente agli altri giudici, in attesa dell'intervento regolatore del legislatore [...] può (e deve) estrarre dal principio somministrato dalla Consulta la regola buona per il caso; o, meglio, che può (e deve) farlo *fantantoché materialmente possibile*, perché alle volte è invero richiesta allo scopo una complessa ed articolata attività di produzione “normativa” [...], un'attività che si presenta assai ardua da svolgere in modo adeguato». Lo stesso A. evidenzia ancora che a giudizio della Cassazione «la regola desunta è [...] l'unica norma desumibile, “a rime obbligate”, dal principio. Solo che, se le cose stessero davvero così, non si capirebbe perché mai la regola stessa non sia stata aggiunta dallo stesso giudice costituzionale» (in particolare p. 308).

18 In proposito B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit., aveva già sostenuto che il matrimonio, dopo la rettifica del sesso, sarebbe risultato «sottoposto ad una condizione risolutiva» rappresentata dalla futura e nuova regolamentazione; al contrario, A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (a prima lettura di Cass., I sez. civ., n. 8097 del 2015)*, cit., 313, non esita a definire «“invenzione”» l'isti-

dell'intervento legislativo sollecitato dalla Corte costituzionale. Tuttavia, la scelta della Cassazione – pur condivisibile nella sua tensione garantista – sconta le critiche adesso illustrate di una parte della dottrina nel senso, si ribadisce, della contrarietà all'indirizzo della giurisprudenza costituzionale sui matrimoni *same-sex*. Tutto ciò però evidenzia un altro profilo problematico: la Consulta non ha ritenuto questa fattispecie rappresentativa di una possibile eccezione rispetto alla regola dell'illegittimità dei vincoli coniugali tra le coppie omosessuali, come invece è stato prospettato in altri ordinamenti per le ragioni che saranno ora esaminate.

2. Il giudice delle leggi italiano nella sua decisione ha richiamato anche gli indirizzi di altri organi di giustizia costituzionale di Paesi europei che hanno affrontato questioni analoghe, a dimostrazione del dialogo che si instaura tra le Corti su fattispecie come quella oggetto della sent. n. 170/2014 che, pur nella loro peculiarità, non si presentano poi così rare¹⁹.

In particolare, nel presente contributo si presterà attenzione al *Bundesverfassungsgericht* (da ora in poi anche *BVerfG*), ord. del 27 maggio 2008, 1 BvL 10/05, che risolve un caso di scioglimento del matrimonio necessario ai fini della rettifica anagrafica del sesso²⁰. A tal riguardo è opportuno richiamare innanzitutto la legge che in Germania disciplina il fe-

tuto del «matrimonio “a tempo”». Per completezza è utile ricordare un'ulteriore soluzione per la coppia ricorrente proposta da altra parte della dottrina, per la quale il vincolo coniugale dovrebbe considerarsi comunque sciolto, con la possibilità però, in caso di richiesta delle parti, di «ammettere la prosecuzione non giuridicamente indifferente della relativa convivenza [...]». Caso per caso [...] dovrà dunque essere chi intende negare i diritti di volta in volta in rilievo a opporre e provare la base legale-costituzionale della pretesa esclusione», cfr. P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014, cit., 13 ss.

19 Naturalmente, il dialogo ricomprende anche la Corte EDU, come si dimostrerà nel paragrafo successivo, e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, le quali – unitamente alle Corti costituzionali dei Paesi membri – «sono giudici profondamente diversi fra loro, accomunati tuttavia dall'essere, almeno da un punto di vista sostanziale, giurisdizioni delle libertà», cfr. A. APOSTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali al di là della Costituzione nazionale*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 8 ss.

20 La decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco si può reperire sul sito istituzionale <http://www.bundesverfassungsgericht.de>; su un tema analogo si è espressa anche la Corte costituzionale austriaca, *Verfassungsgerichtshof*, sentenza n. 17849, 8 giugno 2006. Entrambe le decisioni sono ora in *GenIUS*, n. 1, 2014, rispettivamente alle pp. 184 ss. e pp. 208 ss. Anche la Corte di cassazione nella sua ordinanza di rinvio si è richiamata ai giudicati tedesco e austriaco, a dimostra-

nomeno del transsexualismo, cioè il *Transsexuellengesetz* (TSG) («Legge sul cambiamento dei prenomi e sulla determinazione dell'appartenenza sessuale in casi particolari») del 10 settembre 1980²¹, che offre alla persona transessuale due diverse soluzioni per la propria condizione. La prima contempla la possibilità che l'interessato si rivolga al Tribunale per il solo cambiamento del nome a seguito del rigetto psicologico che nutre verso il proprio sesso di origine (c.d. piccola soluzione, §§ 1-7 TSG); la seconda consente la modifica definitiva del sesso, perciò anche all'anagrafe, ma sempre dopo la decisione dell'autorità giudiziaria (c.d. grande soluzione, §§ 8-12 TSG).

Questa seconda soluzione deve essere adottata nel rispetto di talune condizioni, alcune delle quali però sono state dichiarate illegittime dallo stesso Tribunale costituzionale federale tedesco. Difatti, una persona transessuale può richiedere la modifica del sesso di origine nel momento in cui non si riconosce più in esso, avendo adottato da almeno tre anni uno stile di vita conforme al sesso psicologicamente percepito (§ 8 Abs. 1). A tale presupposto la disciplina legislativa aggiungeva altre tre condizioni, cioè che la persona non fosse sposata, che fosse «permanentemente incapace di procreare» e che infine si fosse sottoposta ad un intervento chirurgico «di trasformazione dei suoi attributi sessuali esteriori» (§ 8 Abs. 1 Nr. 2, 3 e 4). Tutte queste tre condizioni sono state cancellate da due diverse decisioni del *Bundesverfassungsgericht*, il quale ha cercato di preservare soprattutto il diritto all'autodeterminazione, sensibilmente compromesso da questa parte dell'atto legislativo²².

zione dell'importanza che la fattispecie del 'divorzio imposto' ha assunto a livello europeo.

21 Per un commento sul *Transsexuellengesetz* v. P. STANZIONE, *La soluzione normativa del transsexualismo: l'esperienza tedesco-occidentale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, 1232 ss. È opportuno ricordare come nell'ordinamento tedesco il Tribunale costituzionale federale abbia svolto un ruolo decisivo ai fini del riconoscimento del diritto all'identità sessuale; difatti, il *BVerfG*, con una decisione dell'11 ottobre 1978, individuava nel profilo psicologico l'aspetto principale del transsexualismo, tanto che – in ragione degli artt. 1 (I) e 2 (I) del *Grundgesetz*, a tutela della dignità dell'uomo e del «diritto al libero sviluppo della propria personalità» – poteva affermare: «in primo piano non sta, per i transessuali, la sessualità, bensì il cercare di far coincidere la *psiche* con la *physis*, così che l'operazione è da considerare come una parte dell'attuazione di questo obiettivo» (*BVerfG*, 11 ottobre 1978, in *Il Foro Italiano*, 1979, IV, 274, cui segue una nota di G. VOLPE). Il giudicato del Tribunale costituzionale federale costituirà il fondamento decisivo per la disciplina legislativa del *Transsexuellengesetz*, di due anni successiva.

22 La condizione per cui la persona transessuale non fosse sposata è stata esaminata dal Tribunale costituzionale federale tedesco nell'ord. del 27 maggio 2008, 1 BvL

Naturalmente, ai fini del presente contributo rileva in particolare la condizione del celibato o nubilato quale presupposto indispensabile per ottenere dal Tribunale la rettifica della registrazione del sesso. È evidente che qualora un transessuale si fosse attivato per la c.d. grande soluzione in costanza di matrimonio, sarebbe stato costretto al preventivo scioglimento di tale vincolo per vedere accolta l'istanza di modifica del sesso. Non a caso, proprio una fattispecie di tale tipo è stata oggetto di attenzione da parte del *BVerfG*, nella citata ord. del 27 maggio 2008, 1 BvL 10/05.

Il caso riguarda un uomo nato nel 1929 e sposato dal 1956 con tre figli; da tempo l'interessato non sentiva più di appartenere al proprio sesso anagrafico, per cui nel 2001, attivando la 'piccola soluzione', aveva ottenuto il cambiamento del nome in senso femminile, per poi nel 2002 sottoporsi all'intervento chirurgico per la modifica definitiva del sesso, in conformità a quanto richiesto dal *Transsexuellengesetz* per la 'grande soluzione'. In ragione di ciò la persona transessuale – ormai divenuta di sesso femminile – avanzava richiesta di modifica del proprio stato anagrafico all'Autorità giudiziaria di Schöneberg. Quest'ultima era costretta però a rigettare l'istanza in quanto non si era proceduto al preventivo scioglimento del matrimonio, necessario per ottemperare al dettato legislativo che richiedeva per l'appunto al transessuale di non essere sposato; anzi, l'altro coniuge aveva condiviso in piena sintonia la scelta del mutamento di sesso del proprio partner, per cui non vi era mai stata l'intenzione di sciogliere il loro rapporto coniugale che quindi rimaneva ben saldo²³.

10/05, che ora si analizzerà nel testo, mentre le altre due condizioni, dell'incapacità di procreare e del necessario intervento chirurgico, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime dal *BVerfG*, 1 BvR 3295/07, 11 gennaio 2011, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de>. Per un commento a tale ultima decisione sia consentito rinviare a L. FERRARO, *Transsessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *federalismi.it*, n. 21, 2013, 27 ss. A giudizio di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 2, 2012, 180, «La Corte costituzionale tedesca, con le due ricordate decisioni, in materia di interventi chirurgici e di scioglimento del matrimonio, ha profondamente modificato l'impianto della normativa del 1980, trasformando una legge che pur si caratterizzava per rigore e coerenza in una disciplina più liberale e più attenta a tutti gli interessi della persona umana tutelati dall'ordinamento giuridico». Sulla 'piccola soluzione' (*kleine Lösung*) e 'grande soluzione' (*grosse Lösung*) v. G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di rimessione n. 14329/2013 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 117.

23 Per una breve, ma attenta ricostruzione della fattispecie v. anche M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno*

La *ratio* della legge tedesca del 1980, che nel caso di specie imponeva lo scioglimento del matrimonio, si rinviene nel divieto di costituire una relazione matrimoniale di fatto *same-sex* in seguito all'intervenuta modifica dei caratteri sessuali di uno dei coniugi. Ciò è ancora più significativo in un ordinamento che, com'è noto, ai sensi dell'art. 6 (I) del *Grundgesetz* (GG), stabilisce: «Il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale»²⁴.

Ciò nonostante, il *BVerfG* non ha mancato di evidenziare che il requisito dell'eterosessualità condiziona innanzitutto il legittimo diritto all'autodeterminazione da parte del transessuale circa la scelta del sesso che ritiene più conforme al proprio sentire psichico. La norma legislativa all'attenzione del giudice costituzionale poneva l'interessata dinanzi ad un'alternativa conflittuale, giacché doveva «decidersi o per il riconoscimento giuridico della sua identità sessuale o per il mantenimento del matrimonio»²⁵. L'eventuale scelta a favore della modifica del sesso imponeva il coattivo e preventivo scioglimento del vincolo coniugale, per di più contravvenendo alla caratteristica strutturale del matrimonio come comunione duratura di vita e di responsabilità²⁶.

dei coniugi, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 dicembre 2012, 16 s.

24 A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, Milano, 2013, 176, non manca di sottolineare come «il *Grundgesetz* (art. 6, co. 1) si riferisce espressamente al matrimonio tra persone di sesso diverso». A tal riguardo, A. SANDERS, *Matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso e Costituzione tedesca*, in <http://www.articolo29.it>, 7 maggio 2015, 5 e 28, evidenzia che «secondo la costante giurisprudenza della BVG, il matrimonio secondo la lettera dell'Articolo 6 è l'unione [...] di un uomo e di una donna relativamente a tutti gli aspetti della vita in comune».

25 *BVerfG*, 1 BvL 10/05, 27 maggio 2008 (65).

26 Sul punto cfr. F. SAITTO, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 77, per il quale «non può passare inosservato che nell'ordinanza del *BVerfG* del 2008 abbia avuto un peso decisivo il concetto di *Verantwortungsgemeinschaft* (comunità di responsabilità) scaturente dal matrimonio e capace di prevalere sulla rigidità della garanzia di istituto»; difatti, sempre secondo quest'A., la comunità di responsabilità tra i coniugi si pone «come il vero nucleo del rapporto matrimoniale tanto da poter prevalere anche sulla diversità di sesso dei coniugi» (in particolare, p. 73); v. anche S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, cit., 178 s. A. SANDERS, *Matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso e Costituzione tedesca*, cit., 9, precisa ancora ulteriormente che secondo il *BVerfG* «il matrimonio [...] deve essere inteso e accettato da entrambi i partner come un rapporto duraturo, pensato idealmente per durare tutta la vita», per cui non è possibile immaginare *ab initio* l'istituto matrimoniale come limitato in quanto costituzionalmente illegittimo.

Si aggiunga poi il nocumento che ne sarebbe potuto derivare pure per l'altro coniuge. Anche questi, infatti, si trovava dinanzi ad una decisione conflittuale, poiché o avrebbe potuto condividere – come è avvenuto – la decisione di continuare nel rapporto di coniugio, ma con la descritta conseguenza del mancato riconoscimento al proprio partner dell'identità sessuale, oppure avrebbe potuto approvare la scelta obbligata del coniuge a separarsi quale presupposto indispensabile per ottenere dal magistrato la rettifica anagrafica del sesso²⁷.

Alla luce di ciò il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato costituzionalmente illegittima la condizione del celibato (o nubilato), dal momento che quest'ultima crea nella persona interessata una situazione inestricabile di conflitto interiore, per cui il riconoscimento di un diritto fondamentale, come quello all'identità sessuale, comporta il sacrificio dello scioglimento del matrimonio²⁸. Si verifica, cioè, un bilanciamento irragionevole a favore dell'interesse statale al mantenimento del modello eterosessuale del matrimonio rispetto all'interesse della coppia alla conservazione del vincolo coniugale e di tutti i diritti maturati *medio tempore*²⁹. In questo modo verrebbero ad essere violati, oltre all'art. 6 (I) del *Grundgesetz* sotto il profilo dell'interrotto rapporto matrimoniale, anche gli artt. 1 (I) e 2 (I) GG – a tutela della dignità dell'uomo e del «diritto al libero sviluppo della propria personalità» – dal cui combinato disposto la stessa Corte di *Karlsruhe* ha riconosciuto il diritto all'identità sessuale, che nell'ipotesi *de qua* subirebbe un'eccessiva limitazione³⁰.

Dinanzi ad una situazione di questo tipo il Tribunale costituzionale federale propone al legislatore due diverse soluzioni, poiché – su precisazione dello stesso giudice delle leggi – è compito del Parlamento decidere come

27 *BVerfG*, 1 BvL 10/05 (61c).

28 Su quest'aspetto del dettato legislativo v. H. LILIE, *Das Phänomen Transsexualismus*, in *Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht*, Band 16, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2010, 17, oltre che sul sito web <http://wcms.itz.uni-halle.de/download.php?down=15839&elem=2334274>; F. BILOTTA, *Transsessualismo (voce)*, cit., 766, evidenzia come nella fattispecie emergano due diritti – quello al matrimonio e quello all'identità sessuale – che godono della stessa rilevanza costituzionale in quanto diritti fondamentali.

29 *BVerfG*, 1 BvL 10/05 (49c). Cfr. anche G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di remissione n. 14329/2013 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*, cit., 118.

30 Il richiamo è al *BVerfG*, 11 ottobre 1978, per il quale si rinvia alla precedente nota 21.

risolvere il problema di incostituzionalità³¹. Nel caso in cui si volesse confermare il divieto alla prosecuzione del rapporto matrimoniale, senza pertanto intervenire sui modelli familiari, il Parlamento dovrebbe garantire a questo tipo di coppie la conversione del matrimonio in «una unione di vita sui generis disciplinata dalla legge»³², in cui rimangano inalterati i diritti e doveri del vincolo coniugale; non dovrebbe cioè determinarsi nel nuovo *status* giuridico della coppia alcuna *deminutio* rispetto alla precedente fase della vita matrimoniale. Accanto a questa soluzione, il *BVerfG* ne prospetta un'altra di tenore diverso. In ragione del numero esiguo di transessuali sposati che mutano la propria identità sessuale e che decidono unitamente al proprio coniuge di proseguire nel matrimonio, il legislatore potrebbe in via eccezionale anche preservare il vincolo coniugale senza alcuna sua interruzione, proprio per la particolarità di questa fattispecie³³.

Probabilmente, questa seconda soluzione è stata prospettata dal *Bundesverfassungsgericht* in quanto il diritto fondamentale al centro dell'intera questione è quello all'identità sessuale, piuttosto che quello all'orientamento sessuale, per cui «è stato [...] possibile ammettere – in un ordinamento giuridico come il tedesco che esclude il matrimonio tra persone dello stesso sesso – la permanenza del vincolo coniugale tra persone *divenute* dello stesso genere legale»³⁴. In questo caso l'applicazione del diritto all'identità sessuale non consente l'assimilazione della fattispecie a quella di una coppia originariamente *same-sex*, escludendo così la violazione del principio eterosessuale del matrimonio. La possibilità di prosecuzione del vincolo matrimoniale contraddistingue perciò la decisione del *BVerfG*, segnandone

31 Cfr. G. VIGGIANI, *ult. op. cit.*, 118.

32 *BVerfG*, 1 BvL 10/05 (71). Sul «bilanciamento tra l'esigenza di circoscrivere il matrimonio a soggetti di sesso differente e la necessità di garantire massimamente l'esercizio dei diritti fondamentali e l'autodeterminazione» da parte del transessuale, cfr. G. PALMERI, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali. Profili di diritto di famiglia*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 47.

33 *BVerfG*, 1 BvL 10/05 (72). Anche S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, cit., 179, sottolinea come, «ad avviso della Corte, la prosecuzione del matrimonio di persone transessuali [...] tocca il principio della diversità di sesso soltanto in modo marginale. L'esperienza dimostra, infatti, che la problematica concerne un numero estremamente ridotto di persone transessuali»; perciò, per F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, cit., 2, il Tribunale costituzionale tedesco «non avrebbe aperto la strada al matrimonio tra due persone dello stesso sesso, ma solo ammesso un'«eccezione» al principio dell'eterosessualità del matrimonio».

34 È la tesi di M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, cit., 19.

la differenza con la sentenza della nostra Corte costituzionale, ma anche con un'ulteriore decisione della Corte EDU che si è trovata ad esaminare un caso analogo finlandese.

3. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affrontato – prima con un giudicato della quarta sezione e poi con la decisione finale di conferma della *Grand Chamber* – un caso (*H. c. Finlandia*) verificatosi in Finlandia, i cui contorni si avvicinano alle fattispecie esaminate dalle Corti costituzionali italiana e tedesca³⁵.

L'interessato, da principio di sesso maschile, si è regolarmente sposato nel 1996 ed è divenuto padre nell'anno 2002. Egli, però, avvertiva da tempo un disagio di identità sessuale per cui procedeva al cambiamento del nome (2006), per poi sottoporsi ad intervento chirurgico (2009) teso alla trasformazione della propria identità in senso femminile. Ciò nonostante, a norma del *The Gender confirmation of transsexual individuals Act*³⁶, la donna transessuale non aveva soddisfatto tutte le condizioni necessarie per ottenere dalle autorità di quel Paese la rettifica anagrafica del proprio sesso. Difatti, come nell'ipotesi del *Transsexuellengesetz* tedesco, anche in Finlandia la legislazione richiede (§ 1 n. 3) quale ulteriore presupposto il celibato (o nubilato) della persona transessuale, in quanto l'ordinamento riconosce la possibilità di unirsi in matrimonio solo a persone di sesso diverso, mentre per i vincoli *same-sex* sono previste le unioni civili. L'interessata, pertanto, avrebbe dovuto optare in via preventiva per lo scioglimento del proprio vincolo coniugale, oppure – a differenza questa volta dal caso tedesco – avrebbe potuto procedere alla conversione del matrimonio in un'unione civile registrata, sempre che vi fosse stato il necessario consenso dell'altro coniuge pure di sesso femminile.

Questi aveva comunque condiviso il percorso di mutamento del sesso della propria partner transessuale, per cui la coppia, essendo rimasta unita nel vincolo affettivo, non aveva optato per la soluzione del divorzio, né

35 La decisione della Corte di Strasburgo, quarta sezione, 13 novembre 2012, è stata pubblicata in *GenUS*, n. 1, 2014, 176 ss.; quella della Grande Camera, 16 luglio 2014, può essere invece consultata sul sito <http://www.articolo29.it/2014>. Si tenga conto che anche la nostra Corte di cassazione, a conforto del proprio dubbio di costituzionalità, si richiama alla pronuncia della Corte di Strasburgo, naturalmente quella del 13 novembre 2012; in proposito F. BILOTTA, *Transsessualismo (voce)*, cit., 766, evidenzia l'enfasi da parte dell'ordinanza di rinvio sul carattere precettivo della CEDU. Come precedente giurisprudenziale v. Corte EDU, 28 novembre 2006, ricorso n. 42971/05, *Parry c. Regno Unito*.

36 Legge finlandese n. 563, 28 giugno 2002.

tantomeno aveva proceduto alla conversione del vincolo coniugale in un'unione civile, desiderando perpetuare anche per ragioni religiose un rapporto di tipo matrimoniale³⁷. Naturalmente, tale decisione ha posto la coppia fuori dal dettato normativo finlandese circa la relazione matrimoniale di tipo eterosessuale, costringendola ad adire la Corte EDU dopo aver esperito negativamente i rimedi giurisdizionali interni.

Il giudice di Strasburgo si è trovato ad esaminare la fattispecie alla luce degli artt. 8, 12 e 14 della CEDU, a tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del diritto al matrimonio e del divieto di discriminazione. A tal riguardo, richiamando il giudicato del *Bundesverfassungsgericht* prima illustrato, la ricorrente non ha mancato di sottolineare in relazione a quella vicenda processuale come pure l'ordinamento finlandese costringa la persona transessuale ad una scelta dicotomica tra due diritti egualmente fondamentali, cioè il diritto all'autodeterminazione sessuale e il diritto al matrimonio³⁸. L'obiettivo non vuole essere quello di estendere i diritti matrimoniali ad una coppia omosessuale, ma unicamente quello di preservare il vincolo coniugale già esistente, anche a tutela del rapporto genitoriale con il proprio figlio³⁹.

La Corte EDU in entrambe le decisioni è stata di contrario avviso, in quanto ha sostenuto che la legislazione del Paese scandinavo non ha violato

37 Corte EDU, 16 luglio 2014, ricorso n. 37359/09, *H. c. Finlandia*, par. 15.

38 In proposito, F.R. AMMATURO, *Il "divorzio imposto" per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici* di H. c. Finlandia, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 110, ricorda come la Corte EDU, già nella decisione della quarta sezione, aveva considerato i due diritti in questione come alternativi, per evitare «un matrimonio tra persone dello stesso sesso non ammesso dalla legge finlandese». Perciò, «nella richiesta alla Grande Camera, viene contestato da parte dei legali della ricorrente, l'approccio restrittivo della Corte, poiché essa sembra ignorare la legislazione in vigore in 24 stati membri del CdE che non richiedono né il divorzio, né la trasformazione del matrimonio in un altro istituto giuridico come prerequisito per il riconoscimento del cambiamento di genere effettuato da uno dei due coniugi».

39 Secondo l'interessata il proprio rapporto genitoriale con il figlio sarebbe stato modificato dalla conversione del matrimonio nell'unione registrata; difatti, ella non si sarebbe potuta porre né, ovviamente, come padre, ma nemmeno come madre «as a child could not have two mothers», v. Corte EDU, 16 luglio 2014, ricorso n. 37359/09, *H. c. Finlandia*, par. 17. Oltre a ciò la ricorrente dichiarava di voler affrontare la vita personale e familiare nel rispetto dei propri convincimenti di tipo religioso e personale, Corte EDU, *ibidem*, par. 41 e 44. Sulla descrizione dell'intera fattispecie in fatto e in diritto cfr. P. PUSTORINO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*, 27 luglio 2014, e S. FALCETTA, *Hämäläinen c. Finland: un approccio sostanzialistico unidirezionale*, 4 agosto 2014, entrambi in www.articolo29.it/2014.

la Convenzione. La previsione normativa della conversione del matrimonio in una diversa unione affettiva, che conserva del primo gli stessi diritti e doveri, realizza a giudizio della Corte una equilibrata ponderazione tra il diritto della persona transessuale a vedersi riconosciuta la propria identità sessuale e l'interesse dello Stato finlandese al mantenimento del modello eterosessuale del vincolo matrimoniale⁴⁰. In particolare, nella sentenza della Grande Camera si evidenzia su questo tema la discrezionalità di cui godono gli Stati che aderiscono alla CEDU, in ragione della varietà delle loro legislazioni, ma soprattutto della perdurante assenza in molti di essi di una legislazione «on gender recognition»⁴¹. Pertanto, come sottolinea una parte della dottrina, «non è possibile per la Corte desumere alcun “European consensus” utilizzabile quale parametro giuridico di riferimento che limiti in modo più netto la condotta degli Stati parte. Non resta, quindi, che garantire ad essi un ampio margine di manovra»⁴².

Appare evidente come, attraverso il consenso dell'altro coniuge, la prevista conversione del matrimonio in un'unione civile segni la differenza tra la legislazione finlandese e quella tedesca, che invece offriva alla coppia già sposata il divorzio come unica soluzione. Quindi la Corte di Strasburgo non ritiene sbilanciata la legislazione a favore dell'interesse statale per il matrimonio tra persone di sesso diverso, anche perché lo stesso giudice ha potuto verificare nel caso di specie che l'applicazione della disciplina sulle unioni civili non avrebbe comportato alcuna conseguenza negativa sulla situazione giuridica della coppia⁴³.

Il fatto che la legislazione finlandese realizza il suddetto bilanciamento non spinge la Corte EDU a considerare la possibilità della prosecuzione del matrimonio, come invece ha ritenuto il Tribunale costituzionale federale tedesco in ragione del pregresso vissuto di queste coppie che le distingue dalle relazioni omosessuali *tout court*. L'assenza di un *European consen-*

40 Corte EDU, *ibidem*, parr. 87 e 88. Sulla proporzionalità del bilanciamento, tenendo conto che «in Finlandia l'istituto delle *registrerat partnerskap* [...] presenta gli stessi diritti e gli stessi doveri di quello matrimoniale», cfr. G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di rimessione n. 14329/2013 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*, cit., 119.

41 Corte EDU, *ibidem*, par. 74.

42 Cfr. P. PUSTORINO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e cambiamento di sesso: il caso Hämäläinen c. Finlandia*, cit., il quale si sofferma altresì sul «metodo di ricostruzione del suddetto consenso europeo», nonché sui «limiti di applicazione dello strumento interpretativo in esame».

43 Il riferimento è all'approccio «sostanzialistico» richiamato da P. PUSTORINO, *ult. op. cit.*

sus su questo tipo di situazioni sembra suggerire alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo una certa cautela nelle decisioni; a suo giudizio non esiste al momento un minimo comune denominatore tra i Paesi aderenti alla CEDU circa la soluzione matrimoniale relativamente alle coppie *same-sex*, sicché – lasciando discrezionalità sul punto agli Stati – il suo principale obiettivo è quello di garantire soluzioni bilanciate nella tutela dei diritti, come appunto nel caso della trasformazione da una coppia originariamente eterosessuale ad una coppia divenuta omosessuale in seguito alla rettifica del sesso di uno dei coniugi⁴⁴.

In breve, mentre il *Transsexuellengesetz* tedesco pone al *BVerfG* la necessità costituzionale – ai sensi dell'art. 6 GG a tutela della famiglia – di garantire, eventualmente anche con la prosecuzione del matrimonio, la comunione di vita tra i coniugi a fronte del divorzio imposto, la legislazione finlandese non sollecita la medesima necessità alla Corte EDU, proprio per la previsione dell'unione civile quale rimedio già previsto nel caso di specie. Perciò, il giudice di Strasburgo può richiamarsi prevalentemente, secondo anche la sua precedente giurisprudenza, all'art. 8 CEDU che, nel garantire la vita privata, costituisce il fondamento per i diritti delle persone transessuali⁴⁵, senza l'esigenza di ricorrere all'art. 12 CEDU che riconosce il diritto al matrimonio e alla famiglia, soprattutto nel momento in cui quest'ultima disposizione è considerata incapace, sotto il profilo interpretativo, di imporre agli Stati l'obbligo giuridico del coniugio per qualunque tipo di unione⁴⁶.

44 Anche se a giudizio di F.R. AMMATURO, *Il "divorzio imposto" per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici* di H. c. Finlandia, cit., 110, «la priorità della Corte [...] non sembrerebbe quella di tutelare i diritti della ricorrente, quanto piuttosto quella di proteggere in astratto il matrimonio come istituzione eteronormativa». Alla luce dell'indirizzo della Corte di Strasburgo, M.M. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 3, 2012, 582, ritiene che le persone transessuali, relativamente al matrimonio, siano titolari unicamente di un diritto di accesso all'istituto, senza che vi sia al momento alcun diritto alla conservazione del vincolo di coniugio.

45 In tal senso V. S. PATTI, M.R. WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986, 118.

46 Cfr. F. SAITTO, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*, cit., 73 s., il quale richiama anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di identità sessuale; in particolare, per un'analisi di quest'ultima alla luce dell'art. 8 CEDU, cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 182 ss. Sulla differenza tra *partnership* registrata

4. La Corte costituzionale italiana, il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte EDU nelle sentenze illustrate si sono trovati ad esaminare tre fattispecie in parte analoghe, sebbene disciplinate dai propri ordinamenti in modo differente. In primo luogo i tre casi hanno in comune la problematica di fondo, cioè si tratta di coppie originariamente di sesso diverso e regolarmente sposate, in cui però uno dei due coniugi, in costanza di matrimonio, decide di rettificare il proprio sesso di origine. Tale scelta viene condivisa dall'altro coniuge, al punto da confermare entrambi la volontà di prosecuzione del rapporto matrimoniale non essendone stato intaccato il vincolo affettivo.

Dinanzi a questa fattispecie, sicuramente inusuale per le sue caratteristiche, i tre ordinamenti esaminati, italiano, tedesco e finlandese, contrappongono il principio dell'eterosessualità del matrimonio a fronte di rapporti che sono divenuti di tipo omosessuale. Tuttavia, esiste, come già evidenziato, quello che la nostra Corte costituzionale ha chiamato il *pregresso vissuto* della coppia, rispettoso del principio della diversità di sesso all'interno del coniugio e che ne evidenzia la differenza rispetto ad un vincolo affettivo nato sin dall'inizio tra due persone con un orientamento *same-sex*. Si viene in tal modo a determinare un intreccio problematico tra il diritto all'identità sessuale e il diritto all'orientamento sessuale che gli ordinamenti presi in considerazione risolvono in modo parzialmente diverso, giustificando pertanto risposte diverse dagli organi di giustizia aditi.

In via preliminare è opportuno evidenziare che ci si trova dinanzi ad ordinamenti che – a differenza di altri, come sottolineato dalla Corte EDU – riconoscono il diritto all'identità sessuale. In particolare, mentre la legge finlandese n. 563 è del 28 giugno 2002, quindi relativamente recente, le leggi italiana e tedesca – rispettivamente la legge 164/1982 e il *Transsexuellengesetz* del 10 settembre 1980 – sono invece più datate e, dunque, se da un lato sono state antesignane, almeno in Europa, nel riconoscere il diritto all'autodeterminazione sessuale, dall'altro si presentano meno aperte in sede interpretativa alle evoluzioni sociali e culturali dei nostri tempi, come dimostrano le caducazioni da parte dei Tribunali costituzionali di questi due Paesi.

Relativamente al tema di nostro specifico interesse sembra possibile tracciare una prima linea di demarcazione tra le suddette legislazioni. Innanzitutto, vi è la legge italiana che permette di avanzare l'istanza al Tribunale per la modifica del sesso anche se il richiedente dovesse trovarsi nello

e matrimonio in ragione del valore simbolico di quest'ultimo, v. S. FALCETTA, *Hämäläinen c. Finland: un approccio sostanzialistico unidirezionale*, cit.

status giuridico di coniuge; di poi, ai sensi dell'art. 4, legge 164/1982 – almeno sino alla sua recente dichiarazione di incostituzionalità – la sentenza di riconoscimento della rettifica del sesso avrebbe provocato *ipso iure* lo scioglimento del vincolo senza offrire altra diversa soluzione ai coniugi. Né il tenore della disposizione *de qua* era mutato con la sua sostituzione da parte del d. lgs. 150/2011, art. 31, 6° comma; infatti, con la modifica si era stabilito che la stessa sentenza di rettifica del sesso «determina» – invece di «provoca» – lo scioglimento del matrimonio, per cui il giudice italiano delle leggi ne ha dichiarato comunque l'illegittimità costituzionale conseguenziale in forza della «minima influente variante lessicale»⁴⁷.

Al contrario, la legislazione tedesca, prima dell'intervento caducatorio del *BVerfG*, richiedeva quale presupposto – e non come conseguenza – che la persona transessuale fosse celibe (o nubile) al momento della richiesta di variazione anagrafica del proprio sesso, per cui se l'interessato fosse stato sposato avrebbe dovuto procedere in *via preventiva* allo scioglimento del vincolo coniugale; tale presupposto rimane invece attuale nella legislazione finlandese, poiché il transessuale gode dell'opzione alternativa della conversione del matrimonio in una unione civile⁴⁸.

In ciascuno dei tre ordinamenti, si ribadisce, è presente il principio dell'eterosessualità del coniugio che condiziona i rispettivi dettati legislativi, sicché gli organi di giustizia aditi hanno dovuto verificare il bilanciamento tra l'interesse statale «alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio»⁴⁹ e l'interesse della coppia a

47 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.8 del *Considerato in diritto*, ove non a caso si dispone che «la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, va estesa all'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, che ha sostituito l'art. 4 della legge n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo d.lgs.».

48 Sul divorzio quale condizione piuttosto che conseguenza dell'esercizio del diritto all'identità sessuale in riferimento al diritto comparato, cfr. M. BALBONI, M. GATTUSO, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali*, cit., 16 s. In relazione a ciò G. VIGGIANI, *L'uso della comparazione come metodologia interpretativa nell'ordinanza di rimessione n. 14329/2013 della Suprema Corte di cassazione: similarità e differenze tra il caso italiano e i casi stranieri*, cit., 118, evidenzia come «nel caso italiano, il divorzio non è obbligatorio, ma è automatico, ovvero avviene indipendentemente non solo dal consenso [...] ma anche dalla richiesta della persona transessuale o del coniuge», mentre nel caso tedesco, «benché sia vero che così facendo la persona transessuale era costretta a scegliere in modo esclusivo tra il diritto all'identità personale e quello al matrimonio, e la norma era per questo censurabile, la richiesta di divorzio era comunque formalmente fatta da uno dei coniugi».

49 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

proseguire il rapporto coniugale con i diritti e doveri in esso maturati. Da tale verifica sia la Corte costituzionale che il *Bundesverfassungsgericht* ne hanno ricavato un irragionevole bilanciamento a favore dello Stato e, quindi, del principio dell'eterosessualità. La legge italiana (164/1982), nel momento in cui ha fissato il divorzio quale effetto automatico della sentenza di rettifica del sesso, non ha poi offerto alcuna alternativa alla coppia con la conseguenza di cancellare quel pregresso vissuto di rapporto matrimoniale in cui si erano maturate, al contrario, situazioni giuridiche meritevoli di tutela; ci si trova, pertanto, dinanzi ad una soluzione, quella del divorzio, esclusivamente eterodiretta da parte dell'ordinamento e tale dunque da giustificare l'utilizzo del sintagma 'divorzio imposto'.

Il Tribunale costituzionale federale tedesco, dal canto suo, ha valutato come in questo tipo di situazioni sia in realtà marginale il principio dell'eterosessualità, anche in ragione del loro numero esiguo; ciò nonostante, il legislatore tedesco – proprio per salvaguardare quel principio, ma fuori da un corretto bilanciamento – ha proceduto ad una limitazione eccessiva del diritto all'identità sessuale, collocandolo nell'ambito di una scelta dicotomica con l'interesse al mantenimento del legame matrimoniale. In sostanza, il *Transsexuellengesetz*, § 8 Abs. 1 Nr. 2, ponendo l'alternativa tra scioglimento del matrimonio o rinuncia alla modifica del sesso, in realtà proponeva una possibilità di scelta solamente apparente, poiché qualunque decisione fosse stata presa dall'interessato comunque avrebbe significato una rinuncia, con la conseguente violazione del diritto all'autodeterminazione⁵⁰.

Solo la legislazione finlandese, secondo la Corte EDU, realizza un'equilibrata ponderazione tra «l'interesse dello Stato a mantenere intatti i modelli matrimoniali previsti dalla legge» e il diritto all'identità sessuale nel rispetto della vita privata e familiare dell'interessata⁵¹. Il discrimine

50 Allora *a fortiori* il rilievo della limitazione eccessiva del diritto all'identità sessuale può valere per la legge italiana che non consente alla persona interessata nessun tipo di scelta, nemmeno apparente come nel caso tedesco, una volta ottenuta la sentenza di rettifica del sesso. Del resto anche la nostra Corte costituzionale è stata sufficientemente chiara sul punto, allorché ha affermato l'esistenza dell'«interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro [...] non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere» (ancora sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*).

51 In proposito v. A. D'ALOIA, *Il "divorzio obbligato" del transessuale. Ancora un "incerto del mestiere di vivere" davanti alla Corte Costituzionale*, in <http://www.confronticostituzionali.eu/?p=513>, 23 luglio 2013. A. MORRONE, *Il bilanciamento*

si rinviene nell'alternativa che quest'ordinamento offre alla persona transessuale, cioè la possibilità di scegliere tra il divorzio e la conversione del matrimonio in un'unione civile che garantisce alla coppia i diritti già maturati⁵². Si tratta di una possibilità effettiva di scelta a favore della persona interessata, la quale – se ritiene compromesso il legame affettivo con il coniuge a seguito della nuova identità sessuale – potrà procedere per il suo scioglimento, altrimenti potrà perpetuare il vincolo affettivo con un istituto giuridico diverso dal matrimonio, cioè l'unione civile, sulla base anche del consenso necessario dell'altro coniuge.

Questo tipo di bilanciamento sembrerebbe alla fine salvaguardare il diritto all'autodeterminazione della coppia e in particolare del transessuale, naturalmente rispettando sempre il perimetro dell'eterosessualità; non è un caso che le Corti costituzionali italiana e tedesca propongano entrambe ai propri legislatori per l'appunto la soluzione dell'unione civile. Nell'ambito di questa indicazione, tuttavia, va rilevato come il *BVerfG* in modo più categorico si richiama ad un'unione che conservi *integralmente* i diritti acquisiti e i doveri imposti dal matrimonio, mentre la nostra Consulta, invocando la convivenza registrata, si limita a qualificarla come «un rapporto di coppia giuridicamente regolato [...] che tuteli *adeguatamente* (corsivo nostro) i diritti ed obblighi della coppia medesima»⁵³, senza alcuna ulteriore precisazione circa il grado di tutela di questi ultimi.

Come si è già sottolineato la soluzione della conversione del matrimonio in un'unione civile cerca allora di contemperare l'interesse dello Stato a mantenere inalterati i modelli familiari e l'interesse della coppia che vuole rimanere unita. Nondimeno, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha prospettato al legislatore la possibilità che il matrimonio continui nonostante il mutamento del sesso, proprio in funzione del numero estremamente ridotto di queste situazioni, e lo stesso legislatore sembrerebbe avere raccolto tale invito con la decisione di abrogare nel 2009 la condizione del celibato (o nubilato) ai fini della rettifica del sesso⁵⁴.

nello stato costituzionale, cit., 8, evidenzia come la tecnica del bilanciamento sia utilizzata anche dalla Corte di Strasburgo.

52 F. BILOTTA, *Transessualismo (voce)*, cit., 767, sottolinea come la presenza nell'ordinamento finlandese di un istituto alternativo, cioè l'unione civile (*civil partnership*), permetta di considerare legittimo lo scioglimento del matrimonio; tuttavia, precisa: «non un istituto alternativo per le coppie formate da persone dello stesso sesso, ma un istituto che dia tutele pressoché identiche al matrimonio».

53 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.7 del *Considerato in diritto*.

54 Cfr. S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, cit., 178.

Di diverso avviso pare essere la Corte costituzionale italiana quando afferma che della disposizione legislativa «non [...] è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con il divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.». La Consulta sembra allora escludere alla radice la possibilità – sia pure eccezionale – della prosecuzione per questo tipo di legame⁵⁵, determinandosi quel contrasto, già prima evidenziato, con la successiva e diversa decisione della Cassazione quale giudice *a quo* del caso concreto. Né naturalmente è possibile comparare quest'ultima sentenza della Corte di cassazione con quella del *BVerfG* sia per la differente natura delle due decisioni, sia per il diverso contesto giuridico in cui esse sono nate.

In realtà, l'obiettivo originario della legislazione, soprattutto italiana e tedesca, è quello di non consentire la possibilità del matrimonio per questo tipo di unioni, per il timore che ciò possa agevolare in un prossimo futuro la legittimità dei matrimoni *same-sex*⁵⁶. La stessa proposta avanzata dal *BVerfG* per la prosecuzione del matrimonio, forse, non entra in contrappo-

55 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*. Relativamente al caso esaminato dalla Consulta, parla espressamente di eccezione B. PEZZINI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio di nuovo davanti alla Corte costituzionale: la questione del divorzio imposto ex lege a seguito della rettificazione di sesso (ordinanza n. 14329/13 Corte di cassazione)*, in *GenIUS*, n. 1, 2014, 29 s., laddove sostiene: «la tutela di interessi costituzionalmente protetti di adeguata rilevanza, che il legislatore non è in grado di tutelare, rende indispensabile ammettere una eccezione alla struttura generalmente eterosessuale dell'istituto. [...] È una operazione di bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente protetti dalla regola e quelli costituzionalmente protetti dalla eccezione che deve essere delineata persuasivamente: e sono proprio il rango ed il peso degli interessi costituzionali in gioco (e in bilanciamento) che non consentono dubbi sulla *necessità* dell'eccezione».

56 Secondo F.R. AMMATURO, *Il “divorzio imposto” per le persone transgender nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo: i profili socio-giuridici di H. c. Finlandia*, cit., 110, «le valutazioni di diverse corti su matrimoni in cui uno dei contraenti sia transgender, sono caratterizzate da un'“ansia giuridica”, ovvero un timore che il riconoscimento della legittimità di tali matrimoni, funga da espediente per l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso». Per F. SAITTO, *Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio*, cit., 77, «un accoglimento della questione potrebbe [...] rappresentare il “cavallo di Troia” per introdurre, per fasi, il matrimonio tra persone dello stesso sesso in via giurisprudenziale»; sul punto v. ancora A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 127. *Contra* A. D'ALOIA, *Il “divorzio obbligato” del transessuale. Ancora un “incerto del mestiere di vivere”*

sizione con tale esigenza, se solo si consideri che ci si trova dinanzi a coppie divenute del medesimo sesso piuttosto che coppie con un orientamento originariamente omosessuale⁵⁷. In questo contesto «il richiamo alla diversità di sesso degli sposi [...] tende a spostare l'attenzione dalla persona del transessuale, già titolare di uno *status* coniugale, alla astratta legittimità del vincolo matrimoniale tra individui dello stesso sesso, creando confusione e mescolando situazioni differenti»⁵⁸. Il fatto che la coppia divenuta dello stesso sesso si sia costituita all'origine in modo conforme al modello eterosessuale, determinando un pregresso vissuto matrimoniale di piena legittimità, rappresenta uno dei fattori caratterizzanti questa fattispecie, capace di segnarne la differenza rispetto ad altre tipologie di legami affettivi che declinano un diverso diritto, quello all'orientamento sessuale.

5. Alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca, oltre che della Corte EDU, appare chiaro come il carattere del 'pregresso vissuto' matrimoniale tipico delle coppie *divenute same-sex* sia stato ben presente nella valutazione dei giudici. Proprio in ossequio ad esso la soluzione della conversione del matrimonio nel diverso istituto dell'unione civile diventa il minimo comune denominatore che caratterizza i distinti giudicati. Quel pregresso vissuto matrimoniale consente, innanzitutto a favore della persona transessuale, la legittima espansione del diritto all'autodeterminazione, che di questa fattispecie rappresenta la situazione giuridica soggettiva principale, per cui non può essere eccessivamente limitato da altri interessi giuridicamente rilevanti, come bene dimostra la decisione del *Bundesverfassungsgericht*.

Anzi, ritornando allo specifico caso italiano, il diritto all'autodeterminazione risulta essere totalmente compromesso se la Corte costituzionale ha rilevato in sede di bilanciamento la «tutela esclusiva» dell'interesse statale per il modello eterosessuale di matrimonio. Di qui l'invito rivolto dalla Consulta al nostro legislatore affinché intervenga «con la massima solleciti-

davanti alla Corte Costituzionale, cit., per il quale «si tratta [...] di un fatto eccezionale, insuscettibile di estensioni analogiche».

57 Anche per R. ROMBOLI, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, in *GenIUS*, n. 1, 2015, 121, il *BVerfG* ha opportunamente valorizzato la specificità della fattispecie posta alla sua attenzione.

58 Così si esprime G. PALMERI, *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e diritti fondamentali. Profili di diritto di famiglia*, cit., 46. Ancora, sottolinea il valore del «matrimonio che c'era» F. BARTOLINI, *Cambiare sesso da sposati: la Consulta sul divorzio del transessuale*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, n. 2, 2014.

tudine» a disciplinare l'istituto della «convivenza registrata», così da offrire alla persona transessuale – sulla traccia dell'esperienza finlandese – la possibilità di una scelta effettiva a favore del diritto all'identità sessuale senza per questo essere obbligato al divorzio⁵⁹.

Su questo punto, però, si arriva al nodo problematico dell'esperienza italiana. Difatti, mentre gli ordinamenti tedesco e finlandese prevedono l'istituto delle unioni civili per persone del medesimo sesso, quello italiano invece presenta una ingiustificata lacuna su questa sfera dei diritti della persona umana⁶⁰. L'inerzia del Parlamento è resa ancora più grave dal perpetuarsi dell'assenza di una disciplina nonostante gli interventi di sollecito da parte della Corte costituzionale, prima con la sent. n. 138/2010 e, poi, con la Relazione del suo Presidente in occasione della Riunione straordinaria, del 12 aprile 2013, della stessa Consulta alla presenza del Capo dello Stato.

Tali sollecitazioni, da ultimo, sono state riprese dalla Corte EDU in una recentissima decisione (*Oliari e altri c. Italia*) in cui il nostro Paese è stato condannato proprio per l'assenza di ogni tutela legislativa che possa garantire alle coppie *same-sex* una relazione stabile ed esclusiva. La Corte di Strasburgo non manca di evidenziare che il comportamento omissivo del Parlamento italiano, oltre a lasciare in una situazione di incertezza giuridica le persone interessate, «è suscettibile di minare la credibilità» e di indebolire il ruolo della Corte costituzionale, i cui autorevoli appelli rimangono disattesi⁶¹.

59 B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, cit., sottolinea come la Corte costituzionale, pur invitando il Parlamento ad intervenire con «una forma alternativa di regolamentazione», ne limita la sua discrezionalità sull'«an», sul «quando» e sul «quomodo».

60 Si ricorda, come sottolineato nel presente contributo, che in relazione alle unioni civili in Germania il *BVerfG* ha sollecitato il legislatore a prevederne una tipologia specifica per le coppie divenute omosessuali. In ogni caso, sull'istituto tedesco della *Lebenspartnerschaft* cfr. F. SAITTO, «Particolare tutela» del matrimonio, principio di eguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in *IANUS*, n. 4, 2011, 109 ss., e *Id.*, *Il paradosso di Zenone, ovvero dell'adozione successiva per le Unioni civili al vaglio del Bundesverfassungsgericht*, in <http://www.diritticomparati.it>, 22 aprile 2013. Sulla problematica compatibilità delle unioni civili rispetto all'art. 6 GG nell'ambito dell'ordinamento tedesco v. A. SANDERS, *Matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso e Costituzione tedesca*, cit., 14 ss.

61 Corte EDU, 21 luglio 2015, ricorsi riuniti n. 18766/11 e n. 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, par. 184. Nelle sue conclusioni il giudice di Strasburgo ha ritenuto che il Governo italiano abbia «ecceduto il suo margine di apprezzamento», poiché non ha riconosciuto alcuna forma di tutela alle coppie omosessuali. L'Esecutivo «ha mancato di adempiere il suo obbligo positivo di assicurare che ai ricorrenti fosse

Di fronte a questo stato di cose ne consegue in molte occasioni l'intervento della magistratura, che – una volta adita in relazione alla sfera di doverosità legata ai diritti fondamentali – cerca di rimediare in «funzione di supplenza»⁶² al vuoto normativo rispetto alla legittima richiesta di tutela da parte delle coppie omosessuali. Com'è ben noto, il pericolo in questi casi è quello di predisporre una salvaguardia differenziata dei diritti in ragione della sensibilità dei singoli magistrati; difatti, «il legislatore tratta i diritti come un problema di politica generale, mentre i giudici li trattano affrontando un caso specifico alla volta», il che li porta ad occuparsi «“sempre di fattispecie individuali e concrete”» per le quali devono «“reperire incondizionatamente le proprie determinazioni giuridiche”»⁶³, fuori dalla prospettiva della generalità ed astrattezza nel caso di assenza di una disciplina legislativa.

Tale contesto, peraltro, può ledere anche il principio della certezza del diritto, oltre all'unitarietà dell'ordinamento a seguito dei diversi indirizzi giurisprudenziali che possono sussistere in sede di giudicato penale e di quello civile. Però, è altrettanto vero che all'interno delle coppie *same-sex* si registrano istanze stringenti di tutela relativamente a situazioni soggettive che si sono maturate e che possono trovare al momento solo nella magistratura un ragionevole accoglimento, sicché ci si affida in mancanza di una legge alla «creatività della funzione giurisdizionale», come è stato efficacemente sottolineato da una parte della dottrina⁶⁴. In proposito, sono

disponibile uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento per la tutela delle loro unioni omosessuali» (par. 185), con la conseguente violazione dell'art. 8 CEDU. Per un primo commento alla decisione cfr. L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in <http://www.articolo29.it/2015>.

62 Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 3; v. pure la successiva nota 64. Anche la Corte EDU, *ibidem*, par. 171, evidenzia il necessario intervento del giudice per cercare di fare fronte alle esigenze di una coppia *same-sex*.

63 Cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013, 73.

64 Il richiamo è a M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., 3 ss., il quale pone il problema della produzione del diritto da parte dei giudici: «Con terminologia un po' invecchiata, si tratta di vedere se il giudice sia un mero interprete-applicatore del diritto, oppure se partecipi egli stesso all'attività, *lato sensu*, di legislazione, ossia – e più correttamente – di creazione del diritto». Per S. PRISCO, M. MONACO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014, 258, il tema delle coppie di fatto, etero e omosessuali, «implica appunto la forzata supplenza del giudice [...], giacché tale organo statale non può dichiarare di non sapere o volere decidere su una questione controversa a lui sottoposta (tecnicamente, non può “opporre il *non liquet*”), se sia sollecitato

noti i temi eticamente sensibili su cui vi è un'incapacità del Parlamento ad assumersi la responsabilità della disciplina. Alla base di tale inerzia, insieme a ragioni di ordine politico – come il timore da parte delle forze parlamentari di governo che si possano costituire su queste tematiche maggioranze spurie tali da minare la stabilità dell'Esecutivo – ve ne sono anche altre di carattere istituzionale. Il nostro procedimento legislativo, ad esempio, è «divenuto particolarmente lento, intasato e pesante» e ciò accresce «il grado di creatività della funzione giudiziaria» che deve supplire a tali insufficienze ormai anacronistiche con le esigenze dei tempi⁶⁵.

Questa deprecabile assenza del legislatore sul tema delle unioni civili ha avuto, come si è visto, una immediata ricaduta sull'efficacia della stessa sent. n. 170/2014, tant'è vero che nella successiva decisione della Cassazione (sent. n. 8097/2015) si è finito per disattendere l'indirizzo del giudice costituzionale contrario al matrimonio omosessuale, proprio per salvaguardare la coppia in ragione del vuoto normativo. In realtà, la grande attenzione concentrata sulla sent. n. 170/2014 – al di là della singola fattispecie, da cui comunque non si può prescindere per ogni valutazione – si giustifica sulla base delle eventuali novità che tale giudicato avrebbe potuto apportare sul tema delle coppie omosessuali rispetto alla sentenza n. 138/2010. La nuova pronuncia sembra sostanzialmente confermativa della precedente; in quest'ultima (sent. n. 138/2010) il giudice delle leggi, attraverso una decisione di rigetto con monito, si era espresso nel senso di escludere l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie *same-sex* sia richiamando – forse in modo discutibile⁶⁶ – la nozione del codice civile del 1942 che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere

da istanze di riconoscimento dei diritti in funzione antidiscriminatoria». Ancora evidenzia il ruolo di supplenza della magistratura sul tema *de qua* F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali*, Napoli, 2013, 89 ss.

65 Sul punto di nuovo cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit., 118. Secondo S. PRISCO, *Una nuova problematica frontiera dell'eguaglianza*, in F. Corbisiero (a cura di), *Comunità omosessuali – Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013, 70, è possibile che «la riluttanza e la neghittosità dei decisori politici sia il frutto di una strategia adottata per minimizzare i costi elettorali (comunque notevoli) del complesso dei problemi sul tappeto: rovesciare sulla sede tecnica, apparentemente neutrale, il peso di sciogliere nodi in un modo che – comunque vada a finire la vicenda – scontrerà una certa dose di impopolarità, salvando l'irresponsabilità politica dei rappresentanti eletti».

66 Difatti, F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali*, cit., 13, non manca di sottolineare che «se [...] i Costituenti possono essere stati in qualche modo influenzati da quanto stabilito in materia di matrimonio dalle norme del codice civile, non può ritenersi, in generale, ammissibile che fonti primarie possano in qualche modo vincolare e cristallizzare i precetti contenuti nella Carta costituzionale».

persone di sesso diverso», sia evidenziando il valore dell'interpretazione sistematica con riferimento all'art. 29, 2° comma, Cost., e all'art. 30 Cost.⁶⁷ Per ciò che concerne il 2° comma dell'art. 29, che sostiene il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, si è avuto «riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale», così come «non è casuale [...] che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30)», ad ulteriore conferma secondo il giudice delle leggi del carattere eterosessuale del vincolo coniugale⁶⁸.

Nello stesso giudicato, in nome dell'interpretazione evolutiva, si esprime la consapevolezza da parte della Corte che i concetti di matrimonio e di famiglia non sono staticamente fermi al periodo di entrata in vigore della Carta fondamentale, ma piuttosto «sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali», per cui devono essere interpretati in modo organico all'evoluzione dell'ordinamento, della società e dei costumi. Ciò nonostante, la Consulta precisa che «detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»⁶⁹. In breve, nella sent. n. 138/2010 è stata accertata una 'incapienza' interpretativa dell'art. 29 Cost. che esclude

67 In una prospettiva comparata tra le due sent. n. 170/2014 e n. 138/2010, per A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, cit., 3, «l'additiva di principio può tutt'al più esprimere una carica di *persuasività* maggiore di quella racchiusa in una decisione di rigetto con monito: nei fatti, però, il quadro normativo di risulta non muta». Su quest'argomento cfr. pure P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 luglio 2014.

68 Corte cost., sent. n. 138/2010, punto 9 del *Considerato in diritto*. Sulla tipologia di interpretazione utilizzata dal giudice delle leggi, originalista, storicista e sistematica, cfr. F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali*, cit., 21 ss., oltre a B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, in *GenIUS*, n. 2, 2014, 17 ss. Per un richiamo agli artt. 29 e 30 Cost., che «riservano l'istituto del matrimonio all'unione dell'uomo e della donna», v. P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, cit., 13.

69 Corte cost., sent. n. 138/2010, punto 9 del *Considerato in diritto*.

il matrimonio omosessuale, poiché ciò sarebbe «debordante rispetto alle potenzialità espressive del testo»⁷⁰.

Queste indicazioni trovano ora una conferma, forse ancora più decisa, in taluni passaggi argomentativi della nuova sentenza del 2014. Invero, la Consulta ribadisce, rispetto a quanto sostenuto nella sent. n. 138/2010, che una persona transessuale può formare una famiglia «contraendo nuovo matrimonio con persona di *sex* diverso (corsivo nostro) da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica»⁷¹; ma soprattutto, secondo quanto già citato, la Corte non ritiene possibile intervenire con una pronuncia manipolativa, sostituendo il divorzio automatico con quello su istanza di parte, «poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.»⁷². In definitiva, il giudice delle leggi è tanto convinto del principio dell'eterosessualità del matrimonio, ai sensi dell'art. 29 Cost., da escludere – pare anche in via di eccezione – la possibilità della prosecuzione del matrimonio per la coppia che è divenuta *same-sex*; ciò è sostenuto dalla Consulta nonostante riconosca che questa particolare tipologia di coppia «sia riconducibile a quella categoria di situazioni “specifiche” e “particolari” di coppie dello stesso sesso» per le quali è necessario un intervento sotto il profilo del «controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore»⁷³.

Sono note le obiezioni di una parte autorevole della dottrina sulla inclusione del paradigma eterosessuale all'interno dell'art. 29, 1° comma, Cost., che potrebbe essere superato anche per via legislativa modificando la disciplina codicistica che per l'appunto incorpora, a giudizio della Consulta, quel paradigma nella disposizione costituzionale⁷⁴. Rimarrebbe però

70 Cfr. A. RUGGERI, “Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, in *Rivista AIC*, n. 4, 2011, 10.

71 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Anche a giudizio di P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, cit., 3 s., tale ultima sentenza, rispetto al precedente giudicato n. 138/2010, «sembra inclinare in un senso decisamente più preciso (oltre che conservatore e tradizionalista) l'assunto a suo tempo espresso: per la Consulta, il matrimonio ex art. 29 Cost. pare dover essere solo e soltanto eterosessuale». L'A., a conferma di ciò, richiama anche il passo da ultimo citato della sent. n. 170/2014 (in particolare p. 6).

72 Corte cost., sent. n. 170/2014, punto 5.6 del *Considerato in diritto*.

73 Corte cost., *ibidem*.

74 Il richiamo è a quanto sostenuto da B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, 4 ss. Per una critica al

in piedi il problema dell'interpretazione sistematica, soprattutto dell'art. 29, 2° comma, Cost., che sembra avere un senso compiuto solo in relazione a un matrimonio tra persone di sesso diverso, giustificando l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi al suo interno⁷⁵.

Ancora ai fini della contestazione del carattere eterosessuale del matrimonio, non può essere omissis il richiamo agli artt. 8 e 12 CEDU, ma soprattutto all'art. 9 della Carta di Nizza, sia per la collocazione gerarchica di quest'ultimo rispetto alle norme interne dopo l'integrazione della Carta nel Trattato di Lisbona, sia per la sua formulazione più neutra – rispetto all'art.

carattere della eterosessualità del legame coniugale, cfr. anche A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 febbraio 2008, 13 ss. Secondo G. BRUNELLI, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in *GenUS*, n. 2, 2014, 6, innanzitutto «l'esclusione delle persone omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio si configura come una *discriminazione* vietata ai sensi dell'art. 3, comma primo Cost. [...] Nell'interpretazione delle norme costituzionali rilevanti in materia, vi è una prevalenza logica di tale disposizione sull'art. 29», per cui l'A. manifesta delusione anche per la sent. n. 170/2014 tenendo conto del mancato rilievo che è stato riservato all'art. 3 Cost. (in particolare, p. 11).

- 75 Circa il secondo comma, art. 29 Cost., a giudizio di A. D'ALOIA, *Le coppie omosessuali e lo "schema" costituzionale della famiglia e del matrimonio*, in S. Prisco (a cura di), *Amore che vieni, amore che vai...*, Napoli, 2012, 12, non si può «accantonare quella parte della norma che parla di uguaglianza giuridica e morale dei coniugi, che parla di garanzia dell'unità familiare. Sono passaggi della norma costituzionale che hanno un senso all'interno del paradigma eterosessuale, altrimenti sono un'inutile e perciò disattiva conseguenza dell'articolo 3 della Cost.». Relativamente all'art. 30 Cost., sempre sotto il profilo dell'interpretazione sistematica, si obietta che «la finalità procreativa» non deve considerarsi un elemento essenziale del matrimonio né sotto il profilo costituzionale, né sotto quello civile, come evidenzia B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., 7 s.; pur condividendo di base questo indirizzo, tuttavia il primo comma dell'art. 30 Cost. – nella parte relativa ai «figli, anche se nati (corsivo nostro) fuori dal matrimonio» – recupera *a contrario* il concetto di figli nati all'interno del coniugio, richiamandosi pertanto al carattere eterosessuale del rapporto senza che per questo il profilo procreativo ne diventi un elemento essenziale. Con riguardo ancora all'art. 30 Cost., per M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, 18, «la sostanza di quella disciplina dimostra invece come la filiazione basata sul matrimonio rappresenti per la Costituzione il modello della filiazione in generale. La pari dignità dei figli naturali consiste infatti nel "diritto ad avere un padre e una madre" come lo hanno i figli legittimi, ovvero nell'assoggettamento della filiazione naturale alla stessa regola di bigenitorialità normalmente presupposta da quella legittima».

12 CEDU che richiama il genere uomo/donna – poiché sancisce unicamente «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia» senza alcun riferimento al profilo sessuale. Su questo punto la nostra Corte costituzionale ha sottolineato come lo stesso art. 9, nella sua completa formulazione, rinvii comunque alle legislazioni nazionali per la disciplina di quel diritto, rimettendosi alla fine alla scelta discrezionale dei singoli ordinamenti⁷⁶. A ciò si aggiunga poi che proprio la neutralità di tale disposizione nella sua formulazione, nel senso di non vietare né tantomeno imporre un tipo di matrimonio, rende per ciò stesso difficile ‘piegare’ in modo favorevole l’art. 9 tanto verso la tesi della legittimazione del matrimonio *same-sex*, quanto verso l’indirizzo del divieto per tale tipo di unione, soprattutto alla luce di un dibattito dottrinario quanto mai controverso su questo specifico aspetto⁷⁷.

76 Corte cost., sent. n. 138/2010, punto 10 del *Considerato in diritto*; la discrezionalità del legislatore nazionale è bene evidenziata da A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 35 s.

L’art. 9 della Carta di Nizza testualmente recita: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio», mentre l’art. 12 CEDU proclama: «A partire dall’età minima per contrarre matrimonio, l’uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di tale diritto».

77 La stessa sentenza n. 138/2010, *ibidem*, richiama sulla Carta dei diritti fondamentali «le spiegazioni [...] elaborate sotto l’autorità del praesidium della Convenzione che l’aveva redatta», secondo le quali l’art. 9 «non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso». Per una lettura dell’art. 9 della Carta dei diritti che «legittima il superamento del paradigma eterosessuale» v. ancora B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., 8 s.; *contra* e in modo conforme alla decisione della Consulta v. A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania 7-8 giugno 2013, «*La famiglia davanti ai suoi giudici*», 8 ss. Per G. BRUNELLI, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, cit., 10, sarebbe opportuna – ai fini del matrimonio tra due persone dello stesso sesso – una sentenza manipolativa tesa ad evidenziare «norme e frammenti di norme, la cui presenza non era, per l’innanzi, ‘avvertita’ nell’ordinamento, pur essendo in realtà già implicata nel sistema e ricavabile in via interpretativa dalle disposizioni costituzionali. Nel caso di specie, il riferimento è, come si è detto, alla *dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza*, in combinazione con il *diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, cui deve aggiungersi il *principio di tutela delle minoranze*». Come si è rilevato già nel testo circa gli artt. 8 e 12 CEDU, la Consulta – questa volta nella sent. n. 170/2014 – dichiara non pertinente il loro richiamo, poiché la Corte EDU evidenzia la discrezionalità degli Stati nazionali,

Dinanzi a tale contesto sembra allora doverosa – oltre che opportuna in ragione delle diversità degli indirizzi interpretativi – la scelta per la revisione dell'art. 29 Cost., qualora si volesse estendere il matrimonio anche alle coppie *same-sex*. Si tratterebbe del percorso più sicuro, poiché, a seguito del procedimento di cui all'art. 138 Cost. non vi sarebbe più alcuno spazio per ambiguità interpretative, oltre ad aversi l'opportunità, come è stato sottolineato in dottrina, di un ampio dibattito pubblico, cui potrebbe seguire eventualmente anche la consultazione popolare⁷⁸. In realtà, pure se a seguito di aspri confronti tra posizioni etiche differenti, potrebbe risultare questa l'occasione per una maturazione di indirizzi all'interno della società italiana, che siano il più possibile condivisi su aspetti peraltro complessi e problematici del biodiritto.

A seguito delle ragioni finora espresse, sembrerebbe che l'istituto della *convivenza registrata* indicato dalla sent. n. 170/2014 possa essere quello di più agevole e rapida realizzazione, a condizione di incalzare in modo ancora più sollecito il Parlamento su un tema legato ai diritti fondamentali, come ha fatto ultimamente la Corte EDU⁷⁹. Questo nuovo (almeno

in mancanza di un loro *consensus*, sulla tutela da riservare alle coppie omosessuali. Per il nostro giudice delle leggi «la stessa sentenza della Corte EDU *Schalk and Kopf contro Austria*, [...] nel ritenere possibile una interpretazione estensiva dell'art. 12 della CEDU nel senso della riferibilità del diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali, chiarisce come non derivi da una siffatta interpretazione una norma impositiva, di una tale estensione, per gli Stati membri» (sent. n. 170/2014, punto 5.3 del *Considerato in diritto*). Per una posizione tesa a «riconoscere al matrimonio *same-sex* celebrato all'estero almeno determinati specifici effetti analoghi a quelli di un matrimonio riconosciuto, in applicazione degli artt. 2 e 3 Cost.», v. Corte di cass., sent. n. 4184/2012, su cui cfr. B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, cit., 19.

78 Il richiamo è alla tesi espressa da A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, cit., 15 s., il quale evidenzia «l'inevitabile discussione pubblica connessa alla procedura di revisione costituzionale», «la rilevanza della stessa procedura» e la «solennità dell'eventuale riconoscimento». Si esprime in senso favorevole alla revisione costituzionale anche A. RUGGERI, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, cit., 10.

79 P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, cit., 16, anticipando la decisione del 21 luglio 2015, ricorda che la Corte EDU «potrà [...] condannare l'Italia per le sue eventuali (e quasi scontate) inadempienze in materia: specie dopo quanto sancito nella sentenza in commento». Non di meno, R. BIN, *A discrezione del giudice*,

per l'ordinamento italiano) istituito dovrebbe venire incontro alle esigenze delle coppie omosessuali e, per la loro specificità, a quelle delle coppie divenute *same-sex* dopo una scelta di rettifica del sesso di uno dei coniugi. Anche alla luce delle recentissime indicazioni della Cassazione, la convivenza registrata dovrebbe garantire sostanzialmente alla coppia gli stessi diritti e doveri di una relazione matrimoniale, come i diritti pensionistici, ereditari, di assistenza, ecc.⁸⁰ Solo sulla genitorialità delle coppie originariamente omosessuali si ritiene per il momento opportuno un atteggiamento di precauzionale cautela, che naturalmente non si giustifica sulla capacità affettiva di queste coppie, certamente pari – se non talvolta superiore – alle altre, ma che nasce dall'«insufficienza dei dati e delle analisi scientifiche a disposizione» sulla formazione psicologica del minore, oltre che da una 'maturità sociale' – ancora da verificare – capace di accogliere tale tipo di genitorialità alla stessa stregua di quella eterosessuale⁸¹. Si

cit., 79, sottolinea, in termini generali, che se il sistema istituzionale funzionasse correttamente, a seguito di una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge, si dovrebbe attivare «immediatamente [...] il procedimento legislativo per una rapida riforma della legge stessa». Scettica sul riconoscimento delle unioni omosessuali si dimostra B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.*, cit., 18, poiché si tratta di una incapacità che «non sembrerebbe riconducibile alle contingenze della politica, suscettibili di rapidi mutamenti, ma appartenente ad un dato strutturale del sistema politico italiano [...] in cui la trattazione di temi ad alto tasso di “trasversalità”, come tutte le questioni di *genere*, sembra inevitabilmente destinata a fallire».

80 Secondo la Corte di cassazione, sent. n. 2400/2015, l'unione omo-affettiva «può acquisire un grado di protezione e tutela equiparabile a quello matrimoniale in tutte le situazioni nelle quali la mancanza di una disciplina legislativa determina una lesione dei diritti fondamentali». Sulla deprecabile mancanza di diritti per le coppie omosessuali cfr. A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, cit., 15.

81 Cfr. M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, cit., 24 s. Eguali perplessità a quelle espresse nel testo sono manifestate da S. PRISCO, *Una nuova problematica frontiera dell'eguaglianza*, cit., 68 s., da A. D'ALOIA, *Le coppie omosessuali e lo “schema” costituzionale della famiglia e del matrimonio*, cit., 17 s. e da A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, cit., 14 s. Relativamente al caso della nascita all'interno di un legame *same-sex*, è recente un decreto della Corte d'Appello di Torino, 29 ottobre 2014, che ha ordinato la trascrizione del certificato di nascita di un bambino nato in Spagna da una coppia di donne, cfr. M. GATTUSO, *Minore nato da due donne in Spagna: l'atto di nascita può essere trascritto in Italia*, in <http://www.articolo29.it/2015>, 7 gennaio 2015.

chiede cioè un atteggiamento di ragionevole equilibrio, in funzione delle conoscenze sinora acquisite, senza cadere in alcuna forma di intollerabile discriminazione.

È evidente che tale esigenza significherebbe una limitazione, unicamente su questo punto, per il diritto all'autodeterminazione della coppia *same-sex*. In proposito, si avanza la tesi di una 'autodeterminazione mite' che possa contemperarsi con altri principi e diritti all'interno di un ordinamento costituzionale; in particolare, nel caso di specie dovrebbe al momento privilegiarsi l'interesse del soggetto più debole, cioè il minore, relativamente alla delicata fase di formazione della sua personalità⁸².

Di recente, peraltro, la Corte costituzionale ha ribadito la necessità di una declinazione dei diritti fondamentali in termini non assoluti, così da consentire il bilanciamento nell'ipotesi di un loro contrasto, come è avvenuto ad esempio nel caso delle acciaierie ILVA di Taranto dove si sono contrapposti il diritto alla salute e all'ambiente a fronte del diritto al lavoro e della libertà di iniziativa economica: «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (Corte cost., sent. n. 85/2013, punto 9 del *Considerato in diritto*)⁸³. Proprio la negazione dell'espansione illimitata dei diritti evita – come sottolinea ancora la Consulta – che un diritto divenga «“tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette», in modo da permettere una tutela «sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”»⁸⁴.

82 Si aderisce alla nota tesi di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 11 ss., secondo cui: «Se volessimo [...] indicare il senso di questo carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni, potremmo forse usare l'immagine della mitezza. La coesistenza di valori e principi, sulla quale, necessariamente, una costituzione oggi si deve fondare per poter rendersi non rinunciataria rispetto alle sue prestazioni di unità e integrazione e, al contempo, non incompatibile con la sua base materiale pluralista, richiede che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere».

83 Sul tema del bilanciamento v. O. CHESSA, *Principi, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 207 ss.

84 Corte cost., *ibidem*. Sulla sentenza relativa al caso ILVA quale decisione in cui «la Corte ha avuto modo di esplicitare il carattere non assoluto dei diritti fondamentali da cui scaturisce l'esigenza del bilanciamento», cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola,

L'atteggiamento di cautela sul tema della omogenitorialità sembrerebbe rappresentare un punto di equilibrio teso alla tutela del soggetto debole qual è il minore, senza procurare dall'altro lato un irragionevole sacrificio all'autodeterminazione dei membri di una coppia omosessuale, i quali potrebbero vedere comunque salvaguardato – anche in questo caso in ragione del pregresso vissuto – l'affidamento dei propri figli nati da precedenti unioni eterosessuali, secondo le indicazioni già fornite da una parte della giurisprudenza⁸⁵. Questa posizione di cautela dovrebbe poi considerarsi aperta ad ogni futura risoluzione, sia nella direzione del definitivo riconoscimento della genitorialità per le coppie *same-sex* sia nel suo contrario, non appena vi saranno evidenze scientifiche sufficienti e chiare su questo complesso profilo problematico⁸⁶. Naturalmente, ciò sarà possibile poiché

Roma – Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, 9 ss.

85 In tema di affidamento di un minore ad uno dei genitori biologici, il quale ha successivamente optato per una convivenza di tipo omosessuale, la Corte di cassazione (sent. n. 601/2013, prima sez. civile) ha qualificato come «mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale», a meno di diversa dimostrazione. Allo stesso modo, secondo il Tribunale di Nicosia, ordinanza del 14 dicembre 2010, la relazione omosessuale di uno dei genitori «non costituisce ostacolo all'affidamento condiviso dei minori». Perciò, le perplessità espresse nel testo riguardano fondamentalmente le ipotesi di adozione di bambini e di procreazione medicalmente assistita da parte di una coppia *same-sex*. Sull'adozione coparentale a favore di una coppia omosessuale v. Corte EDU, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X ed Altri c. Austria*; le diverse decisioni citate possono rinvenirsi in <http://www.articolo29.it/genitori-2>.

86 Per A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, cit., 62 s., in sede di «ragionevolezza scientifica», «le evidenze scientifiche costituiscono un limite alla libertà della politica legislativa, nel senso che l'atto normativo deve tenere conto dei dati scientifici e adottare regole che si appoggino su quei dati». In tema di omogenitorialità V. CIGOLI, E. SCABINI, *Sacro e tragico familiare: il caso delle omogenitorialità*, in *Quaderni degli argonauti*, n. 27, 2014, 30, evidenziano come problema «il transfert rischioso di “vuoto di sapere” e di “precarietà delle origini”» che può caratterizzare i figli all'interno delle coppie omogenee. È significativo, peraltro, quanto sostiene S. ARGENTIERI, *Nuove genitorialità*, in *ult. op. cit.*, 53, per la quale uno dei compiti fondamentali dei genitori, di qualunque orientamento sessuale, è quello di accompagnare i figli nella conquista della loro identità di genere; e continua: «Ciò può essere più difficile, non lo nego, in una coppia di sole donne, oppure di soli uomini; ma non è impossibile». Dinanzi a questa valutazione, allora, è da chiedersi, problematicamente, se la maggiore difficoltà del minore cui allude l'A. relativamente all'acquisizione della propria identità di genere possa considerarsi bilanciata e, perciò, giustificata dalla più ampia capacità di autodeterminazione di cui godrebbe la coppia.

il punto di equilibrio tra diritti contrapposti non è mai definitivo, bensì – come ricorda ancora la Consulta – esso è «dinamico» e va valutato in ragione dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza che garantiscono il nucleo essenziale dei diritti nella prospettiva della loro reciproca inclusione⁸⁷.

Del resto, questa ‘mitezza’ nella declinazione del principio di autodeterminazione sembrerebbe osservata dalla Corte EDU nello scrutinio sulla legislazione finlandese relativamente alle coppie *divenute same-sex*. Proprio il bilanciato equilibrio tra l’interesse dello Stato alla preservazione dei modelli familiari e il diritto della persona transessuale a modificare il sesso di origine consente a quel giudice di valutare la disciplina del Paese scandinavo come rispettosa della Convenzione, laddove prevede la conversione del matrimonio in una unione civile dietro richiesta delle parti. Al contrario, la nostra Corte costituzionale, sempre in nome di un diritto mite, evidenzia un irragionevole bilanciamento nella legislazione italiana in virtù della «tutela esclusiva» riservata all’interesse statale. La caratterizzazione in termini assoluti di quest’ultimo, che esclude l’interesse della coppia, non permette di ritenerlo conforme a Costituzione, poiché ostacola il compito principale di una Carta fondamentale all’interno di uno Stato costituzionale pluralista, cioè quello dell’inclusione nel senso di integrare i principi e i diritti declinati in una visione per l’appunto mite. La convivenza registrata, allo stesso modo di quanto indicato dal *Bundesverfassungsgericht* e dalla Corte EDU, dovrebbe rappresentare anche per il nostro ordinamento il punto di equilibrio tra interessi contrapposti che non si espandono in modo assoluto.

Probabilmente, per concludere, anche la possibilità prevista dal Tribunale costituzionale federale tedesco di proseguire il matrimonio per le coppie divenute dello stesso sesso realizza una forma mite di autodeterminazione. Invero, il pregresso vissuto matrimoniale, come si è sostenuto in questo contributo, dovrebbe giustificare la maggiore espansione del principio di autodeterminazione fino ad immaginare la prosecuzione del vincolo matrimoniale, senza che ciò significhi alcuna coniugazione di quel principio in

87 Ancora Corte cost., sent. n. 85/2013, punto 9 del *Considerato in diritto*. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 10 ss., sottolinea come ogni diritto fondamentale sia «soggetto a limiti per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori, giacché altrimenti si farebbe “tiranno”»; «in questo approccio integrato ai diritti fondamentali» sono da includersi «anche i diritti protetti dalla Convenzione europea» (sul «bilanciamento dinamico», in particolare p. 18). L’A., dopo aver richiamato la sent. n. 143/2013 del giudice delle leggi, sostiene ancora che «ogni disposizione che impone un sacrificio, una restrizione o una limitazione di un diritto costituzionale deve valere alla *maggior realizzazione di un altro interesse costituzionale*, pena la sua irragionevolezza [...]».

termini assoluti. In questi casi, infatti, verrebbe in rilievo il diritto all'identità sessuale, e non quello all'orientamento sessuale, per cui – nonostante il prosieguo del legame coniugale – non sarebbe violato il principio eterosessuale del matrimonio, che rimarrebbe fermo, salvaguardando così la prospettiva di integrazione dei diritti e dei principi declinati in misura mite.

ORIENTAMENTI SESSUALI E DISCRIMINAZIONI

QUESTIONI GIURIDICHE CONNESSE AGLI ORIENTAMENTI SESSUALI E ALLE IDENTITÀ DI GENERE¹

Per il costituzionalista, parlare di pluralità e diversità evoca immediatamente il principio di eguaglianza, elemento strutturalmente fondativo della nostra Costituzione, e non solo. Da più di duecento anni – dalla Rivoluzione Francese in poi – è uno dei pilastri del costituzionalismo moderno, Sembrerebbe dunque di trovarsi su un terreno solidissimo. Eppure l'esperienza anche recente pone esempi molteplici in senso contrario.

Non più di quattro giorni fa, il 9 febbraio 2015, la Corte di cassazione con la sentenza 2400 del 2015 si è espressa su tematiche che rientrano tra quelle che trattiamo stamattina. Qual era il problema? Una coppia omosessuale chiede all'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio. Il funzionario respinge la domanda perché matrimonio tra persone dello stesso sesso non è consentito nel nostro ordinamento giuridico, richiamando in questo una serie di precedenti sia di giudici ordinari che della stessa Corte costituzionale. Il diniego viene impugnato, e i ricorsi sono respinti. La Corte di cassazione conferma, anche rifiutando di solle-

1 Il testo è la trascrizione, sostanzialmente senza modifiche, della relazione da me svolta nel convegno su *Diversità vs pluralità: valorizzando le differenze*, Napoli, 13 febbraio 2015. Va segnalato che è stata successivamente approvata la legge 20 maggio 2016, n. 76, recante *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in G.U. 21 maggio 2016, n.118. Mentre non è questa la sede per un commento alla legge, si potrà qui segnalare che nelle scelte legislative si riflettono esattamente le problematiche trattate nel testo. La legge non ha infatti puntato a soluzione egualitarie, ed anzi i contrasti interni alla maggioranza hanno condotto su alcuni punti a esaltare le differenze. Così è accaduto, ad esempio, per la cd. *stepchild adoption*, conclusivamente espunta dal testo, e per la cancellazione dell'obbligo di fedeltà. Sul primo punto va anche segnalato che la previsione di "casi particolari" nella legge sulle adozioni (art. 44 l. 184/1983) potrà consentire un recupero per via giurisprudenziale. V. sul punto la recentissima Cass., I sez. civ., n. 12962 del 22 giugno 2016, che ha confermato la pronuncia della Corte di Appello di Roma con la quale era stata accolta la domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre.

vare la questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, con l'argomento che il giudice delle leggi si era già espresso.

Vediamo sancita una diseguaglianza: si proibisce ad alcuni quel che si consente ad altri. Ed è solo un episodio di una vicenda che va avanti da anni. Un primo decisivo passaggio lo troviamo nel 2010, in una sentenza della Corte costituzionale (138/2010). Già questo ci segnala il grave ritardo in cui versa il nostro paese, perché quando la questione arriva al giudice di costituzionalità in Europa molti paesi hanno riconosciuto le unioni civili o esteso il regime del matrimonio anche alle coppie non eterosessuali. Se eravamo allora in ritardo, lo siamo ancor più oggi.

Con la sent. 138/2010 la Corte costituzionale si pronuncia sulla stessa questione posta alla Corte di cassazione, prima richiamata. Tutto parte da una richiesta di pubblicazioni matrimoniali che viene respinta dall'ufficiale di stato civile, con gli stessi argomenti. La Corte costituzionale in questa sentenza dice essenzialmente due cose, una negativa e una positiva. Quella negativa è che la Corte assume una nozione di matrimonio storicamente data. La Costituzione italiana dispone nell'art. 29 che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, che quindi ha uno specifico rilievo costituzionale. Ma quale significato dobbiamo assegnare alla parola matrimonio?

Qui troviamo il punto negativo della sentenza 138, che per un verso pone ostacolo all'evoluzione successiva. Infatti, la Corte assume un concetto storicamente dato di matrimonio come rapporto che sorge tra persone di sesso diverso, argomentando che al momento della stesura della Costituzione – come sapete l'Assemblea costituente lavora a partire dalla metà del 1946 fino al dicembre 1947 – i costituenti erano consapevoli dell'omosessualità, e però non ne tennero alcun conto. Guardarono invece al concetto tradizionale di matrimonio così come configurato in quel momento anche dalle leggi e in particolare dal codice civile del 1942. In sostanza la Corte dice che nell'art. 29 della Costituzione fu trasfuso un concetto di matrimonio disegnato da una legge anteriore alla stessa Costituzione, nella quale il matrimonio era riferito in modo esclusivo alla coppia eterosessuale.

È una interpretazione storica e riduttiva del matrimonio richiamato nell'art. 29 della Costituzione. Considerando che la Corte si pronuncia nel 2010, sarebbe stata possibile una lettura diversa, consapevole dell'oggi piuttosto che volta al passato. Pur assumendo in premessa che nel nostro ordinamento giuridico il matrimonio nasce come rapporto di coppia stabilito e giuridicamente riconosciuto tra persone di sesso diverso, l'evolversi del costume e del sentire collettivo avrebbe consentito di dire che il rap-

porto di coppia in discussione non doveva essere più letto in via esclusiva come rapporto tra persone necessariamente di sesso diverso. A questo poteva giungersi con una interpretazione evolutiva del dettato costituzionale. Una tecnica interpretativa del tutto fisiologica con le Costituzioni, scritte per durare, e per le quali è del tutto normale che il lavoro dell'interprete si svolga a distanza di un tempo anche lungo dal momento in cui la Costituzione nasce.

La Corte avrebbe dunque potuto, e probabilmente dovuto, seguire questa diversa via. Perché certamente nel tempo trascorso dalla stesura della Costituzione il sentire comune è profondamente cambiato, e l'evoluzione è indiscutibile. Ne vediamo il riflesso anche nelle legislazioni di molti altri paesi. Ma la Corte nega la possibilità di una interpretazione diversa da quella data, affermando che una siffatta lettura avrebbe dato luogo a una interpretazione non evolutiva ma creativa, introducendo nella norma qualcosa che assolutamente non c'era in precedenza. Un ragionamento debole, in quanto ogni interpretazione evolutiva produce esattamente questo effetto. Per contro, una riduttiva interpretazione storica volta alla esatta ricostruzione della *mens legis* rischia di sminuire la capacità della Costituzione di rimanere aderente alle sempre mutevoli condizioni del paese di cui è fondamento, con grave danno per la sua effettività.

Con la scelta interpretativa della Corte, che riporta il matrimonio di cui all'art. 29 della Costituzione al codice civile del 1942, una porta si chiude. Nella sent. 138 troviamo però un punto positivo nel fatto che la Corte apre su un altro versante. Se da un lato infatti nega che l'art. 29 Cost. offra protezione costituzionale diretta alle coppie non eterosessuali, dall'altro individua per queste coppie una protezione data dall'art. 2. Il dettato costituzionale è volto a proteggere la persona come tale, nei suoi diritti fondamentali e inviolabili, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. La coppia è una di queste formazioni, nella quale si svolge la personalità individuale. Quindi, chi è parte del rapporto di coppia è titolare di quei diritti fondamentali e inviolabili, che sono i diritti della persona umana richiamati all'art. 2. Una protezione negata nell'art. 29 Cost. si ritrova nell'art. 2. Ma non sfuggono elementi di debolezza. La Corte infatti afferma che spetta al legislatore individuare e definire i diritti da riconoscere per la coppia diversa da quella eterosessuale. Quindi, è necessario passare attraverso una scelta politica tradotta in legge. Alla stessa Corte spetta un ruolo residuale: qualora fosse doveroso riconoscere un diritto, e questo venisse invece pretermesso dal legislatore, la Corte potrebbe intervenire. Nel caso, quindi, che il mancato riconoscimento si traducesse nella lesione di un bene costituzionalmente protetto.

È chiaro dunque che la protezione costituzionale c'è, ma la via per il riconoscimento può essere tortuosa e disagiata. Diverso sarebbe stato l'esito di una lettura ampia ed evolutiva del matrimonio ex art. 29. In ogni caso, dopo la sent. 138/2010 abbiamo pronunce della Corte di cassazione che assumono e sviluppano il ragionamento fatto dalla Corte costituzionale. Sono la I Sez. civ., n. 4184 del 15 marzo 2012 sulla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, e la 2400 del 2015 di cui abbiamo già detto, sulle pubblicazioni matrimoniali. Quindi il tema è sempre lo stesso se il rapporto di coppia tra persone non di sesso diverso abbia diritto d'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano.

Sopravviene poi la sent. 170/2014 della Corte costituzionale, sul cd. divorzio obbligatorio, che per un verso si lega alla precedente sent. 138/2010. Vedete quante pronunce di grande rilievo sono intervenute nel corso di pochi anni: due della Corte costituzionale, due della Corte di cassazione, indizio evidente di una pressione forte sulla strumentazione di tutela dei diritti. Una pressione che si inserisce in un contesto molto più ampio dell'Italia – come ci dice la giurisprudenza anche a livello europeo – nel quale queste tematiche sono in evoluzione.

La sent. 170/2014 trae origine da un caso di cambiamento di sesso. Per la norma vigente al momento della pronuncia della Corte il cambiamento di sesso di uno dei coniugi nell'ambito del matrimonio – quindi siamo per definizione in un rapporto eterosessuale, perché solo così poteva nascere la questione – porta automaticamente, senza richiesta e senza possibilità di rifiuto da parte degli interessati, alla cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il matrimonio viene di diritto dissolto, coerentemente con la premessa che il rapporto matrimoniale può sussistere soltanto tra persone di sesso diverso. Ma accade che una coppia voglia invece mantenere in vita il rapporto coniugale nonostante il sopravvenuto mutamento di sesso. Quindi si oppone alla cancellazione automatica del vincolo matrimoniale. In tal senso invece procede l'ufficiale di stato civile che ritiene la cancellazione doverosa in quanto il diritto vigente non consente alternative. In sede di ricorso viene sollevata la questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, che conferma il quadro argomentativo già posto con la sentenza 138 del 2010. Ribadisce quindi che il matrimonio di cui all'articolo 29 Cost. è soltanto quello intercorrente tra persone di sesso diverso, mentre le altre coppie trovano protezione nel concetto di formazione sociale di cui all'art. 2. Ribadisce altresì che debba essere il legislatore ad individuare i diritti di cui sono titolari ai sensi dell'art. 2 Cost. queste coppie, e però anche assume che nella specie ci si trova di fronte a un diritto che deve essere riconosciuto, e per il quale quindi la Corte può in qualche modo intervenire.

Una pronuncia segnata da un'ambiguità, che discende in ultima analisi dalla precedente sent. 138/2010. È una pronuncia cd. additiva, con la quale la Corte dichiara la illegittimità costituzionale di una omissione: la norma è costituzionalmente illegittima in quanto "non" prevede qualcosa. Quindi nel dichiarare la incostituzionalità è come se la Corte scrivesse un pezzo della regola giuridica, riempiendo un vuoto nel tessuto normativo. Ma nella sent. 170 la Corte dice: la norma è costituzionalmente illegittima in quanto non prevede che la coppia possa continuare nel rapporto qualora la voglia. Quindi il diritto è quello della coppia di rimanere tale, se vuole. Non però nel matrimonio, perché il matrimonio è soltanto quello riferibile alla coppia eterosessuale. Ne segue che la Corte dichiara l'illegittimità della norma in quanto non prevede che la coppia possa rimanere vincolata in un rapporto giuridicamente rilevante, ma non individua poi il rapporto – comunque diverso dal matrimonio – applicabile alla coppia in questione. Questo spetta al legislatore. Se è vero che il diritto esiste e la norma è illegittima in quanto non lo assicura, è anche vero che è compito di altri provvedere. Quindi un elemento di ambiguità e di incertezza. Assumendo che debba essere il legislatore a provvedere, medio tempore che cosa accade, a partire dalla sentenza della stessa Corte, per la quale la legge perde efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale? La cancellazione disposta dall'ufficiale di stato civile rimane in piedi? Pur se adottata in base a una norma dichiarata illegittima? Ovviamente qui la Corte sta censurando la mancanza di una legislazione sulle cd. unioni civili, che sono appunto la via attraverso la quale il legislatore potrebbe assicurare il diritto di cui si discute. Ma tutto nasce dalla debolezza iniziale posta dal concetto di matrimonio assunto nella sentenza 138 del 2010. Se non ci fosse stato quell'ostacolo, la Corte avrebbe potuto completare il suo argomentare nella sentenza 170 semplicemente costruendo la sua pronuncia additiva come dichiarazione di illegittimità in quanto la legge non prevede che il vincolo del matrimonio possa proseguire laddove tale sia il volere della coppia interessata. A tale formulazione la Corte non può giungere perché si porrebbe in diretta contraddizione con la precedente sent. 138. La sent. 170 indica che con la precedente pronuncia la Corte ha posto un punto fermo che non intende rimuovere.

Quali conclusioni possiamo trarre da questa vicenda? Il principio di uguaglianza è – come abbiamo detto – un pilastro del costituzionalismo moderno. Ma dobbiamo anche capirne i limiti, soprattutto nella lettura della Corte costituzionale. Il principio dipende essenzialmente dal punto di vista che si assume, ed è talvolta come un gioco di specchi, che possono restituire un'immagine diversa dello stesso oggetto. Una formulazione usual-

mente adottata è: disciplina eguale per situazioni eguali, disciplina diversa per situazioni diverse. Questo ci dice che il principio di eguaglianza ha una sua intrinseca relatività, e c'è un modo di declinarlo che può essere debole oppure forte. Dove vediamo qui la forza, e dove la debolezza?

In questa materia, se guardiamo alla coppia troviamo un elemento di debolezza. Perché? Nella coppia una diversità c'è, se si tratta di coppia eterosessuale o omosessuale. Una è composta da un uomo e una donna, l'altra no. Quindi c'è una diversità che consente alla Corte costituzionale nella sentenza 138/2010 di dire seccamente che le due situazioni non sono assimilabili. La diversità non si può negare, e questo apre la via a una diversità di disciplina. Questo assunto è alla base del ragionamento della Corte nella sent. 138. Qui vediamo una declinazione debole del principio dell'eguaglianza, che mostra tutta la sua relatività.

Dove invece vediamo un punto di forza? Se consideriamo che la coppia è formata da persone ciascuna delle quali ha diritti che sono fondamentali e inviolabili. Lo stesso diritto a formare una coppia è fondamentale e inviolabile e quindi non può essere un po' meno diritto, un po' meno fondamentale, un po' meno inviolabile per la classificazione della persona in base al sesso. La persona come tale ha lo stesso diritto, quale che sia la classificazione che le sia applicabile. Forse è meno persona per questa o quella classificazione? Ovviamente no. Se è persona tal quale anche il suo diritto fondamentale e inviolabile deve essere diritto tal quale. E questo è esattamente il punto di forza sul quale anche la Corte costituzionale lascia una porta aperta.

In sostanza in questa materia sono i diritti che portano all'eguaglianza, e non l'eguaglianza che porta ai diritti. L'eguaglianza non riusciamo a radicarla nella situazione di coppie la cui diversità è innegabile, ma riusciamo a radicarla nei diritti delle persone che compongono le coppie, e la parità nei diritti delle persone porta alla eguaglianza delle coppie composte da quelle persone.

La chiave della problematica di cui ci occupiamo è dunque nell'ave-re uguali diritti. Questo è vero in generale quando si parla di pluralità e diversità. O si hanno uguali diritti o non è più pluralità e diversità, ma discriminazione e marginalizzazione. Se io non ho i miei pieni diritti, sono comunque segnato da un meno e la diversità che comporta un meno è discriminatoria. Se invece nella diversità sono garantiti uguali diritti allora quella diversità è pluralità.

Questa è la via che rimane aperta, e dobbiamo sapere che non è agevole. Abbiamo visto come la Corte costituzionale riservi a se stessa un ruolo, ma con prudenza e forse addirittura riluttanza. Quindi il compito principale

rimane affidato al legislatore, e di conseguenza alla politica. Per i temi specifici di cui mi sono oggi occupato, troviamo una conferma esplicita anche nella giurisprudenza europea. L'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che formalmente si riferisce all'unione matrimoniale eterosessuale, non esclude ma nemmeno impone che gli Stati estendano il modello matrimoniale anche alle persone dello stesso sesso. L'art. 8, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, include il diritto a vivere una relazione affettiva tra persone dello stesso sesso protetta dall'ordinamento, ma non obbliga ad applicare a tali unioni l'opzione del matrimonio. Quindi la scelta rimane affidata al legislatore statale: Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), *Schalk and Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010, *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012; *Hamalainen c. Finlandia* del 16 luglio 2014.

Quindi, è cosa affidata alla politica. E allora contano le tendenze generali, rileva che una formazione politica contratti il proprio appoggio al governo in cambio della rinuncia ad includere nella disciplina delle unioni civili l'adozione da parte della coppia omosessuale, come è accaduto in questi giorni. Viviamo in un sistema politico che spinge oggi verso soluzioni conservatrici, che non sono in genere favorevoli alle battaglie per i diritti. A questo punto, la via propriamente giudiziaria rimane aperta e bisogna seguirla, ma anche la via politica bisogna sapere che è decisiva. Se è vero che in politica i numeri contano, è vero anche che conta la determinazione a battersi per i propri diritti. Ed è questa determinazione che deve accomunarci oggi tutti nel perseguire gli obiettivi nei quali crediamo.

ANTONIO D'ALOIA

IL SAME-SEX MARRIAGE NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE AMERICANA

Sommario: 1. Introduzione. Una lunga storia arrivata ora al punto finale con la pronuncia della Corte Suprema Federale nel caso *Obergefell v. Hodges*. 2. Un muro sul percorso dei gay rights: il caso *Bowers*. 3. Il caso *Romer v. Evans* e l'immersione della 'doctrine' del Giudice Kennedy. 4. Il caso *Lawrence vs. Texas* del 2003: l'inizio di una nuova stagione del costituzionalismo americano in tema di discriminazioni per orientamento sessuale. 5. I primi *same-sex marriage cases* e la giurisprudenza delle Corti federali. 6. Il *Defense of Marriage Act* (DOMA) e il suo difficile equilibrio costituzionale. Riflessioni sulla *section 2* del Doma, alla luce della *Full Faith and Credit Clause*. 7. Il caso *Windsor* e l'incostituzionalità parziale del DOMA. 8. Lo scenario dopo *Windsor*. 9. *The final chapter*: la sentenza della Corte Suprema nel caso *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015

1. Intorno al *same-sex marriage* il dibattito costituzionalistico americano ha vissuto, e sta vivendo, una delle sue stagioni più interessanti e controverse.

Il tema dell'ammissibilità, anzi ora della obbligatorietà costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, costituisce una sorta di cartina di tornasole dei principali aspetti del costituzionalismo americano, dalle dinamiche del federalismo (sia politico che giudiziario), alle potenzialità e ai limiti del *judicial review* sui diritti fondamentali.

La rilevanza e la conflittualità del tema emergono innanzitutto dal parallelo con quello che possiamo considerare il 'convitato di pietra' dell'esperienza costituzionale americana, vale a dire il tema della discriminazione razziale: in questa prospettiva, l'omosessuale è come 'il Nero'; il divieto del matrimonio omosessuale viene paragonato alle *anti-miscegenation laws*; il caso *Windsor* diventa la seconda puntata del caso *Loving*, e, prima ancora, i casi *Romer* e soprattutto *Lawrence v. Texas* rappresentano una riedizione di *Brown* sul terreno della discriminazione *sex-based*.

In questo contesto, ancora profondamente attraversato da forti conflittualità, la sentenza *Windsor* del giugno 2013 può essere considerata una prima svolta.

La Corte, con una decisione 5/4, e con *dissenting opinions* molto strutturate, dichiara incostituzionale la *section 3* del cd. DOMA (*Defense of Marriage Act*, legge federale), nella parte in cui non riconosce, a diversi fini previsti dalla legislazione federale, i matrimoni *same-sex* regolarmente celebrati e stipulati negli Stati che riconoscono questa possibilità.

Questa sentenza, com'era prevedibile, ha aperto ulteriori percorsi che, alla fine, sono ritornati alla Corte Suprema: prima, nell'ottobre scorso, con la Corte che ha negato il *certiorari* (cioè ha rifiutato di decidere nel merito) a ricorsi di molti Stati contro le decisioni di Corti (sia statali che federali) che avevano invalidato leggi e persino emendamenti costituzionali che vietavano il matrimonio omosessuale, in questo modo stabilizzando quella linea di evoluzione giurisprudenziale post-*Windsor*; ora, con la sentenza resa nel caso *Obergefell v. Hodges* (26 giugno 2015) che ha chiuso il cerchio della discussione costituzionale sul *same-sex marriage*, risolvendo definitivamente alcune incertezze della decisione *Windsor*¹.

Con la nuova decisione, la Corte Suprema ha nettamente spostato il piano del confronto dall'argomento federalista (che in qualche modo sembrava lasciare agli Stati la possibilità di regolare il diritto di famiglia confermando il paradigma eterosessuale del matrimonio) al versante dei diritti fondamentali, dell'eguaglianza, della dignità.

Secondo i *Nine Justices* (in realtà la decisione è stata adottata 5/4 con feroci *dissenting opinions*), "*The Constitution does not permit the State to bar same-sex couple from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex*", e soprattutto non ci sono basi legali che consentano ad uno Stato di rifiutare il riconoscimento di un *same-sex marriage* legalmente concluso in un altro Stato (e la *sect. 2* del DOMA?).

Questa è la parte finale della storia, su cui ritorneremo più avanti. Può essere interessante, ora, capire come ci siamo arrivati.

2. Negli Stati Uniti, la rivendicazione (come oggetto costituzionale) del matrimonio omosessuale parte subito, molto prima di quanto non sia avvenuto in Europa, dove c'è stata una progressione più lineare, che ha avuto il momento iniziale della sequenza nei giudizi di invalidazione delle cd. *sodomy laws*, per approdare poi più gradualmente al riconoscimento del diritto fondamentale all'identità sessuale come orientamento, al divieto di discriminazione per ragioni legate alle tendenze sessuali, infine alla dimensione relazionale e 'familiare'.

1 Sul fatto che il 'razionale' della decisione *Windsor* non sia del tutto chiaro, v. A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, Pisa, 2013, 55.

Nell'esperienza americana, invece, il *same-sex marriage* si è posto subito come oggetto di 'case-law' mentre ancora nei cd. rami alti del diritto (a cominciare dalla Corte Suprema) prevaleva un atteggiamento di chiusura o almeno di diffidenza nei confronti dell'omosessualità in sé, come semplice estrinsecazione della identità personale.

I primi *same-sex marriage cases* risalgono, infatti, agli inizi degli anni '70, appena due anni dopo gli *stonewall riots*, mentre, ancora nel 1986, la posizione della Corte Suprema sull'omosessualità è molto dura, tanto che, nel notissimo caso *Bowers v. Hardwick*², viene avallata la legittimità costituzionale delle *sodomy laws*.

La sentenza *Bowers* ha rappresentato, per molti anni, un ostacolo che ha fortemente pesato sul riconoscimento dei *gay rights*, e, conseguentemente, sulla possibilità finanche di aprire il discorso giuridico sul matrimonio omosessuale³.

I fatti del caso *Bowers* sono noti: oggetto del *constitutional review* era la *sodomy law* della Georgia, in applicazione della quale M. Hardwick ve-

2 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

3 Prima di *Bowers*, ci sono stati altri due casi, aventi ad oggetto le *sodomy laws*. Il primo: la Corte Distrettuale della Virginia dell'Est aveva rifiutato di estendere, alle condotte omosessuali, il diritto alla *privacy*, come invece già affermato dalla Suprema Corte, in *Griswold v. Connecticut* (1965). Secondo i Giudici della Virginia, il caso *Griswold* non poteva essere seguito: con esso, la Corte Suprema aveva riconosciuto l'esistenza di tale diritto, unicamente con riguardo ai rapporti intimi tra due coniugi ("in a marital situation"). La Corte della Virginia fu molto diretta nell'esprimere, nella sua decisione, un giudizio di disvalore nei confronti delle relazioni omosessuali, affermando, nell'opinione di maggioranza, che "*Homosexual conduct is likely to end in a contributing to moral delinquency*". Il caso arrivò alla Corte Suprema, la quale, senza alcuna motivazione, confermò la decisione adottata dalla Corte Federale della Virginia. Il secondo. La decisione sul caso *Doe v. Commonwealth's Attorney for the City of Richmond* (1976) è sostanzialmente una approvazione senza motivazione: non è possibile, infatti, comprendere se la Corte Suprema (o quanto meno i sei Giudici che a maggioranza adottarono la decisione) avesse condiviso pienamente, nel merito, le conclusioni della Corte Distrettuale della Virginia dell'Est; se avesse voluto semplicemente dare rilievo al potere punitivo dello Stato o se, invece, avesse considerato la questione della legittimità della condotta omosessuale come questione socialmente e culturalmente prematura. Rimane il fatto che, alcuni anni più tardi, paradossalmente lo stesso anno del caso *Bowers*, la Corte Suprema nega il *certiorari* in un altro caso riguardante le *sodomy laws* del Texas (*Baker v. Wade*). Per un commento, cfr. V. BARSOTTI, *Il sodomitismo messo al bando dalla Corte Suprema degli Stati Uniti trova protezione presso le corti statali. Il federalismo americano e la tutela dei diritti*, in *Riv. critica del diritto privato*, 2002.

niva arrestato, presso la sua abitazione, mentre stava intrattenendo rapporti sessuali con il suo *partner*.

Va sottolineato che la Suprema Corte ha avuto non poche incertezze in merito alla possibilità di accettare il caso.

Il *certiorari*, per esempio, è stato adottato solo grazie a quattro Giudici (e, dunque, solo per effetto del raggiungimento del numero minimo richiesto).

Per di più, le motivazioni dei Giudici che ‘decisero di decidere’ erano profondamente differenti: White (redattore dell’*opinion* della Corte) e Rehnquist erano orientati a non estendere la garanzia del diritto di *privacy* alle relazioni omosessuali; Brennan, invece, era convinto che fosse possibile raggiungere una maggioranza di cinque voti per dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge georgiana.

La decisione adottata fu breve, e non del tutto chiara.

Più semplice e chiaro, invece, era il *background* da cui essa muoveva, in quanto tale decisione era sintomatica dell’atteggiamento culturale nei confronti dell’omosessualità, da parte dei difensori delle *sodomy laws*.

Basti pensare alle parole del Giudice Burger, il quale, nella sua *concurring opinion*, esprimeva una chiara condanna morale, più che una valutazione giuridica, sull’omosessualità: “*Decisions of individuals relating to homosexual conduct have been subject to State intervention throughout the history of Western civilization. Condemnation of those practices is firmly rooted in Judaeo-Christian moral and ethical standards. Homosexual sodomy was a capital crime under Roman Law [...] [Eighteenth-century English legal scholar Sir William] Blackstone described the infamous crime against nature as an offence of deeper malignity than rape, a heinous act the very mention of which is disgrace to human nature, and a crime not fit to be named [...]. To hold that the act of homosexual sodomy is somehow protected as a fundamental right would be to cast aside millennia of moral teaching.*”⁴.

4 Considerazioni simili possono essere lette nel *brief of petitioner*. Per sottolineare la differenza rispetto al precedente caso *Stanley v. Georgia* (in merito al diritto di usare, in privato, materiale osceno) il *petitioner* affermava: “*Homosexual sodomy as an act of sexual deviancy expresses no ideas. It is purely an unnatural means of satisfying an unnatural lust, which has been declared by Georgia to be morally wrong*”. Cfr. D. A. J. RICHARDS, *The Sodomy Cases: Bowers V. Hardwick and Lawrence V. Texas (Landmark Law Cases & American Society)*, University Press of Kansas, 2009, 79, ricorda che “*the brief also argued (and it is a very harsh and unpleasant argument) the relationship of homosexual sodomy in the transmission of Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS) and other diseases*”.

Affermazioni del genere evidenziano come il dibattito sull'omosessualità riguardasse questioni più ampie, quali l'interpretazione dei diritti fondamentali; il peso della storia; l'evoluzione delle dinamiche sociali e culturali rispetto all'identificazione dei valori fondamentali di una società; il significato acquisito nel tempo dalle previsioni costituzionali generali, come il diritto di *privacy*, la *due process clause* e l'*equal protection clause*.

Lawrence Tribe e Kathleen Sullivan, nel sostenere le ragioni di Hardwick, provarono a dimostrare che, se anche ci fosse l'interesse pubblico alla protezione della pubblica sensibilità, ovvero obiettivi pubblici specifici quali la protezione delle persone vulnerabili, come i minori, da possibili coercizioni, o la limitazione del commercio e delle attività offensive della pubblica decenza, questi obiettivi non avrebbero avuto alcuna rilevanza nel caso all'esame della Corte⁵.

Bowers era un *sodomy case*; esso non riguardava il *same sex marriage*. Tuttavia, un legame tra le due questioni emergeva sotto diversi profili, ed era trasversale alle posizioni dei *Justices*.

Il *Chief Justice* Burger, per esempio, identificava la protezione della nozione tradizionale di matrimonio come una delle possibili finalità della legge della Georgia.

Nel cd. '*brief of the case*', in cui l'omosessualità era accostata significativamente alla poligamia, alla fornicazione, all'adulterio e all'incesto, l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali veniva indicato come un possibile rischio o conseguenza di una decisione della Corte Suprema contraria alla legge della Georgia.

Dal lato opposto dello 'schieramento', *Justice* Blackmun sostenne nel suo *dissent* che la decisione *Loving v. Virginia* del 1967, *leading case* in tema di matrimonio interracial, avrebbe potuto rappresentare un precedente rilevante per affrontare e risolvere il giudizio di costituzionalità sulle *sodomy laws*⁶.

Come abbiamo già affermato, le motivazioni del caso *Bowers* non sono particolarmente lineari e univoche.

Il problema relativo alla *privacy* (così come il problema dell'identità omosessuale come elemento dell'identità personale) venne praticamente nascosto, quasi a voler negare un qualsiasi legame tra la condotta omosessuale e la libertà personale, la famiglia, il matrimonio e la procreazione, che, invece, avevano rappresentato veri e propri '*reference points*' nei casi *Carey*, *Griswold* e *Roe*.

5 Così D. A. J. RICHARDS, *op. cit.*, in particolare 88-89.

6 Come ricordato ancora da D. A. J. RICHARDS, *op. cit.*

Nell'*opinion* di White, dalle decisioni adottate nei casi sopra menzionati, non si sarebbe potuto trarre alcun elemento in grado di giustificare la legittimità dei rapporti omosessuali tra persone consenzienti e adulti o in grado di avallare l'illegittimità costituzionale di ogni limitazione in questo senso da parte della legislazione degli Stati.

Alla fine, la motivazione assunta dalla maggioranza dei Giudici si incentrò sulla possibilità di riconoscere un diritto fondamentale di manifestare il proprio orientamento sessuale, alla luce della *due process clause* (V e XIV Emendamento). A tale proposito, è necessario sottolineare che non era in discussione l'invocabilità della *due process clause* per garantire protezione anche ai 'diritti sostanziali'; era invece in discussione il potere del Giudice di identificare tali diritti o, meglio, i limiti entro cui avrebbe potuto fare questo.

Secondo *Justice White*, autore dell'*opinion of the Court*, la categoria di diritti meritevoli di "*heightened judicial protection*" comprendeva solo quelle libertà fondamentali che "*are implicit in the concept of ordered liberty*".

Tuttavia, White escludeva che da tale concetto potesse essere implicitamente dedotta l'esistenza di un diritto di intrattenere liberamente rapporti omosessuali in quanto: "*neither of these formulations would extend a fundamental right to homosexuals to engage in acts of consensual sodomy. Proscriptions against that conduct have ancient roots [...] [T]o claim that a right to engage in such conduct is "deeply rooted in this Nation's history and tradition" or "Implicit in the concept of ordered liberty" is, at best, facetious*"⁷.

Il fatto poi che i rapporti omosessuali fossero puniti anche quando intrattenuti in privato fu ritenuto quasi irrilevante. Inoltre, il diritto in questione non fu esaminato alla luce del I Emendamento e, dunque, alla luce della libertà di espressione, con la conseguenza che il caso *Stanley v. Georgia*, relativo al (la libertà di) possesso di materiale pornografico, non poteva essere utilizzato come precedente.

Anzi, secondo White: "*Otherwise illicit conduct is not always immunized whenever it occurs in the home. Victimless crimes, such as the possession and use of illegal drugs, do not escape the law where they are committed at home [...]. And if respondent's submission is limited to the*

7 Secondo M. TUSHNET: "*Gay rightly heard overtones of homophobia in White's opinion; the word facetious was particularly insensitive*" anche se – "*Burger's separate opinio was even worse*". ID., *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W. W. Norton & Company, 2005, in particolare 157.

voluntary sexual conduct between consenting adults, it would be difficult, except by fiat, to limit the claimed right to homosexual conduct while leaving exposed to prosecution adultery, incest, and other sexual crimes even though are committed in the home".

Alla fine, la decisione fu adottata da una maggioranza 5-4 (una 'debole arroganza', è stato sostenuto), e lo *swing Justice* (Powell), pur valutando come '*cruel and unusual*', dunque in linea di principio incostituzionale, l'arresto o la detenzione per i comportamenti di sodomia omosessuale, dubitava che le relazioni tra persone dello stesso sesso potessero essere configurate alla stregua di un diritto costituzionale derivante dalla *due process clause*: il punto è che la questione era stata posta proprio in questi termini davanti alla Corte Suprema.

Anche le *dissenting opinions* più forti, e in un certo senso 'profetiche' (quelle di Blackmun e di Stevens), erano tutte orientate alla qualificazione dell'omosessualità come riflesso della libera identità personale ("*sexual intimacy is a sensitive, key relationship of human existence, central to family life, community welfare, and the development of personality [...]*"); ma appunto, si scontrarono di fronte al muro dell'argomento 'storico-tradizionale' della maggioranza.

Bisogna però ricordare che, mentre la Corte Suprema stava per pronunciarsi sul caso *Bowers*, 26 Stati americani avevano già rimosso, dai codici penali, il reato di sodomia. L'Illinois fu il primo Stato a farlo, nel 1971, due anni dopo le dimostrazioni di *Stonewall* che attirarono l'attenzione dei media sulle discriminazioni contro le persone omosessuali e sulla lotta per i diritti dei gay.

Allo stesso tempo, la situazione in Europa, come già detto, era molto più avanzata.

La condotta omosessuale era già stata depenalizzata in molti Paesi, fin dal XIX secolo.

Nel 1981, con la decisione della Corte EDU, nel caso *Dudgeon v. Regno Unito*,⁸ si affermava, per la prima volta, che lo Stato che reprime penalmente la condotta omosessuale pone in essere una violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dunque del diritto al rispetto della vita privata e familiare⁹.

8 CEDU, *Dudgeon v. United Kingdom* (App. no 7525/76), 22 ottobre 1981, consultabile sul sito www.echr.coe.it.

9 Per una analisi della giurisprudenza CEDU sul tema, si rinvia a P. PUSTORINO, *Same-Sex Couples before the ECtHR: The Right to Marriage*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (ed. by), *Same-Sex Couples before National, Supranation-*

3. L'orientamento della Corte Suprema manifestato nel caso *Bowers* e la 'competizione' sul terreno dei diritti fondamentali tra Corti Federali e Corti Statali (e, in generale, tra istituzioni politiche dei due livelli di governo) – competizione che è tipica del Federalismo duale degli Stati Uniti – hanno provocato una serie di reazioni e conseguenze.

Prima di tutto, coloro che temevano che la decisione della Corte Suprema avrebbe indotto tutti gli Stati a introdurre le *sodomy laws* o a ripenalizzare la condotta omosessuale, furono smentiti. Nessuno Stato introdusse leggi repressive della condotta omosessuale; molti Stati invece, abrogarono il reato di sodomia omosessuale. Tredici Stati mantennero in vigore le *sodomy law*, e quattro di essi inasprirono le sanzioni.

Dunque, sebbene la sentenza sul caso *Bowers* è stata *overruled* solo 17 anni dopo, con la sentenza *Lawrence*, nei fatti, le condotte omosessuali erano già largamente consentite ed accettate.

In secondo luogo, *Bowers* ha provocato una importante mobilitazione culturale a sostegno dei movimenti *gay*.

Come affermato da B. FRIEDMAN, infatti, *Bowers* è stata una seconda *Stonewall* “a display of antihomosexual spleen that fueled public responses from gay people and their growing number of allies”¹⁰.

Oltre a ciò, che un cambiamento di prospettiva sull'omosessualità fosse imminente, poteva essere facilmente dedotto dal fatto che la composizione della Corte Suprema, chiamata a decidere sul caso *Lawrence*, era cambiata rispetto ai tempi di *Bowers*.

Sei Giudici erano stati collocati a riposo; anche se la nomina a *Chief of Justice* di Rehnquist e l'ingresso di Scalia e di Thomas – che dissenteranno poi in modo netto dalla decisione della Corte sul caso *Lawrence* – sembrava preservare una maggioranza 'conservatrice'.

Nel progressivo *overruling* di *Bowers*, è stato il Giudice Kennedy ad esercitare un ruolo fondamentale, in primo luogo aderendo alla opinione di maggioranza della Corte sul caso *Romer v. Evans* (1996)¹¹, con cui la Corte

al and International Jurisdictions, Springer ed., 2014; cfr. anche F. CRISAFULLI, *Same-Sex Couples' Rights (Other than the Right to Marry) before the ECtHR*, in *op. sopra cit.* Per una analisi comparata della giurisprudenza statunitense ed europea, cfr. V. VALENTI, *Principle of Non-discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Same-Sex Marriage. A Comparison Between United States and European Case Law* in L. Pineschi (ed. by) *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, Springer, 2015.

10 B. FRIEDMAN, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Strauss and Giroux, New York, 2009, 573.

11 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

Suprema dichiarò l'illegittimità costituzionale di un emendamento della Costituzione del Colorado che proibiva tutte le leggi antidiscriminatorie a tutela delle persone omosessuali.

Romer v. Evans rappresenta una tappa fondamentale nel processo che ha condotto all'*overruling* di *Bowers*; un processo che si è svolto principalmente attraverso l'attivismo delle Corti statali.

Il primo *step* di questo processo è infatti rappresentato da *Commonwealth v. Watson*¹², un giudizio in cui la Corte Suprema del Kentucky annullava la *sodomy law* dello Stato in questione, promuovendo così proprio quel diritto alla *privacy* negato in *Bowers*, muovendo da una interessante lettura della sovranità duale del sistema americano.

Secondo la Corte statale: "*it is our responsibility to interpret and apply our state constitution independently. We are not bound by decisions of the United States Supreme Court when deciding whether a state statute impermissibly infringes upon individual rights guaranteed in the State Constitution [...]. [T]he Bill of Rights in the United States Constitution represents neither the primary source nor the maximum guarantee of State constitutional liberty*".

Sono seguiti altri casi in cui diverse Corti Supreme Statali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle *sodomy laws*; la stessa Corte Suprema della Georgia, 12 anni dopo *Bowers*, dichiarava l'illegittimità costituzionale della legge precedentemente 'salvata' dalla Corte Suprema americana¹³.

Contemporaneamente, la Corte Suprema USA fu impegnata nell'esame e nella decisione di altri due rilevanti casi in tema di discriminazione per orientamento sessuale.

In entrambi, il problema era rappresentato dal bilanciamento tra il principio di non discriminazione e la libertà di espressione di gruppi ed associazioni.

L'esito fu tendenzialmente il medesimo, ma le maggioranze formatesi, in ciascun caso, sembravano riflettere l'evoluzione iniziata con *Romer* e che sarà poi completata con *Lawrence*.

In *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston* (1995)¹⁴, la Corte, all'unanimità, ha ritenuto che i cittadini privati,

12 *Commonwealth v. Watson*, 842 S. W 2d 487 (Ky, 1992).

13 Per un approfondimento di tali casi, si rinvia a M. MONTALDI, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007, in particolare 115-117.

14 *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995).

quali organizzatori di una manifestazione pubblica, hanno il diritto di scegliere i gruppi che possono partecipare alla stessa manifestazione¹⁵.

In *Boy Scouts of America v. Dale* (2000)¹⁶, con una maggioranza di cinque contro quattro, è prevalsa l'opinione del *Chief of Justice* Rehnquist, secondo cui una organizzazione privata, come quella dei *Boy Scouts*, in virtù della stessa libertà di espressione dell'associazione, può escludere una persona omosessuale dal gruppo, se la presenza di tale persona mina in modo significativo la capacità del gruppo di sostenere un determinato orientamento di pensiero (“*when the presence of that person affects in a significant way the group's ability to advocate public or private viewpoints*”).

Torniamo però al caso *Romer v. Evans*.

Il caso riguardava un emendamento della Costituzione del Colorado introdotto nel 1992, attraverso un *referendum*, che è stato nell'immediato sospeso dall'iniziativa della Corte Distrettuale dello Stato.

L'emendamento era chiaramente discriminatorio nei confronti delle persone omosessuali: esso vietava l'adozione di qualsiasi provvedimento (di natura legislativa o amministrativa) che attribuisse alle persone omosessuali lo *status* di classe protetta.

Era evidentemente un modo di perpetuare una forma di rifiuto o di 'segregazione' delle persone omosessuali, anche se in forma meno repressiva rispetto alle *sodomy laws*.

Praticamente, la politica discriminatoria nei confronti delle persone omosessuali veniva condotta, non più sul piano della repressione penale della sodomia omosessuale, ma su quello della disincentivazione alla accettazione pubblica dell'omosessualità; e, al contempo, identificando le persone omosessuali come 'classe separata'.

Nell'opinione della maggioranza (approvata 6-3), *Justice* Kennedy fece riferimento all'opinione dissenziente del Giudice Harlan in *Plessy v. Ferguson* del 1896 in tema di segregazione razziale, giudizio come è noto *overruled* poi da *Brown v. Board of Education* del 1954. E alla luce di tale *leading case* affermò: “*The Constitution neither knows nor tolerates classes among citizens*”.

Il giudizio poteva sembrare neutrale rispetto al tema dell'orientamento sessuale e ai problemi decisi in *Bowers*. Paradossalmente, fu il *dissent* di Scalia ad introdurre la connessione tra i due casi, e a prefigurare il so-

15 Così, D. A. J. RICHARDS, *op. cit.*, 120.

16 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530, U.S. 640 (2000). Il 27 luglio 2015 il Comitato Esecutivo dei Boy Scouts of America ha rimosso il divieto di ammissione all'organizzazione (come impiegati e troop leaders) dei soggetti apertamente omosessuali.

stanziale superamento del precedente del 1986. In effetti, era abbastanza difficile pensare che potesse mantenere il suo valore una decisione che considerava legittima costituzionalmente la punizione della sodomia omosessuale, mentre contemporaneamente la stessa Corte Suprema giudicava incostituzionale una norma che si limitava a vietare misure 'di favore' per gay e lesbiche.

4. Il caso *Lawrence* è considerato un *leading case* nella giurisprudenza americana sui diritti civili e, in particolare, sui diritti dei gay.

Il caso, come noto, non riguardava direttamente il matrimonio tra persone omosessuali. Eppure, in qualche modo, *Lawrence* ha aperto la strada e ha legittimato una giurisprudenza che, specialmente a livello statale, ha affermato i diritti delle persone omosessuali in tutte le loro dimensioni, proiettandoli ben oltre il principio di non discriminazione e garantendo, alle persone omosessuali, non solo il godimento di diritti individuali, ma anche del diritto a vivere la propria esperienza affettiva e di vita anche con un compagno o una compagna dello stesso sesso, e a vedere questa esperienza riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico.

Se l'orientamento sessuale è parte della libertà individuale ed elemento caratterizzante l'identità personale, ciascuna persona deve quindi avere la possibilità di esprimere liberamente la propria identità sessuale, il proprio orientamento sessuale nella vita di relazione, nella convivenza, nei rapporti caratterizzati da amore e da responsabilità reciproche¹⁷.

Come ha sottolineato L. Tribe, dunque, "*Lawrence laid the groundwork for striking down bans on same sex marriage in much starker terms than did Brown for invalidation of anti-miscegenation laws (in the case Loving v. Virginia)*"¹⁸.

Non è il caso, in questa sede, di commentare il confronto con la giurisprudenza in tema di discriminazione razziale; personalmente ho sempre ritenuto il parallelo un po' forzato, non fosse altro perché chi sostiene che il matrimonio debba rimanere ancorato al paradigma eterosessuale, non necessariamente lo fa da una prospettiva 'discriminatoria' o 'segregazionista'; in altre parole, l'opzione 'eterosessuale' del matrimonio (altro ovviamente sarebbe negare alle coppie *same-sex* il diritto ad avere un riconoscimento

17 M. NUSSBAUM, *A right to marry? Same – sex marriage and Constitutional law*, 2010, 1, consultabile tramite il link <http://www.dissentmagazine.org/article/a-right-to-marry-same-sex-marriage-and-constitutional-law>.

18 L. TRIBE, *The constitutional inevitability of same sex marriage*, 2011, consultabile tramite il link: <http://www.scotusblog.com/2011/08/the-constitutional-inevitability-of-same-sex-marriage/>.

giuridico con tutti i diritti che questo potrebbe e dovrebbe comportare) può avere una base semplicemente ‘razionale’, cioè riferita al piano della razionalità giuridica, nel senso che chi sostiene che ‘famiglia’ e ‘matrimonio’ siano istituti che presuppongono la doppia soggettività sessuale non lo fa perché pensa che l’omosessualità sia un disordine naturale o che l’omosessuale sia una persona malata, ma perché può essere convinto che il matrimonio e le famiglie ‘eterosessuali’ siano il riflesso di una tradizione giuridica ancora attuale ed ‘effettiva’, che – in altri termini- l’inaccessibilità degli omosessuali al matrimonio non derivi da una ‘minorità’ della categoria, quanto da una ragionevole distinzione basata sulle caratteristiche intrinseche e oggettive di una ‘risorsa’ giuridica così importante e radicata nella storia degli ordinamenti giuridici.

La segregazione razziale era il corollario di un’ideologia spaventosa e inaccettabile: la supremazia della razza bianca, che ha prodotto il ‘contro-senso’, la ‘rottura’ costituzionale e morale della schiavitù. Le razze non potevano mischiarsi perché non erano poste sullo stesso piano.

Può darsi che discriminazione razziale e discriminazione ‘sessuale’ (in questo caso fondata sull’orientamento sessuale, sulle tendenze), razzismo e sessismo, abbiano una qualche analogia sul piano delle motivazioni che hanno sostenuto le pagine più buie dell’una e dell’altra vicenda: alcuni passaggi della sentenza *Bowers* del 1986, come si è visto, appaiono davvero inquietanti, e non molto lontani da alcune espressioni dell’ideologia ‘razzista’. Ma non è così per forza.

Ad ogni modo, questo parallelo, e la citazione di Tribe a proposito della sentenza *Lawrence*, certamente enfatizza ancor più l’importanza di questo caso per il costituzionalismo americano¹⁹.

Come noto, la Corte Suprema, in tale caso, con una decisione adottata con sei voti a favore e tre contro, dichiarava l’illegittimità costituzionale della *sodomy law* texana e con ciò operava un *overruling* diretto e totale della decisione *Bowers*, giudicata addirittura come errata, finanche rispetto ai tempi in cui fu pronunciata.

Infatti, come sostenuto dal Giudice Kennedy, “*our laws and tradition [...] show an emerging awareness that liberty gives substantial protection to adult persons in deciding how to conduct their private lives in matters pertaining to sex*” e tale evoluzione “*should have been apparent when*

19 Così, M. MONTALDI, *op. cit.*, 447-448. Cfr. anche C. R. SUNSTEIN, *What did Lawrence hold? Of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage*, *Suprem Court Rev.* 27:30-74.

Bowers was decided" e, pertanto, "*Hardwick was not correct when it was decided and it is not correct today*"²⁰.

La Suprema Corte non si limitava dunque ad affermare la violazione del principio costituzionale dell'*equal protection* da parte dello Stato (nel caso, il Texas), nella misura in cui esso vietava la sodomia omosessuale mentre consentiva la sodomia eterosessuale; ma contestava altresì la violazione del principio costituzionale della *privacy*.

Secondo il Giudice Kennedy, la libertà è un 'concetto in movimento' (*shifting concept*)²¹, il cui significato e i cui componenti possono manifestarsi in molteplici modi che riflettono l'evoluzione dei tempi e della società²², affinché "*the Constitution endures and persons of every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom*".

Questa è la dimostrazione del dinamismo della giurisprudenza americana, reso possibile anche in virtù delle diverse tipologie di *opinions* (di maggioranza, *dissenting* o *concurring*).

L'opinione dissenziente di Stevens in *Bowers* ha rappresentato, per esempio, il punto cruciale del ragionamento della Corte in *Lawrence*: veniva qui riconosciuto, infatti, che la protezione della *Due Process Clause*, prevista nel XIV emendamento, "*extends to intimate choices by unmarried, as well as married persons*"²³.

Ancora una volta, il legame tra i *sodomy cases* e il problema del riconoscimento del matrimonio omosessuale (o il riconoscimento, in altre forme, del rapporto tra persone omosessuali), che sembrava estraneo alla (o almeno non direttamente richiamato nella) decisione *Lawrence* – il quale, come si legge nella sentenza, "*does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter*"²⁴ – diveniva centrale nell'opinione dissenziente di Scalia, fortemente critico nei confronti della opinione della Corte.

20 L. TRIBE giudica tale conclusione "*unusual (Indeed, I think, unprecedented)*". ID. *The invisible Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2008, in particolare 135.

21 Così A. D'ALOIA, *I diritti come immagini in movimento, tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003.

22 Così C. R. SUNSTEIN, *A constitution of many mind*, Princeton University Press, Princeton, 2009, in particolare 55.

23 Così M. TUSHNET, *op. cit.*, 157.

24 Forse solo accennato, come sostenuto da D. NEJAIME, il quale in *Marriage Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exemptions and the Production of Sexual Orientation Discrimination*, in *Calif. Law rev.*, 2012 osserva, che "*Lawrence constitutes a crucial moment in the developing shift toward recognizing that*

Qui, il noto scetticismo del Giudice Scalia nei confronti del principio costituzionale della *privacy* è espresso in forma molto aggressiva.

Secondo il Giudice Scalia, infatti, l'overruling di Bowers avrebbe comportato una "*massive disruption of social order*", in quanto "*State laws against bigamy, same-sex marriage, adult incest, prostitution, masturbation, adultery, fornication, bestiality and obscenity are [...] sustainable in light of Bowers's validation of laws based on moral choices*".

Si trattava di una presa di posizione molto forte e netta nei confronti delle coppie omosessuali, mentre l'opinione di Kennedy si limitava solo ad affermare che la questione riguardava "*two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle*".

Secondo Scalia, l'opinione di Kennedy era "*bald unreasoning disclaimer*". Ed infatti, Scalia concludeva, domandandosi, con quali argomentazioni, dopo tale decisione, si sarebbe potuto negare l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali.

Il problema dell'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali, dunque, era già evidente in quella fase del processo; si capiva, dunque che, esso, subito dopo la rimozione dell'ostacolo delle *sodomy laws*, sarebbe divenuto il nuovo tema centrale delle battaglie dei movimenti gay.

In questa prospettiva, non può essere considerata una mera coincidenza il fatto che in tutti casi più recenti in cui è stata contestata la costituzionalità del DOMA si è individuato, proprio nel caso *Lawrence*, l'inizio di un nuovo approccio alle libertà e all'eguaglianza, rendendo così possibile, non solo il riconoscimento in capo alle persone omosessuali di importanti diritti individuali, ma anche l'apertura del dibattito sul riconoscimento delle coppie tra persone dello stesso sesso.

5. Il dibattito sul *same sex marriage*, o più in generale sul riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, cominciò a delinearsi a vari livelli (giurisdizionali) parallelamente alle prime battaglie sui *gay rights*, e per la depenalizzazione della condotta omosessuale.

unequal treatment of same sex relationships is unconstitutional sexual orientation discrimination" (p. 1218). L'interdipendenza tra principio di eguaglianza per orientamento sessuale e rapporti omosessuali è sostenuto da M. STRASSER, *Lawrence and Same-Sex Marriage Bans: On Constitutional Interpretation and Sophistical Rhetoric*, in *Brooklyn Law rev.*, 38, 2004 e E. M. GLAZER, *Sodomy and Poligamy*, in *Columbia Law Rev.*, 11, 2011, il quale afferma che "*it seems reasonable to argue that Lawrence paved the way for successful same sex marriage decisions*".

Si tratta di un'altra anomalia dell'esperienza americana rispetto a quella europea, in cui, invece, come abbiamo già notato, il dibattito sul riconoscimento delle coppie omosessuali si è sviluppato solo dopo aver sciolto il nodo sulla liceità della condotta omosessuale.

Certo, il tema non era completamente sviluppato.

La sua novità, poi, sembrava cogliere di sorpresa le diverse Corti, le quali spesso si limitavano a rigettare i ricorsi, spesso senza nemmeno discutere, in modo profondo, le implicazioni dei vari casi.

In *Baker v. Nelson*²⁵ del 1971, una coppia omosessuale che aveva richiesto la licenza matrimoniale in Minneapolis si oppose al rifiuto dell'Ufficiale della Contea distrettuale di Hennepin di rilasciare tale licenza, sostenendo che tale rifiuto contrastasse con alcune previsioni della Costituzione Federale (I, VIII, IX, XIV Emendamento).

I Giudici di merito rigettarono il ricorso presentato dalla coppia, senza nemmeno discutere il caso, operando però una distinzione dal precedente *Griswold*, in tema di *privacy*, e dallo stesso *Loving v. Virginia*, in tema di divieto di matrimonio interraziale, in quanto, a detta degli stessi Giudici, “*there is a clear distinction between a marital restriction based merely upon race and one based upon fundamental difference in sex.*”

L'anno seguente la decisione venne appellata innanzi alla Corte Suprema la quale, pur avendo già l'opportunità di pronunciarsi nel merito e di decidere sui diritti costituzionali controversi, rigettò l'appello per “*want of a substantial federal question*”²⁶.

Un altro rigetto, poi, questa volta nel merito, fu deciso dalla Corte d'Appello di Washington in *Singer v. Hara*, nel 1974²⁷. Nella decisione si legge un breve ma significativo passaggio sulla legge sul matrimonio dello Stato di Washington, giudicata pienamente legittima nella misura in cui non estende alle coppie omosessuale la possibilità di contrarre matrimonio. Secondo la Corte, la legge statale promuoveva “*the public interest in affording a favorable environment for the growth of children*”.

Numerose decisioni di altre corti, poi, escludevano le coppie omosessuali dall'istituto del matrimonio e dalla definizione di coniugi /sposi.

25 *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971).

26 *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972). Cfr. per un commento W. C. DUNCAN *Avoidance Strategy: Same-Sex Marriage Litigation and the Federal Courts*, in *Campbell Law Review*, 29: 29-46, in particolare 30-31.

27 *Singer v. Hara* 522P. 2d 1187 (Wash. Ct. App. 1974).

Si pensi al caso *Adams v. Howerton* del 1980²⁸. In tale giudizio, la Corte d'Appello per il Nono Circuito decise che non fosse irragionevole escludere le coppie omosessuali dalla definizione giuridica di coniuge/sposo in quanto “*same-sex couples do not procreate, most or all States do not recognize marriages between persons of the same –sex, and same-sex marriages violate traditional mores*”.

Furono queste posizioni così rigide a indurre gli attivisti gay a ‘spostare la battaglia’ per l’estensione del matrimonio alle coppie omosessuali dal livello giurisdizionale federale a quello statale, la sede ritenuta più adatta per decidere in merito allo *status* civile delle persone, al regime familiare e matrimoniale.

La strategia era quella di evitare ‘un faccia a faccia’ con i giudici federali, la cui reazione negativa avrebbe prodotto effetti molto più devastanti per il buon esito della loro causa; come scriveva Evan Wolfson, nel 1994, infatti, “*the wrong case, wrong judge, or wrong forum could literally set us all back years if not decades*”²⁹.

Inoltre, le vittorie locali avrebbero potuto gradualmente contribuire a cambiare l’opinione pubblica e a promuovere un’accettazione progressiva di un modello sessualmente aperto di matrimonio.

In ogni caso, tale strategia non sembrava tenere in debito conto le interconnessioni tra livello statale e livello federale, che non si riducono all’esercizio di corrispondenti funzioni sui diversi livelli di governo (Congresso federale/Legislature statale; Corti federali/Corti statali), ma sono molto più complesse.

Basti pensare al fatto che le decisioni, adottate a livello statale, di introdurre nuove disposizioni legislative o di procedere alla revisione di disposizioni costituzionali, nell’intento di tutelare la famiglia tradizionale, sono state fortemente criticate alla luce di svariate disposizioni della Costituzione Federale; e ciò, prima ancora di essere impugnate innanzi ai giudici statali.

Infine, all’attivismo dei giudici statali ha replicato il Legislatore Federale, introducendo, nel 1996, il famoso *Defense of Marriage Act* (cd. DOMA).

28 *Adams v. Howerton*, 673 F.2d 1036 (9th Cir. 1982). Cfr. anche *Bowers, Dean v. District of Columbia*, 653 A. 2d 307 (D.C. App. 1995) in cui si legge: “*we cannot overlook the fact that the Supreme Court has deemed marriage a fundamental right substantially because of its relationship to procreation.*”

29 E. WOLFSON, *Crossing the Threshold: Equal Marriage Rights for Lesbians and Gay Men and the Intra-Community Critique*, in *NY Univ. Rev. Law. Soc. Change* 21: 568-615, 1994

6. Il DOMA è un simbolo del doppio conflitto tra Stati e Federazione; e tra potere legislativo e potere giudiziario. Esso ricomprende entrambe le prospettive e, a ben guardare, rappresenta uno strumento volto a proteggere gli Stati membri dalle decisioni (legislative o giudiziarie) adottate da altri Stati.

Tuttavia, è utile ricordare che il Congresso Federale introdusse il DOMA in conseguenza della (o potremmo dire in reazione alla) decisione nel caso *Baehr v. Lewin* pronunciata, nel 1993, dalla Corte Suprema delle Hawaii.³⁰

In tale caso, la Suprema Corte hawaiana ravvisava che il divieto del *same-sex marriage* violasse l'*Equal Protection Clause* della Costituzione hawaiana e, pertanto, chiedeva al giudice di merito di dimostrare che tale divieto fosse posto a tutela di un inderogabile interesse statale.

In risposta alla decisione della Suprema Corte, nel 1998, veniva introdotto, in via referendaria, un emendamento alla Costituzione in cui si affermava: "*Marriage. The legislature shall have the power to reserve marriage to opposite-sex couples*", che la Corte Suprema giudicò decisivo.

A parte l'esito della vicenda giudiziaria (in conseguenza della quale lo Stato delle Hawaii estendeva alle coppie omosessuali diritti e benefici simili a quelli riconosciuti dal Legislatore francese attraverso i *Pacs*), la decisione *Baehr* segnava l'inizio di un percorso che molti altri Stati seguirono e approfondirono nelle implicazioni³¹. *Baehr* è stato il primo caso in cui è stata apertamente sfidata l'idea del matrimonio come unione (solo) tra un uomo e una donna.

La sentenza della Corte Suprema del Massachusetts del 18 novembre 2003, nel caso *Goodridge v. Department of Public Health*³² è il precedente forse più importante della fase post-Baehr, anche perchè ha determinato la stabile introduzione del matrimonio tra persone omosessuali nello Stato del Massachusetts³³.

Al di là di questi casi 'modello', la realtà giuridica dei singoli Stati è rimasta per lungo tempo molto frammentata. A parte il Massachusetts e la

30 *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993).

31 Cfr. M. MONTALDI, *op. cit.*

32 *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003). Significativa è altresì la decisione della Corte Suprema del New Jersey, *Lewis v. Harris* del 2006, 188 N.J. 415; 908 A.2d 196 (N.J. 2006) o la decisione della Corte Suprema della California, *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008). Cfr., N. J. KNAUER, *Same-Sex Marriage and Federalism*, in *Temple Polit. Civ. Rights Law. Rev.*, 17: 421-442, 2008.

33 L'importanza di questa sentenza è sottolineata, tra gli altri, da A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., 45.

California (dopo la decisione *In re Marriage* e prima della *Proposition 8*, comunque dichiarata incostituzionale dal 2013) in cui era stato legittimato il matrimonio tra persone omosessuali, alcuni stati avevano esteso alle coppie omosessuali i benefici riconosciuti alle coppie eterosessuali unite in matrimonio³⁴; altri ancora avevano esteso alle coppie omosessuali solo alcuni di tali benefici³⁵; altri, infine, escludevano non solo il matrimonio tra persone del medesimo sesso, ma anche il riconoscimento, attraverso altri istituti giuridici, della relazione omosessuale³⁶.

In altre parole, il DOMA ha provocato diverse reazioni a livello statale, confermando l'architettura pluralistica del sistema federale americano, che ripropone l'antico conflitto tra il potere legislativo e il potere giudiziario, tra potere statale e federale, particolarmente intenso sul terreno dei diritti fondamentali.

Questa interazione è dovuta al fatto che ancora 'il cerchio' intorno al *same-sex marriage* e intorno al DOMA non si era (così come non si è del tutto) ancora chiuso.

Il DOMA, infatti, non proibisce espressamente il matrimonio tra persone omosessuali (anche se, non si può nascondere che, come sostenuto da SIMSON³⁷, alcune sue disposizioni tradiscono una certa dose di ostilità nei suoi confronti).

Il DOMA, inoltre, non esclude la possibilità dei singoli Stati di estendere il matrimonio alle persone omosessuali o di rendere esecutive le decisioni adottate da altri Stati in cui il *same-sex marriage* è 'legale' o in cui il riconoscimento delle coppie omosessuali passa attraverso istituti diversi dal matrimonio, come le unioni civili, in grado di garantire gli stessi benefici riconosciuti alle coppie eterosessuali, per effetto del vincolo matrimoniale.

Allo stesso tempo, però, il DOMA autorizza gli Stati, contrari al matrimonio tra persone omosessuali, a non sentirsi obbligati a dar seguito alle decisioni o alla disciplina di altri Stati che riconoscono tale possibilità³⁸.

In concreto, una coppia legalmente sposata in Massachusetts non ha alcuna garanzia che il suo *status* sarà riconosciuto in altro Stato e che il

34 Così avevano fatto, il New Jersey, il Connecticut, il New Hampshire, l'Oregon, il Vermont.

35 Così il Maine, lo Stato di Washington, il Distretto della Columbia.

36 Così N. J. KNAUER, *op. cit.*, il quale osserva che erano predominanti gli Stati che ancora mantenevano in vigore il divieto dei *same-sex marriages*.

37 G. J. SIMSON, *Religion, Same-Sex Marriage, and the Defense of Marriage Act*, in *Calif. West. Int. Law J.*, 41: 35-46, 2010.

38 Così, L. KRAMER, *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, in *Yale Law J.*, 106: 1965-1979, 1997.

matrimonio contratto produrrà gli stessi effetti giuridici stabiliti dalla legge federale.

Il DOMA, come noto, è diviso in due parti.

La prima (la *Section 2*)³⁹ contiene una 'clausola 'orizzontale'⁴⁰; essa va a disciplinare gli effetti interstatali del matrimonio contratto da una coppia omosessuale in un determinato Stato.

In modo molto chiaro, con tale sezione, l'intento del Legislatore Federale è quello di impedire che uno Stato sia obbligato ad adottare leggi che potrebbero introdurre il *same sex marriage*, per effetto della *Full Faith and Credit Clause* che, ai sensi dell'art. 4, sez. I, stabilisce, come noto, che: "*In ogni Stato si darà pieno riconoscimento agli atti, ai documenti pubblici e ai procedimenti giudiziari degli altri Stati; e il Congresso potrà, mediante leggi generali, prescrivere le procedure per attribuire valore legale a tali atti, documenti e procedimenti, nonché gli effetti relativi.*".

Questa clausola è essenziale per il funzionamento delle complesse dinamiche del federalismo americano⁴¹.

È sostanzialmente una garanzia di unità federale e di fedeltà ed esprime il senso della convergenza verso l'uniformità, finanche in quegli ambiti in cui la richiesta di intervento statale è più forte.

La clausola contiene essa stessa elementi di flessibilità; in altre parole, prevede eccezioni, come la possibilità per il Congresso di introdurre previsioni normative in deroga allo stesso meccanismo di *Full Faith and Credit*.

Il problema, però, è capire quali siano i limiti di tale potere derogatorio.

39 La *Section 2* del DOMA, dedicata ai "*Powers reserved to the states*" stabilisce che: "*No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship*".

40 "(It) is horizontal because it primarily concerns the relations among the co-equal sovereign States of the Union". Così, L. D. WARDLE, *Who Decides? The Federal Architecture of DOMA and Comparative Marriage Recognition*, in *Calif. West. Int Law J.*, 2010, in particolare 149.

41 Cfr. V. C. JACKSON, M. V. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999. Come notato, tra l'altro, dalla Suprema Corte Usa in *Milwaukee County v. M. E. White Company*, 296 U.S. 268 (1935), tale norma costituzionale produce un cambiamento di *status* degli Stati, trasformandoli in "*integral parts of a single nation throughout which a remedy upon a just obligation might be demanded as of right, irrespective of the State of its origin*". Per un approfondimento, Cfr. M. STRASSER, *Same-Sex Unions Across the United States*. Carolina Academic Press, Durham, 2011, in particolare 89.

Muovendo dalla stretta connessione tra tale clausola e gli importanti interessi costituzionali che la stessa intende proteggere, è possibile sostenere che i singoli stati non sono liberi di ignorare gli obblighi scaturenti dalle leggi o dalle decisioni giudiziarie adottate in altri Stati⁴².

Secondo l'interpretazione più autorevole di tale clausola, sarebbe possibile derogare all'applicazione della *Full Faith and Credit Clause* solo quando sussistono importanti ed imperativi interessi pubblici, ovviamente non contrastanti con altre disposizioni costituzionali⁴³ (anche se è doveroso riconoscere che, in alcuni casi, la stessa Corte Suprema ha affermato che la Costituzione non tollera "*a roving public policy exception to the full faith and credit due judgements*"⁴⁴).

La *section 2* del DOMA, dunque, sembra riflettere la ricerca di un 'bilanciamento costituzionale' tra i singoli Stati, al fine di tutelare l'autonomia decisionale di ciascuno di essi in determinate materie, quali il matrimonio e unioni civili e al fine di preservare il diritto di ciascuno Stato di decidere se riconoscere il matrimonio tra persone omosessuali.

Da questo punto di vista, ha ragione WARDLE nel ritenere che il DOMA "*is an architectural provision protecting the architecture of federalism*" e "*it protects each State from aggressive Federal Judges, and other governmental officials, who would use the supremacy of Federal law to force States to recognize same-sex marriage in their internal domestic relations laws*"⁴⁵.

È difficile dunque stabilire con certezza se il DOMA abbia ecceduto nell'introdurre deroghe alla *Full Faith and Credit Clause*.

La questione è molto complessa.

Uno stato federale poggia su una pluralità di interessi dell'Unione che, a loro volta, condizionano i diritti fondamentali dei cittadini americani.

La libertà di movimento e il diritto di lavorare in tutti gli Stati dell'Unione sembrano implicare che tutti i cittadini possano muoversi da uno Stato all'altro portandosi dietro i propri diritti e libertà fondamentali, incluso il diritto di contrarre matrimonio, come disciplinato da un singolo Stato⁴⁶.

42 Cfr. ancora *Milwaukee County v. M. E. White Company*, 296 U.S. 268 (1935).

43 Inoltre molti decisioni della Suprema Corte sottolineano la necessità di distinguere l'applicabilità della clausola quando si tratta di dar 'credito a leggi' o di 'dar credito a decisioni giudiziarie' adottate da altri Stati. Così, per esempio, *Baker v. General Motors Corporation* 522 U.S. 222, 232 (1998); *Pacific Employers Company v. Industrial Accident Commission*, 306, U.S., 493, 591 (1939) del 1998.

44 *Baker v. General Motors Corporation* 522 U.S. 222, 232 (1998); *Sherrer v. Sherrer*, 334 U.S. 343 (1948). Cfr.. M. STRASSER, *Same-Sex Unions cit.*, 89, 90.

45 L.D.WARDLE, *Who Decides?* cit.

46 Sottolinea, in questi termini, lo stretto legame tra libertà di movimento, il diritto al lavoro e il diritto di contrarre matrimonio, M. STRASSER, *Same-Sex Unions cit.*

Se letta alla luce di tali 'interessi fondamentali', la *Full Faith and Credit Clause* sembra acquisire una maggiore forza: la dimensione procedurale è arricchita da elementi che richiamano la *due process*, l'*equal protection*, la dottrina dell'autonomia individuale.

In questi termini, le deroghe al riconoscimento da parte di un singolo Stato, di leggi o decisioni giudiziarie adottate in altri Stati, necessitano di giustificazioni ben più rigorose, probabilmente molto più difficili da individuare.

Inoltre, in questa previsione costituzionale si intrecciano effetti orizzontali (che riguardano i rapporti interstatali) ed effetti verticali (che riguardano invece i rapporti tra Stati e Federazione), autorizzando il Congresso a disciplinare gli effetti interstatali che scaturiscono dal riconoscimento reciproco delle decisioni e delle leggi adottate dai singoli Stati e, a "*tell the States when they must, and when they may not, recognize the domestic relations laws, records, judgment of other states*"⁴⁷.

Per concludere, la questione su cui condurre la riflessione giuridica è, per dirla con le parole (ancora) di WARDLE: "*who decides whether, when, and to what extent same-sex marriages created in one American state will be recognized by other state governments, and by the federal government*"⁴⁸.

Il DOMA, come si sa, risolve il dilemma in questi termini: il Congresso non può obbligare uno Stato e le sue Corti a 'legalizzare' il matrimonio tra persone omosessuali. Esso protegge la discrezionalità dei singoli Stati americani, i quali possono scegliere se riconoscere le decisioni legislative e giudiziarie adottati in altri Stati o mantenere il proprio ordine giuridico.

7. La sezione 3 del DOMA, che introduceva una "*Definition of marriage*" non era certamente meno importante, né meno ambigua o problematica della sezione 2.

Essa stabiliva che "*In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife*".

Il Congresso, dunque, con tale previsione normativa imponeva una definizione di matrimonio, ancorata al paradigma eterosessuale.

47 Così, sempre L.D.WARDLE, *Who Decides?* cit., 149 e ss.

48 Sempre L.D.WARDLE, *Who Decides?* cit., 149 e ss.

Tale sezione, come noto, è quella che è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Suprema americana nel caso *United States v. Windsor*⁴⁹.

Il caso, come si ricorderà, riguardava una coppia omosessuale che aveva contratto matrimonio in Canada, ma era domiciliata nello Stato di New York, il quale, ai fini fiscali, non riconosce il matrimonio celebrato in Canada.

Senza entrare nel merito del caso, ma al solo fine di inquadrare meglio la questione oggetto di giudizio, va ricordato che la Corte distrettuale riteneva che, nonostante il DOMA rispondesse alla necessità di proteggere l'interesse del Governo centrale di assicurare una uniforme distribuzione dei benefici federali a livello statale, l'illegittimità di tale legge federale emergeva nella misura in cui veniva negato allo Stato il potere di definire l'istituto matrimoniale.

Ma procediamo con ordine.

La singolarità di questo giudizio è che la Corte si è trovata davanti un'Amministrazione federale che non solo non ha difeso la 'sua' legge, ma anzi l'ha apertamente sconfessata, sostenendo, in una memoria del Dipartimento della Giustizia, una posizione favorevole al riconoscimento delle nozze gay.

Infatti, in tale memoria, l'Amministrazione affermava che le classificazioni basate sull'orientamento sessuale dovrebbero essere soggette ad un "*heightened scrutiny for equal protection purposes*", e ciò per diversi motivi⁵⁰:

- 1) in conseguenza della storia di discriminazioni sofferte dalle persone omosessuali sia prima di *Lawrence*, quando ancora erano considerate legittime le *sodomy laws*, sia dopo, per effetto di tutte le discriminazioni che queste persone hanno continuato a subire in diversi ambiti;
- 2) perché l'orientamento sessuale non incide sulla capacità delle persone di contribuire allo sviluppo della società;
- 3) perché la discriminazione nei confronti delle persone omosessuali si basa su una caratteristica immutabile e distintiva che definisce tali persone come gruppo;
- 4) e perché, nonostante i cambiamenti in atto, le persone omosessuali rappresentano una minoranza, con limitati poteri di proteggersi dalle decisioni politiche adottate dalla maggioranza. L'avanzamento registrati nel corso del tempo nella tutela dei diritti dei *gay* è il frutto

49 *United States v. Windsor* 570 U.S. ____ (2013) (Docket No. 12-307).

50 Cfr. U.S. Merits Brief (Windsor), 23-27.

più di 'battaglie giudiziarie' – di “*judicial enforcement of constitutional guarantees*”⁵¹ – che non di azioni politiche e iniziative legislative.

L'*heightened scrutiny*, menzionato dall'Amministrazione Federale, non è né lo *strict scrutiny* ancora utilizzato per leggi che classificano in ragione della razza o dell'appartenenza etnica né il *rational basis test*, ma un *intermediate scrutiny*, che impone che la classificazione debba essere giustificata da un fine proporzionato e rilevante (mentre, nel caso del *rational basis test*, sarebbe sufficiente una connessione razionale con uno scopo legittimo del Governo, e l'onere della prova dell'incostituzionalità della legge graverebbe sul ricorrente). In più, devono essere previste misure rafforzate se sussiste l'evidente e alto rischio che la classificazione operata dal Legislatore sia il frutto di un inammissibile pregiudizio o stereotipo⁵².

L'atteggiamento dell'Amministrazione federale è, dunque, significativo e rappresentativo di un 'nuovo mood', quale risultato di quel lungo e complesso processo, culturale e politico, che ha dato una 'svolta' alla lotta per il riconoscimento dei diritti dei gay e per il riconoscimento delle coppie omosessuali.

Tale atteggiamento è stato certamente d'ausilio per la Corte Suprema, nel prendere consapevolezza di questo cambiamento.

Inoltre, l'Amministrazione federale era convinta che nessun argomento a difesa del DOMA avrebbe superato il test dell'*heightened scrutiny* e alcuni di essi neanche il *rational basis test*.

Secondo la stessa Amministrazione, infine, lo scopo di proteggere la nozione 'tradizionale' (eterosessuale) di matrimonio è palese nel DOMA; ma, difendere le tradizioni, attraverso l'argomento storico, può risultare pericoloso, in quanto legato a nozioni che riflettono (come dimostrano le *opinions* di Bowers) un giudizio di disvalore morale nei confronti dell'omosessualità.

La questione, chiara anche all'Amministrazione Federale, è che il linguaggio costituzionale cambia nei tempi, si evolve, acquisendo nuovi significati in ragione dell'evoluzione della società.

Entrando ora nel merito della decisione *Windsor*, è da notare che la Corte Suprema ha ritenuto che la qualificazione legislativa federale di matrimonio fosse incostituzionale, in primo luogo perché viola la competenza degli Stati in tema di famiglia e di matrimonio.

Dunque, la sezione 3 del DOMA (per usare le parole della stessa Corte) “*disrupts the federal balance*”, e si discosta da una lunga storia e tradizione

51 Cfr. U.s. Merits Brief (*Windsor*), 23-27.

52 Così, *City of Richmond v. J. A. Croson*, 488 U.S. 469, 493 (1989).

di riserva al diritto statale del compito di regolare e definire il matrimonio, anche con riferimento ad aspetti molto controversi, come l'età minima per poter contrarre le nozze, o i divieti collegati alla consanguineità.

I Supremi Giudici contestano soprattutto il carattere generale e assoluto della Sezione 3 del DOMA, che non si limita (possibilità ammessa in passato anche sul terreno del diritto di famiglia, in riferimento ai problemi dell'*immigration law*) a correggere o integrare le decisioni statali con interventi specifici e limitati, ma di fatto mette nel nulla la eventuale scelta liberamente adottata da uno Stato di ammettere o riconoscere il '*same-sex marriage*', sull'intero registro della regolazione giuridica, dalla sicurezza sociale, al diritto penale, fino ai temi della imposizione tributaria o dei benefici per i veterani di guerra.

Se, però, quello della separazione dei poteri e del federalismo sembra essere il filo principale del ragionamento della Corte, è doveroso notare che la dichiarazione di incostituzionalità aggancia le grandi questioni 'sostanziali' del matrimonio gay: il diritto delle persone omosessuali di non essere discriminate per il loro orientamento, la dignità di una scelta affettiva e relazionale che chiede riconoscimento giuridico, i limiti legati all'imposizione di una visione morale (che i Supremi Giudici non esitano ad identificare in quella cattolica) attraverso lo strumento legislativo.

Alcune affermazioni sono davvero forti ed impegnative; per la Corte Suprema, il DOMA è incostituzionale "*come privazione della libertà personale*", [perché] "*degrada una coppia, nonostante la Costituzione protegga le loro scelte morali e sessuali*", "*umilia decine di migliaia di bambini oggi cresciuti ed educati da coppie omosessuali*"⁵³.

Da questo punto di vista, in un certo senso, questa sentenza chiude quel percorso molto complesso e accidentato della Corte Suprema degli USA, in tema di discriminazioni per orientamento sessuale, iniziato 29 anni prima con il caso *Bowers v. Hardwick*, che abbiamo cercato di raccontare, e che ha condotto dall'affermazione del diritto individuale ad essere se stessi, a non essere discriminati sulla base del proprio orientamento sessuale come contenuto fondamentale della identità personale, alla proiezione pluralistica e relazionale di questo diritto: appunto, al diritto a vivere la propria esperienza affettiva e di vita anche con un compagno o una compagna dello stesso sesso, e a vedere questa esperienza riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico.

53 *United States v. Windsor* 570 U.S. ____ (2013) (Docket No. 12-307), in particolare, 16, 21, 25, 22.

La combinazione delle due prospettive, quella federalista e quella legata al principio di non discriminazione, dunque, se per un verso ha rappresentato un modo per rendere la decisione più accettabile in un contesto sociale e culturale ancora fortemente spaccato sull'argomento (un piccolo equilibrismo che la Suprema Corte utilizza nei casi più spinosi e controversi), come dimostra il fatto stesso che la decisione sia stata adottata con una maggioranza risicata (5-4) e che le *dissenting opinions* siano particolarmente polemiche, per l'altro, però, ha lasciato la questione aperta, ed esposta ad altri contenziosi sia a livello di giurisdizione statale che a livello di giurisdizione federale.

In *Windsor*, la Corte Suprema non è arrivata (ancora) a riconoscere *tout court* un 'diritto di sposarsi' (indipendentemente dal requisito sessuale), a chiamare in causa direttamente l'*equal protection clause* del XIV emendamento, a paragonare il divieto del matrimonio omosessuale con il divieto del matrimonio interrazziale (come pure una larga parte della cultura giuridica americana chiedeva), quest'ultimo cancellato, come noto, dalla stessa Corte con la storica sentenza *Loving v. Virginia* del 1967.

8. Si era capito subito che la sentenza *Windsor* fosse un 'punto di non ritorno': indietro non si può più andare, davanti però, come si è detto, sono rimasti alcuni nodi da sciogliere.

Ma intanto, che effetti ha provocato tale decisione?

Se matrimonio e famiglia sono 'materie' riservate alla competenza degli Stati e dunque ai 'processi democratici' che si svolgono a livello locale, questo dovrebbe a prima vista significare che gli Stati che si oppongono al matrimonio tra persone dello stesso sesso conservano un qualche margine di manovra, nel senso che, dalla sentenza *Windsor*, non derivano conseguenze automaticamente negative per i cd. 'DOMA' statali, né obblighi di disciplinare o ammettere il *same-sex marriage* o qualche forma equivalente di tutela giuridica.

Del resto, il giudizio non riguardava la *section 2* del DOMA, che continua perciò a riconoscere agli Stati il diritto di rifiutare tutela e riconoscimento giuridico ai matrimoni omosessuali conclusi in altri Stati, con tutti i dubbi che questa disposizione si porta dietro rispetto, come abbiamo avuto modo di notare, soprattutto all'importante clausola costituzionale della *Full Faith and Credit* (art. IV, *sect. 1*, Cost. USA).

Il riflesso immediato, invece, c'è stato per gli Stati (come appunto lo Stato di New York, in cui aveva avuto inizio la vicenda poi sfociata nel giudizio della Corte Suprema) che già riconoscono il matrimonio omosessuale: una volta che una scelta di questo tipo sia stata adottata, il diritto

‘federale’ non può contrastarla o ‘disattivarla’, con l’effetto paradossale di creare in quello Stato “due regimi matrimoniali contraddittori”.

In sintesi, la dichiarazione di incostituzionalità della *section 3* del DOMA elimina l’ostacolo a poter godere dei benefici federali connessi allo *status* di ‘coniuge’.

Se è vero quanto finora affermato, bisogna però riconoscere che la sentenza *Windsor* ha creato un clima di crescente e ‘spontanea’ accettazione del matrimonio omosessuale.

Lo dimostra il fatto che, attualmente, in quasi 40 Stati, il matrimonio tra persone omosessuali è legale⁵⁴; in 25 Stati, questo è stato possibile grazie all’attivismo dei giudici statali e federali che hanno dichiarato, sulla scia della decisione della Corte Suprema USA, l’illegittimità costituzionale del divieto del *same-sex marriage*⁵⁵.

Alcuni di questi casi sono particolarmente emblematici di questo nuovo contesto che il caso *Windsor* ha aperto.

54 In Alaska, Arizona, California, Colorado, Connecticut, Florida, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Massachusetts, Montana, Nevada, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, Utah, Virginia, West Virginia, Wisconsin, Wyoming. Cfr. NATIONAL CENTER FOR LESBIAN RIGHTS. *Marriages, Domestic Partnerships and Civil Unions: Same-sex Couples within the United States*, 2015, consultabile sul sito <http://www.nclrights.org>. Cfr. anche A. SPERTI, *Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti a un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale* in *GenIus: Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere* 2, 2014.

55 A titolo esemplificativo, cfr.: US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Latta v. Otter*, 7 ottobre 2014; US Court of Appeals, *Kitchen v. Herbert*, 25 giugno 2014; US District Court Southern District of Indiana Indianapolis Division, *Baskin v. Bogan*, 25 giugno 2014; US District Court for the Western District of Wisconsin, *Wolf v. Walker*, 6 giugno 2014; US District Court for the Middle District of Pennsylvania, *Whitewood v. Wolf*, 20 maggio 2014; US District Court for the District of Oregon, *Geiger v. Kitzhaber*, 19 maggio 2014; US Circuit Court of Pulaski County, Arkansas Second Division, *Kendall Wright v. Arkansas*, 9 maggio 2014; US Superior Court of New Jersey, *Law Division, Mercer County, Garden State Equality et al. v. Paula Dow*, 27 settembre 2013; New Mexico Supreme Court, *Griego v. Oliver*, 316 P.3d 865 (2013). Cfr. anche casi pendenti: US Court of Appeals for the Sixth Circuit, *DeBoer v. Snyder*, *Bourke v. Beshear*, *Tanco v. Haslam*, *Obergefell v. Hodges* (2014); US Court of Appeals for the Fifth Circuit, *De Leon v. Perry*. Cfr. per una analisi dello scenario americano ‘dopo Windsor’: R. DE FELICE, *The Wake of Windsor: effetti a cascata della decisione US v. Windsor sulla legislazione matrimoniale proibitiva dei singoli Stati USA* in *Rivista AIC*, novembre 2013. Cfr. anche A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, Pisa University press, 2014; V. VALENTI, già cit.

In *Obergefell v. Kasich*, la Corte distrettuale del Sud dell'Ohio, nel dicembre del 2013, emanava un *temporary restraining order* con cui obbligava l'ufficiale di stato civile a registrare, come coniugato un uomo, malato di SLA e in fin di vita, legalmente sposato in base alla legislazione del Maryland.

Il caso *Bostic v. Schaefer*, deciso dalla Corte d'Appello per il IV Circuito, nel luglio del 2014, rappresenta, in un certo senso, il *leading case* di questa nuova ondata di controversie in tema di matrimonio tra persone omosessuali.

In questo caso si ritrovano, come in una sorta di caleidoscopio, tutti gli argomenti che, da decenni, animano il conflitto costituzionale sui diritti delle coppie omosessuali.

La estrema conflittualità del tema trova una plastica corrispondenza nella 'folla' di parti del processo: centinaia di soggetti, tra ricorrenti, intervenienti, *amicus curiae* delle diverse parti e finanche Stati, a dimostrazione che questo è un tema che attraversa più linee di confine, culturali, politiche e giuridiche.

Per la Corte Federale che ha deciso sul caso *Bostic*, la legge della Virginia, che proibiva il matrimonio tra persone dello stesso sesso, poneva in essere una violazione della *equal protection clause* e della *due process clause*, senza contare che "*the inability to marry or have their relationship recognized by the Commonwealth of Virginia with the dignity and respect accorded to married opposite-sex couples has caused them significant hardship... and severe humiliation, emotional distress, pain, suffering, psychological harm, and stigma*"⁵⁶.

La premessa da cui muove la decisione contiene già, in un certo senso, le sue conclusioni.

La legge della Virginia deve essere sottoposta ad uno *strict scrutiny* perché interferisce nell'esercizio di diritti fondamentali richiamati dalle sezioni del XIV emendamento, che, insieme, danno corpo a quello che la Corte definisce "*the right to define one's own concept of existence, of meaning of the universe and of the mystery of human life*"⁵⁷.

Lo *strict scrutiny*, come noto, è lo *standard* più severo di giudizio della Corte Suprema americana, e in genere delle Corti americane, quando esercitano il controllo di costituzionalità.

È di fatto, una 'presunzione di incostituzionalità', nel senso che è molto difficile che una norma sottoposta a tale giudizio possa trovare un suo pun-

56 Court of Appeals, IV Circuit, *Bostic v. Schaefer*, 28 luglio 2014, 22.

57 *Bostic*, 39.

to di equilibrio costituzionale, tenendo conto che gli interessi che la legge intende tutelare devono rappresentare un *compelling public interest* (vale a dire un interesse pubblico inderogabile e stringente).

Inoltre, la previsione normativa deve essere posta in una relazione di stretta proporzionalità e non di eccessività con tale interesse.

Non è in discussione che la materia del matrimonio e delle *domestic relations* appartenga alla competenza degli Stati.

Tale autorità di definire o regolare il matrimonio deve però rispettare i diritti costituzionali delle persone.

In realtà, nel caso della Virginia, la scelta politica di chiusura nei confronti del matrimonio omosessuale non era solo “legislativa” ma era anche confermata e rafforzata da un *constitutional amendment*; in altre parole, ritroviamo al punto più alto il principio per cui “*american’s ability to speak with their votes is essential to our democracy*”.

Tuttavia, la volontà del popolo non è di per sè un *compelling interest*, in grado di privare le coppie omosessuali del loro diritto fondamentale a contrarre matrimonio.

Nella visione della Corte distrettuale, nemmeno il ‘binomio *History and tradition*’ può essere una sufficiente ragione per negare alle coppie omosessuali la protezione eguale del loro diritto davanti alla legge.

Se il *civil marriage* è uno dei cosiddetti “*corner stone*” della nostra “*way of life*”, negare alle coppie omosessuali la possibilità di partecipare pienamente allo sviluppo della società è proprio quel tipo di segregazione che il XIV emendamento intende bloccare.

Nella sentenza *Bostic* viene inoltre aperto, in modo più diretto di quanto non avesse fatto la Corte Suprema americana in *Windsor*, il complicato capitolo del rapporto tra matrimonio omosessuale e “*child rearing*”.

Per la Corte, il dovere della Virginia di proteggere gli interessi dei minori non è traducibile in modo appropriato e proporzionato nel divieto del *same-sex marriage*.

La Corte prende atto che le coppie omosessuali possono avere e di fatto hanno bambini attraverso metodi di procreazione non naturale.

Ma soprattutto, anche sulla base del contributo di alcuni *scientific amicus curiae* (come l’American Psychological Association, l’American Academy of Pediatrics o l’American Psychiatric Association), la Corte afferma che non c’è alcuna evidenza scientifica del rapporto tra la qualità e la capacità di un rapporto genitoriale con l’orientamento sessuale.

La stabilità familiare, le risorse economiche, la qualità del rapporto genitori-figli, come fattori di sviluppo positivo della personalità del mi-

nore, non sono assolutamente condizionati dall'orientamento sessuale dei genitori.

La Corte fa sua così la conclusione del parere dell'A.P.A., secondo cui: *"by preventing same-sex couples from marrying, the Virginia Marriage Laws actually harm the children of same-sex couples by stigmatizing their families and robbing them of the stability, economic security, and togetherness that marriage fosters."*⁵⁸

Alla fine è anche un argomento realistico, nel senso che la Corte appare molto scettica sul fatto che mantenere la proibizione del matrimonio omosessuale possa impedire la crescita del fenomeno della omogenitorialità.

Per fare un parallelo con l'Europa, da tempo anche la CEDU ha sganciato la qualità della relazione genitoriale dall'orientamento sessuale, anche se finora si è sempre e solo trattato di casi in cui il minore era già figlio naturale di uno dei *partners* della coppia omosessuale (*"second-parent adoption"*)⁵⁹.

Insomma, il caso resta aperto: il Giudice del caso *Bostic* dimostra che non c'è piena concordanza nella letteratura psico-sociologica, anche se arriva ad affermare che gli studi contrari alla piena effettività della genitorialità omosessuale *"do not reflect the current state of scientific knowledge"*⁶⁰.

Ad ogni modo, si era capito che *Windsor*, non era e non poteva essere, *the final chapter*.

La battaglia si era solo spostata, da un lato, nuovamente all'interno degli Stati (quelli che non riconoscono il *same-sex marriage* o addirittura lo vietano); dall'altro, sul difficile equilibrio tra le ragioni del federalismo e ragioni dei diritti fondamentali.

Come è noto, la Corte Suprema Federale è stata di nuovo chiamata in causa.

Prima, con una decisione che ha negato il *certiorari*, del 7 ottobre 2014, ha bocciato i ricorsi contro tutte quelle decisioni (tra cui *Bostic*) che hanno annullato leggi statali o emendamenti costituzionali statali contrari al matrimonio omosessuale.

La motivazione è per certi versi paradossale: la Corte conferma di non voler interferire nei processi evolutivi in corso nei singoli Stati su questo

58 Così *Bostic*, 60.

59 Si vedano, per esempio, CEDU, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (ric. n. 33290/96), 21 dicembre 1999; CEDU, *Fretté v. France*, (ric. n. 36515/97), 26 maggio 2002; CEDU, G.C., *E.B. v. France*, (ric. n. 43546/02), 22 gennaio 2008; CEDU, *Gas e Dubois v. France* (ric. n. 25951/07), 15 marzo 2011; CEDU, G. C., *X and Others v. Austria*, (ric. n. 19010/07), 19 febbraio 2013.

60 Così sempre *Bostic*, 60.

tema, ma, in realtà, una simile posizione è la certificazione del trionfo del *Judicial power*, perché queste dinamiche sono guidate dalle Corti e mettono nel nulla anche scelte normative di livello costituzionale (statale).

Invero, dopo *Windsor* non sono mancate sul piano giudiziario delle isolate oscillazioni interpretative.

Nel caso *De Boer*, la Corte d'appello per il VI circuito, nel novembre scorso, ha statuito che, nonostante il *same-sex marriage* sia ormai praticamente inevitabile “*across the nations*”, deve essere accettato e disciplinato attraverso il processo democratico e non giudiziario.

La stessa sentenza *Windsor* viene considerata una “*intrusione senza precedenti*” nell'autorità degli Stati sulla materia del diritto di famiglia.

La questione di ‘chi decide’ è in fondo l'altra faccia del conflitto tra concezioni dei diritti fondamentali ed è il riflesso più affascinante e controverso della sfida che i principi costituzionali portano alle maggioranze sociali e politiche.

Quello che è certo è che le Costituzioni sono fatte di parti visibili e invisibili; di elementi formali e interpretazioni e finanche di emozioni (come insegna, da ultimo, A. Sajo), le quali sono le risorse attraverso cui il linguaggio costituzionale può tenersi al passo con i tempi, e conservare la sua capacità di avere un impatto sui problemi della modernità.

Non è facile stabilire una volta per tutte quali *issues* siano costituzionalmente rilevanti e chi ha il potere di stabilire ciò. Il conflitto tra *political process* e potere giudiziario, e tra livelli di questi due apparati istituzionali, è confinato in questo spazio, in cui i significati originari del discorso costituzionale subiscono l'incidenza modificativa di tutta una serie di fattori, quali le idee costituzionali, la forza espansiva dei principi, i fatti che vengono evidenziati dai casi giudiziari, la pressione dei movimenti sociali e culturali.

Questo è vero soprattutto con riferimento ai diritti, o ai contenuti o alle implicazioni di clausole come l'eguaglianza e la dignità, che sono inevitabilmente il risultato di lotte sociali e individuali.

9. Come si è anticipato nella introduzione, la Corte Suprema si è pronunciata in modo pressoché definitivo (con il caso *Obergefell v. Hodges*) sulla rilevanza costituzionale, “*as right*”, del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Si era detto che sarebbe stata una decisione fondamentale, del tipo “*either all or nothing*”⁶¹, e in effetti così è stato.

61 Così, K. YOSHINO, nell'intervista consultabile sul sito: <http://www.scotusblog.com/media/scotusblog-on-camera-kenji-yoshino/>.

È stata una decisione altamente *controversial*, come lo stesso dibattito e le audizioni, avevano evidenziato.

Credo sia la prima volta, almeno per quello che posso ricordare, che i *dissent* abbiano un contenuto così fortemente polemico, quasi al limite del contrasto personale⁶².

Per il Chief Justice Roberts, la Corte si è trasformata impropriamente in un legislatore (*"the majority's decision is an act of will, not legal judgment. The right it announces has no basis in the Constitution or this Court's precedent"*), e *"five lawyers have closed the debate and enacted their own vision of marriage as a matter of constitutional law ... making a dramatic social change that much more difficult to accept"*. Per Scalia, addirittura, questa sentenza è una minaccia per la democrazia americana, in quanto 5 giudici si sono arrogati la funzione di *'ruler'* per 320 milioni di americani: in questa opinione dissenziente, si parla apertamente di *'furto'* della più importante libertà del popolo, quella *"to govern themselves"*, di *'judicial putsch'*, di *'hubris'* della maggioranza della Corte; e l'*opinion* della maggioranza, scritta da Justice Kennedy, viene bollata come una serie di *"extravagances, silly extravagances"*, con un contenuto *"pretentious and egotistic"*. Infine, di *"irremediable corruption of our legal culture's conception of constitutional interpretation"*, parla Justice Alito.

In sintesi, qual è la posizione della Corte Suprema?

Prima abbiamo sottolineato i due pilastri della decisione: 1) gli omosessuali hanno un diritto fondamentale di sposarsi basato sulla Costituzione federale; 2) gli Stati che non hanno una legislazione sul *same-sex marriage* non possono rifiutare di riconoscere i matrimoni omosessuali legalmente contratti in altri Stati. Questo secondo passaggio sembra persino superfluo, giacché se la Costituzione federale impone agli Stati di riconoscere e garantire il matrimonio *same-sex*, sembra ormai definitivamente preclusa la possibilità di una legislazione differenziata *'across the States'*.

Forse questo può significare che la Corte Suprema vuole lasciare un margine di tempo agli Stati che hanno finora negato il *same-sex marriage* per adeguarsi, modificare in qualche caso le norme costituzionali che sancivano il paradigma eterosessuale, regolare ancora con qualche spazio di

62 Anche nella dottrina si passa dal commento entusiastico di E. CHERMERINSKY, *A landmark victory for civil rights*, che parla di un *'majestic language'* di Justice Kennedy, alla critica radicale di D. UPHAM, *A tremendous defeat for "We the people" and our posterity*, secondo cui *"This decision is nothing less than a judicial revolution. It represents a disaster for our Constitution, our common Republic, and our children"*, entrambi in *scotusblog.org*.

autonomia alcune conseguenze e implicazioni del matrimonio omosessuale, come il tema della genitorialità.

Di certo, viene messa fuori gioco, sebbene implicitamente (perché non era oggetto del giudizio) la *sect. 2* del DOMA, quella che era rimasta in piedi anche dopo la decisione *Windsor*.

La motivazione di maggioranza è avvolgente e chiara nel definire la cornice costituzionale che (secondo i cinque *Justices*) rende obbligatorio, e non semplicemente ammissibile, il matrimonio omosessuale. In quanto obbligatorio costituzionalmente, gli Stati non possono impedire o non riconoscere il matrimonio omosessuale, devono garantire la sua registrazione e la sua piena efficacia giuridica nel loro territorio, e *a fortiori* devono riconoscere quei *same-sex marriages* legalmente contratti in altri Stati che già prevedono questa possibilità.

Sono quattro i principi su cui Kennedy costruisce il suo *reasoning*: (1) il diritto di sposarsi è inerente al concetto di autonomia individuale, e la decisione “*whether and whom to marry is among life’s momentous acts of self-definition. [...]*”. Questo è vero per tutte le persone, indipendentemente dal loro orientamento sessuale. (2) Sposarsi significa assumere impegni individuali e duraturi nel tempo, formare un’associazione che promuove un modo di vivere, “*a bilateral loyalty, not commercial or social*”, e questo elemento non può dipendere dalla sessualità di coloro che decidono di dare vita a queste *intimate union. [...] (3) Escludere le coppie omosessuali dal matrimonio comporta conseguenze negative per i figli di queste coppie, esponendoli allo stigma “of knowing their families are somehow lesser”*. (4) Se è vero che il matrimonio “*is a keystone of our social order*”, al quale sono collegati una molteplicità di istituti, benefici, diritti, responsabilità, utilità individuali e sociali, limitare questa possibilità solo alle coppie eterosessuali, significa negare a tutte le altre questa ‘costellazione’ di benefici che la tradizione e l’esperienza giuridica in ogni Stato collegano al ‘*marriage*’.

Su questa premessa assiologica, Kennedy poi imposta la sua opinione sulla costituzionalità (necessaria) del *same-sex marriage* sul doppio registro del diritto fondamentale di sposarsi e dell’Equal Protection Clause, richiamando così la cornice del XIV emendamento.

Viene ripreso il parallelo con *Loving* e il divieto del matrimonio interrazziale, dichiarato incostituzionale nel 1967, e il diritto al matrimonio delle *same-sex couples* viene considerato come ‘*part of liberty promised by the Fourteenth Amendment*’.

Kennedy è consapevole dell’obiezione che gli verrà mossa (e di fatto gli viene mossa) sulla presunzione di definire in sede giurisdizionale elementi essenziali della vita sociale americana, su cui gli Stati hanno sempre avuto

una diretta competenza, proprio per salvaguardare le volontà dei propri elettori; e in effetti molti Stati ancora mantengono legislazioni e persino norme costituzionali che limitano il matrimonio alle *opposite-sex couples* (e molte di queste norme sono state approvate o confermate attraverso referendum popolari). Analogamente, sa che non è facile radicare il *right to marry* degli omosessuali nelle radici del discorso costituzionale sui diritti in USA.

Tuttavia, per la maggioranza della Corte, “*fundamental rights may not be submitted to a vote*”, e ancora “*the democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights*”.

Sull'altro versante, infine, quello della riconducibilità del matrimonio omosessuale al panorama dei diritti costituzionalmente garantiti, Kennedy sfodera l'argomento dell'interpretazione storico-evolutiva dei diritti, ben conosciuta anche alle esperienze europee, e alla nostra: “*the nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generation that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning*”.

I principi costituzionali svolgono questo ruolo di trasformatore permanente delle istanze sociali ed individuali in diritti, che possono poi diventare fondamentali attraverso le battaglie sociali e culturali (anche della cultura giuridica).

Del resto, proprio la Costituzione americana sembra confermare questa chiave di lettura, quando, nel IX emendamento (stranamente non citato in questa circostanza), stabilisce che “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”.

Questa norma sembra assecondare l'idea del carattere dinamico del Bill of Rights. Appunto, “*Retained by the people*”: ma chi è il popolo che si ‘riserva’ altri diritti fondamentali? È quello che agisce con gli strumenti democratici del voto, e della rappresentanza (e che in molti referendum statali ha confermato la riserva del matrimonio alle coppie eterosessuali)? O anche quello che agisce individualmente nelle aule di giustizia, reclamando propri diritti o pretese individuali, come quella di sposare il/la proprio/a partner dello stesso sesso?

Non è facile per noi dare una risposta a questo interrogativo, perché manca nella nostra esperienza il tema del radicamento dei diritti nelle dinamiche del federalismo e nelle scelte comunitarie.

Allo stesso modo, non penso che la sentenza *Obergefell* possa o debba avere un impatto diretto ed automatico sulla posizione di altre Corti, e in

particolare di quella italiana, o sul modo come in Europa viene regolato il fenomeno delle coppie omosessuali.

Provo a spiegare meglio questo concetto, esprimendo così anche il mio punto di vista sul risultato di questa complessa e affascinante storia americana.

Comincio dal ‘posto’ costituzionale del matrimonio omosessuale. Credo che non ci possano essere più dubbi sul fatto che il matrimonio omosessuale sia costituzionalmente ammissibile, sia ormai dentro una linea di sviluppo della cultura (e della esperienza) costituzionale globale. Sarebbe difficile sostenere il contrario, di fronte alla diffusione che il modello ha avuto in realtà giuridiche e sociali anche molto differenti tra loro.

Lo stesso Chief Justice Roberts, nel suo *dissent*, lascia agli Stati la libertà di prevederlo o meno.

Si può dire che sia anche un istituto costituzionalmente obbligatorio? Che ogni soluzione diversa dal matrimonio, e che tuttavia riesca a dare una tutela e una regolazione alle coppie tra persone dello stesso sesso, sia discriminatoria e insufficiente?

Io non la penso così, e l’ho sostenuto in diverse occasioni. Sintetizzando, credo che il legislatore abbia a disposizione vari modi per realizzare l’esigenza di uno statuto giuridico delle coppie *same-sex*: il matrimonio è lo strumento sicuramente più completo, anche per il suo significato simbolico, ma non è una soluzione ‘chiusa’, infungibile, quello che conta è la tutela di queste forme di vita familiare, adeguata al valore costituzionale dell’interesse protetto.

Insomma, c’è uno spazio per la discrezionalità politica e legislativa, che può portare ragionevolmente a fare scelte diverse dalla indistinta e piena equiparazione di coppie eterosessuali e coppie omosessuali in rapporto al matrimonio: come scrive I. Massa Pinto⁶³, la Costituzione (quella americana) non dice niente in materia: “*se il silenzio costituzionale non equivale certo a divieto, esso è però indice del fatto che il conflitto sotteso debba essere risolto a livello politico*”. Certo, quello che il legislatore non può fare è continuare ad eludere il problema, a non dare risposte, come invece sta accadendo in Italia⁶⁴: prima o poi queste risposte le daranno i giudici,

63 I. MASSA PINTO, *Il potere di definire la sostanza veicolata dalla parola “matrimonio” tra politica e giurisdizione: note in margine alle recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Costituzionalismo.it*, 2013.

64 Quando il presente lavoro era già stato consegnato per la stampa, il Parlamento ha approvato la L. 20 maggio 2016, n. 76, che contiene una prima disciplina delle unioni civili, anche tra persone dello stesso sesso. Per un commento a tale legge,

dovranno darle, e in parte già cominciano a farlo, sulla scia di alcune affermazioni contenute nella sent. 138/2010.

Impostare il discorso solo sul diritto di sposarsi appare – almeno a me – un'affermazione autoreferenziale, che parte da una premessa che dovrebbe essere invece il punto di arrivo di un ragionamento giuridico, e cioè che il matrimonio sia un istituto liberamente conformabile alla stregua dell'evoluzione del costume sociale e delle spinte culturali; che sia, cioè, una sorta di guscio 'vuoto', indefinito, e perciò aperto ad ogni possibile ri-costruzione e 'de-costruzione'.

Quello che voglio dire è che se parliamo solo di diritti ed eguaglianza, senza porci il problema di cosa sia quello che rivendichiamo come diritto, o come elemento di una pretesa egualitaria e antidiscriminatoria, delle sue caratteristiche intrinseche, rischiamo di fare un'operazione 'parziale', che guarda solo un lato del problema.

Il matrimonio non è solo un diritto individuale, ma anche un'istituzione basata su una serie di principi, elementi strutturali, requisiti definiti da complesse e radicate sedimentazioni giuridiche, antropologiche, culturali. Non possiamo dare per scontato che questo complesso di stratificazioni, di dati storico-sociali, possa improvvisamente dissolversi o essere sostituito da un nuovo paradigma attraverso la sola via giudiziaria.

'Precauzione' e 'gradualità' dovrebbero caratterizzare l'approccio a questo tema, al quale è strettamente legato un altro, ancora più controverso. Infatti, quando si parla di matrimonio, bisogna porsi anche il problema della genitorialità: non perché il primo richiede necessariamente la seconda, ma certamente nel senso che una volta riconosciuta un'unione come 'matrimonio', non può essere negata ai coniugi la possibilità di avere figli, nel modo in cui è possibile realizzare questa esigenza fondamentale.

In altre parole, se ammettiamo il matrimonio *same-sex*, dobbiamo ammettere anche la possibilità che le coppie omosessuali possano adottare o accedere alla fecondazione assistita.

Come si è visto, la Corte Suprema USA sembra presupporre la genitorialità omosessuale, addirittura utilizza questo dato di fatto per sostenere la necessità del matrimonio, in modo da evitare conseguenze stigmatizzanti sui bambini di queste coppie.

Io penso invece che su questi aspetti il dibattito sia ancora lontano dal consolidarsi. Una cosa è ammettere, come fa anche la Corte EDU, che l'orientamento omosessuale non possa essere un fattore impeditivo o discri-

cfr. A. D'Aloia, *Editoriale. Verso la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in *DPCE online*, 2016-1.

minatorio nelle procedure di affidamento di minori, ovvero che è ammissibile l'affidamento o l'adozione di un minore già figlio di uno dei partners della coppia *same-sex* (anche se, a dire il vero, le motivazioni del Giudice europeo nei giudizi più recenti – penso alla decisione X e altri c. Austria del 19 febbraio 2013 – sembrano andare oltre la vicenda specifica negando che ci possano essere differenziazioni legittime di trattamento tra coppie 'non sposate', non importa se 'etero' o gay); altra cosa sarebbe ammettere che una coppia di persone dello stesso sesso possa accedere 'congiuntamente' ad una delle forme 'non naturali' di filiazione. In questa ipotesi, la questione del bilanciamento con l'interesse (diritto fondamentale) del minore ad una crescita equilibrata, e della rilevanza su questo aspetto della duplicità della figura sessuale, si porrebbe con maggiore intensità, e i termini di questa valutazione restano tuttora molto complessi e privi di riferimenti condivisi sul piano culturale, sociale, psicologico⁶⁵.

Ad ogni modo, se il matrimonio diventa un istituto liberamente adattabile anche alle coppie tra persone dello stesso sesso, sarà difficile distinguere tra matrimoni eterosessuali e matrimoni omosessuali solo sul piano della possibilità di essere genitori.

Una scelta richiede l'altra. Questa è probabilmente la prossima, definitiva (anche se finora non sempre completamente palesata), frontiera del dibattito.

Certamente, la sentenza della Corte Suprema USA, dell'anno scorso, avrà un forte peso sulla direzione del dibattito: nondimeno, a mio avviso, restano spazi per soluzioni differenziate, pur partendo dalla necessità di dare finalmente uno statuto giuridico stabile e adeguato alle coppie *same-sex*.

65 Com'è noto, la legge n. 76/2016, è stata alla fine approvata con lo stralcio della norma sulla *stepchild adoption*. Nondimeno, numerose pronunce dei giudici italiani ammettono in casi particolari questa possibilità. In argomento cfr. ancora A. D'Aloia, *Editoriale*, cit.

LA TUTELA PENALE DELL'IDENTITÀ SESSUALE NELLE «DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CONTRASTO DELL'OMOFOBIA E DELLA TRANSFOBIA»

SOMMARIO: 1. La proposta in esame. – 2. La nozione di identità sessuale. – 3. Orientamento sessuale e teoria del *gender*. – 4. Omofobia e principio di determinatezza. – 5. Relativismo etico e principio di laicità. – 6. Identità sessuale e diritti umani. – 7. La legge contro l'omofobia e il diritto penale simbolico. – 8. I beni giuridici tutelati. – 9. La c.d. clausola di salvaguardia. – 10. Conclusioni.

1. Da diversi anni si discute in Parlamento dell'opportunità di introdurre norme penali a tutela delle persone omosessuali e transessuali, allo scopo di contrastare le violenze e le discriminazioni a loro danno¹. L'ultimo atto di questa tormentata vicenda, ma certamente non il definitivo, è rappresentato dalle «Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia»², approvate in prima lettura dalla Camera dei Deputati al termine di una laboriosa mediazione tra la maggioranza governativa e parte dell'opposizione, e successivamente riposte nei cassetti della Commissione giustizia del Senato a seguito del cambiamento degli equilibri politici.

La proposta di legge interviene innanzitutto sull'art. 3, l. 13 ottobre 1975, n. 654 (da ora, legge Reale³), aggiungendo ai motivi che rendono punibili una serie di condotte violente o discriminatorie quelli fondati sull'o-

1 Un'analisi dettagliata delle diverse proposte legislative in E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 28 ss.

2 CAMERA DEI DEPUTATI, *Disegno di Legge C. 245, testo unificato con C. 280 e C. 1071*, 19 settembre 2013, incardinato presso il Senato con la numerazione S. 1052. La documentazione sui lavori preparatori che si citerà è disponibile sui siti istituzionali www.camera.it e www.senato.it.

3 Tale attribuzione, benché invalsa nel recente dibattito parlamentare e scientifico, forse non è del tutto meritata: la l. 13 ottobre 1975, n. 654, fu in effetti approvata quando l'on. Oronzo Reale ricopriva la carica di ministro della Giustizia, ma il corrispondente disegno di legge era stato presentato nel 1972 dai ministri Medici, Rumor, Gonella e Malagodi, ed ebbe come relatori gli on. Marchetti e Albertini. Inoltre, non va dimenticata la più nota «legge Reale», ossia la l. 22 maggio 1975,

mofobia o sulla transfobia; poi, sull'ambito applicativo della circostanza aggravante prevista dall'art. 3, d. l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con l. 25 giugno 1993, n. 205 (da ora, legge Mancino).

Mentre il reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale o etnico resterebbe inalterato, la riscrittura delle altre fattispecie consentirebbe di incriminare: chi istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi *o fondati sull'omofobia o sulla transfobia* [art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale]; chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi *o fondati sull'omofobia o sulla transfobia* [art. 3, comma 1, lett. b), l. Reale]; chi promuove o dirige organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi *o fondati sull'omofobia o sulla transfobia*, ovvero chi partecipa a tali compagini, o ancora chi presta assistenza alla loro attività [art. 3, comma 3, l. Reale]; chi, in pubbliche riunioni, compie manifestazioni esteriori o ostenta emblemi o simboli propri o usuali delle suddette compagini [art. 2, comma 1, l. Mancino]; chi accede a una competizione agonistica con tali emblemi o simboli [art. 2, comma 2, l. Mancino].

Escludendo la commissione di atti di violenza, i fatti previsti dalla l. Reale non sono punibili ad altro titolo. Di conseguenza, l'introduzione dei motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia determinerebbe numerose nuove incriminazioni: è il caso della commissione di atti discriminatori⁴; delle ipotesi di istigazione alla commissione di atti discriminatori, di istigazione alla violenza e di provocazione alla violenza, che costituiscono una deroga all'115 c.p.⁵; delle condotte partecipative alle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i loro scopi l'incitamento alla discriminazione e alla violenza, laddove non si ritenga configurabile l'art.

n. 152 (cfr. per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 926).

4 Cfr. § 8.

5 Così, tra gli altri, G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1*, in *Leg. pen.*, 1994, 186 e 188 (con spunti problematici sull'istigazione alla commissione di atti discriminatori); C.D. LEOTTA, *Razzismo*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento *****, L-Z, Torino, 2008, 867 e 871; con toni spiccatamente critici, L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 17; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, 105-106.

416 c.p.⁶; infine, dei reati relativi alle manifestazioni esteriori, ai simboli e agli emblemi di tali compagini associative.

La proposta in esame modifica anche la c.d. aggravante della discriminazione prevista dalla l. Mancino, rendendola applicabile a tutti i reati «punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso *o fondat[e] sull'omofobia o sulla transfobia*⁷, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità».

In questo caso la proposta di legge, pur non ampliando il novero delle incriminazioni, inasprirebbe sensibilmente il carico sanzionatorio dei reati motivati dall'omofobia o dalla transfobia, perché l'aggravante della discriminazione comporta: a) un aumento della pena fino alla metà, sottratto all'ordinario giudizio di bilanciamento *ex art.* 69 c.p.; b) la procedibilità d'ufficio, e non più su querela [art. 6, comma 1, l. Mancino]; c) la competenza del Tribunale, in composizione collegiale [art. 6, comma 3, l. Mancino; art. 33-*bis*, c.p.p.]⁸; d) l'instaurazione del rito direttissimo, anche al di fuori dei casi previsti dagli artt. 449 ss. c.p.p. [art. 6, comma 5,

6 In merito, G. DE FRANCESCO, *D.L.* 26/4/1993, n. 122 (*Misure antidiscriminatorie*) – Art. 1, cit., 188 ss.; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 872. Parte della dottrina teme che il riferimento ai movimenti e ai gruppi consenta di criminalizzare il mero accordo, ancora una volta in deroga all'art. 115 c.p.: così, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 191; L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, in F. C. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1037-1038; E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura della fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, 107 ss., 113 ss., il quale dubita che le affermazioni di principio della giurisprudenza (ad esempio quella secondo cui «un'interpretazione costituzionalmente corretta deve prevedere, e pretendere, un minimo di struttura stabile»: Corte app. Venezia, 2 maggio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 2198) trovino riscontro nella prassi.

7 La modifica dell'aggravante è stata frettolosamente approvata in assemblea (emendamento 1.61, Verini e altri), senza accorgersi che la formula «fondati sull'omofobia o transfobia» si adatta ai «motivi» di cui all'art. 3, l. Reale, ma non alle «finalità» di cui all'art. 3, l. Mancino.

8 Sicché la competenza per alcuni reati, ad esempio la diffamazione (art. 595, comma 1, c.p.) o la minaccia (art. 612, comma 1, c.p.) commesse per finalità fondate sull'omofobia o la transfobia, passerebbe dal Giudice di pace al Tribunale, con tutto ciò che ne consegue sul piano dei meccanismi conciliativi, estintivi, ecc. Il Tribunale collegiale è competente anche per i reati previsti dall'art. 3, l. Reale.

l. Mancino]⁹; senza dimenticare che i reati aggravati ai sensi dell'art. 3, l. Mancino sono stati esclusi dall'ultimo provvedimento di indulto¹⁰.

Per placare i timori di quei partiti politici che paventavano un'eccessiva compressione della libertà di manifestazione del pensiero, e in particolare la criminalizzazione delle opinioni più vicine al Magistero cattolico¹¹, la proposta in esame ha apposto in chiusura dell'art. 3, l. Reale una clausola di salvaguardia secondo la quale ai «sensi della presente legge» – letteralmente, ai sensi della sola l. Reale, e non anche della l. Mancino – «non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni».

Il compromesso politico al quale si accennava all'inizio ha portato ad altre modifiche dell'impianto originario¹²: si è così rinunciato a estendere la portata del reato che si pone maggiormente in tensione con la libertà di espressione, e cioè la propaganda di «idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico»¹³; si è lasciato inalterato il trattamento sanzionatorio

9 Sulle disposizioni speciali in tema di giudizio direttissimo atipico, perquisizioni, sequestro e confisca previste per i reati aggravati dall'art. 3, l. Mancino e per quelli previsti dall'art. 3, comma 1, lett. b) e comma 3, l. Reale, cfr. C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 882 ss.; G. PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Arch. pen.- Rivista web*, 3/2014, 23 ss.; volendo, G. GENTILE, *Criminalità politica*, in R. Tartaglia (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri*, Roma, 2012, 512 ss.

10 Ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. e), l. 31 luglio 2006, n. 241, l'indulto non si applica «per i reati per i quali ricorre» l'aggravante in esame. Tra l'altro, Cass., sez. V, 16 ottobre 2008, n. 41266, Tomboli, pretendendo di evidenziare il «contenuto sostanziale» della disposizione citata (ma con esiti che sconfinano nell'analogia *in malam partem*), ha affermato che essa «non si riferisce esclusivamente all'avvenuta formale contestazione ed operatività dell'aggravante in relazione a reati comuni», ma anche ai reati puniti dall'art. 3, l. Reale. In mancanza di precisazioni, le sentenze della Cassazione sono reperite su www.italgiure.giustizia.it.

11 Sul quale cfr. § 5.

12 Oltre alla *Proposta di legge n. 245*, Scalfarotto e altri, 15 marzo 2013, cfr. anche la *Proposta C. 280*, Fiano e altri, 15 marzo 2013. Di diversa impostazione, invece, la *Proposta C. 1071*, Brunetta e altri, 28 maggio 2013, che si limitava a introdurre una nuova circostanza aggravante comune.

13 Analoga prudenza mostrò la l. Mancino quando, riscrivendo il previgente art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale, si limitò ad aggiungere alla superiorità e all'odio razziale solamente quello etnico, e non anche quello religioso o nazionale [si sof-

previsto dall'art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale¹⁴ e dall'art. 3, l. Mancino¹⁵; si è preferito parlare di motivi «fondati sull'omofobia o sulla transfobia» piuttosto che di reati «motivati dall'identità sessuale della vittima».

Se è trasparente l'istanza sottesa alle prime due opzioni, e cioè contenere il rigore della proposta di legge, la terza rinvia ad alcune nozioni sui temi della sessualità che non sono di immediata comprensione, e pertanto richiedono di essere esaminate più da vicino.

2. Nella sua formulazione originaria, la proposta in esame si incentrava sul costrutto «identità sessuale», oggetto per esigenze di determinatezza di una specifica norma definitoria¹⁶. In questa prospettiva, l'identità sessuale comprendeva «l'insieme, l'interazione o ciascuna delle seguenti compo-

ferma criticamente su questa opzione, G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1, cit.*, 179-180], senza considerare che, ai sensi dell'art. 2, comma 5, l. 8 marzo 1989, n. 101, il «disposto dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si intende riferito anche alle manifestazioni di intolleranza e pregiudizio religioso» [anche se inserita in una legge che regola i rapporti tra Stato e Comunità ebraiche, riconosce a tale disposizione portata generale, G. CASUSCELLI, *Il diritto penale*, in G. Casuscelli (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2015, 398 nota 91].

- 14 L'attuale quadro sanzionatorio prevede la reclusione fino a un 1 anno e 6 mesi, o in alternativa la multa fino a 6.000 euro. Nella Proposta Scalfarotto si eliminava l'alternativa della pena pecuniaria e si introduceva la pena accessoria dell'obbligo di prestare un'attività non retribuita in favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, da scontarsi dopo l'espiazione della pena detentiva; in quella Fiano alla reclusione fino a 3 anni si affiancava in alternativa la pena del lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi.
- 15 Mentre nella disciplina attuale l'aggravante in esame non può soccombere o essere dichiarata equivalente alle circostanze attenuanti diverse da quella prevista dall'art. 98 c.p., e le diminuzioni di pena «operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante», nella *Proposta C. 245* si introduceva un automatismo sanzionatorio che, alla luce della giurisprudenza costituzionale (cfr. ad esempio Corte cost., 18 aprile 2014, n. 105 e n. 106, in *Giur. cost.*, 2014, 1849 ss., con nota di C. BERNASCONI), sarebbe stato di dubbia legittimità: «La circostanza aggravante prevista dal comma 1 è sempre considerata prevalente sulle ritenute circostanze attenuanti, ai fini del bilanciamento di cui all'articolo 69 del codice penale».
- 16 Nel corso della XVI Legislatura proposte affini a quella in esame sono naufragate a causa di pregiudiziali di costituzionalità fondate, tra l'altro, sulla scarsa determinatezza del sintagma «orientamento sessuale»: sull'infondatezza teorica e sul carattere strumentale di tali obiezioni, cfr. E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1393 ss. Più in generale, in tema di definizioni legislative, cfr. per tutti P. SIRACUSANO, *Principio di precisione e definizioni legislative di parte speciale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di),

nenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale»¹⁷. A sua volta, per identità di genere si intendeva «la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico»; per ruolo di genere, «qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna»; per orientamento sessuale, «l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi»¹⁸.

Tale definizione riprendeva un paradigma proposto in ambito socio-psicologico¹⁹, anche se l'erroneo riferimento a «ciascuna» delle componenti dell'identità sessuale tradiva un profilo essenziale del modello teorico di riferimento, ossia la multifattorialità²⁰. A prescindere da questa svista, l'aspirante

Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale, Milano, 2006, 740 ss., e qui altri rinvii.

- 17 Così l'art. 1 della *Proposta C. 245*, Scalfarotto e altri, cit., 5. Nell'art. 2 della *Proposta C. 280*, Fiano e altri, cit., 4, si parlava invece di «discriminazioni motivate dall'identità di genere, dall'orientamento sessuale o dalla disabilità delle persone». Ancora più comprensiva la formulazione dell'art. 1 della *Proposta C. 1071*, Brunetta e altri, cit., 3, che richiamava tutti i motivi di discriminazione menzionati dall'art. 10 del *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, ossia il «sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».
- 18 Anche se non lo qualificava espressamente, la definizione alludeva plausibilmente al sesso biologico. Forzando il dato testuale, l'alternativa sarebbe data dal sesso psicologico (ciò che nel lessico della definizione in esame è l'identità di genere): in quest'ottica sarebbe omosessuale chi, biologicamente donna, si percepisca di genere maschile e sia attratto da uomini che a loro volta si identificano nel genere maschile (su questa nozione medico-psicologica di orientamento sessuale, F. BILOTTA, *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv. – sez. civile, Aggiornamento ******, Torino, 2013, 735). La nozione di orientamento sessuale, e il suo referente, resta però discussa: sul tema, ampiamente E. STEIN, *The Mismeasure of Desire: The Science, Theory, and Ethics of Sexual Orientation*, Oxford-New York, 1999, 39 ss.; S.M. VAN ANDERS, *Beyond Sexual Orientation: Integrating Gender/Sex and Diverse Sexualities via Sexual Configurations Theory*, in *Arch. Sex Behav.*, 2015, 1177 ss.
- 19 Cfr. tra gli altri M. G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components of Sexual Identity*, in *J. Homosexuality*, 1977, 41 ss.; J. BALDARO VERDE, R. NAPPI, *Donne nuove. L'universo femminile nel terzo millennio*, Milano, 2002, 23 ss.; A.I. LEV, *Transgender Emergence: Therapeutic Guidelines for Working with Gender-Variant People and their Family*, New York-London, 2004, 79 ss. Nella dottrina giuridica, F. BILOTTA, *Transessualismo*, cit., 735.
- 20 L'identità sessuale è multifattoriale, in essa confluiscono componenti biologiche, psicologiche e sociali; evolutiva, in quanto non si costituisce al momento della nascita; dinamica, perché può andare in crisi e ristrutturarsi su nuove basi: per tutti, J. BALDARO VERDE, R. NAPPI, *Donne nuove*, cit., 23 ss.

legislatore si riferiva a concetti che, seppure con variazioni terminologiche²¹, appartengono al patrimonio comune delle scienze mediche e sociali.

La prima componente dell'identità sessuale, quella del sesso biologico, è apparentemente la meno problematica, perché è legata a fattori oggettivi quali il corredo cromosomico (46, XX per le donne/46, XY per gli uomini), le gonadi (ovaie per le donne/testicoli per gli uomini), l'attività ormonale (estrogeni per le donne/androgeni per gli uomini), gli organi genitali (utero e vagina per le donne/testicoli e pene per gli uomini)²².

Sennonché, ognuno di questi fattori può assumere forme atipiche, ossia non immediatamente riconducibili alla dicotomia uomo/donna. Si parla in questi casi di Disordini della Differenziazione Sessuale (dall'inglese *Disorders of Sex Development*, in acronimo DSD)²³, anche se da più parti si invita a sostituire il termine «disordini» con «differenze», oppure a parlare di intersessualità²⁴. Vanno ricordati, a tal riguardo, l'iperplasia surrenale congenita e la sindrome di Morris, dove gli squilibri a livello ormonale determinano la discordanza tra cromosomi e genitali (nel primo caso, virilizzazione dei genitali nelle persone con corredo 46, XX; nel secondo, caratteri sessuali femminili nelle persone con corredo 46, XY); o ancora le sindromi di Klinefelter e di Turner, nelle quali il peculiare corredo cromosomico (uomini con corredo 47, XXY nel primo caso; donne con corredo

21 Cfr. ad esempio K. ZUCKER, *Il disturbo dell'Identità di Genere in età evolutiva*, in P. Valerio, R. Vitelli, R. Romeo e P. Fazzari (a cura di), *Figure dell'identità di genere. Uno sguardo tra psicologia, clinica e discorso sociale*, Milano, 2013, 18, il quale inquadra identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale nel paradigma «differenziazione psico-sessuale».

22 Sul punto, con ulteriori classificazioni, M. G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components*, cit., 42-43; J. BALDARO VERDE, R. NAPPI, *Donne nuove*, cit., 20 ss.; L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, Torino, 2011, 100-101; P. BAIMA BOLLONE, *Medicina legale*, Torino, 2013, 637 ss.

23 Tale dizione è stata adottata a seguito di un importante convegno internazionale tenutosi a Chicago nel 2006, sostituendo le precedenti «*intersex*», «*hermaphroditism*», «*pseudohermaphroditism*», ecc., ritenute scientificamente imprecise e dispregiative per i pazienti: si veda P. A. LEE, C.P. HOUK, S.F. AHMED, A. HUGHES, *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*, in *Pediatrics*, 2006, 488 ss.

24 Cfr. ad esempio M. DIAMOND, *Human Intersexuality: Difference or Disorder?*, in *Arch. Sex. Behav.*, 2009, 172; F. DICÉ, M. AURICCHIO, I. PARISI, M. SALERNO, F. SANTAMARIA, P. VALERIO, *Disorders of sex development: the Frontiers in a Scientific, Bioethical and Social Debate*, in AA. VV., *Bioethical Issues by the Interuniversity Center for Bioethics Research*, Napoli, 2013, 183-184; M. BALOCCHI, *The Medicalization of Intersexuality and the Sex/Gender Binary System: a Look on the Italian Case*, in *LESONline*, 2014, 66-67.

45, X nel secondo) si riflette sulla funzionalità dei genitali, sui caratteri sessuali secondari, sulla *libido*, sulla fertilità, ecc.

Il trattamento medico delle differenze dello sviluppo sessuale, e soprattutto le procedure di assegnazione del sesso ai neonati attraverso l'adeguamento chirurgico del sesso anatomico ambiguo a quello cromosomico o ormonale²⁵, sollevano delicatissime questioni bioetiche sulle quali non è possibile soffermarsi²⁶.

In questa sede bisogna almeno segnalare che l'inquadramento degli stati intersessuali nell'ICD-10 (*International Classification of Diseases*), la classificazione delle malattie stilata dall'Organizzazione mondiale della sanità²⁷, non è pacifico: lungi dal costituire un'anomalia dello sviluppo sessuale, gli intersessuali metterebbero in discussione «la forza descrittiva delle categorie sessuali disponibili», e più precisamente la «descrizione dei corpi in termini di sesso binario»²⁸; la normalizzazione medico-chirurgica di tali condizioni risponderebbe più alla necessità culturale di mantenere ferma la differenza tra i due sessi che a reali esigenze terapeutiche²⁹; infine, non ci sarebbero dati empirici sull'effettiva utilità degli interventi correttivi³⁰, né sarebbe adeguatamente valorizzato il sostegno psicologico al pa-

25 Riferisce M. P. FAGGIONI, *Gli stati intersessuali*, in AA., VV., *Dalla parte della vita*, II, *Itinerari di bioetica* ~ 2, Torino, 2008, 369-370 che nei neonati con corredo 46, XX si adegua il sesso anatomico a quello cromosomico, mentre in quelli con corredo XY affetti da sindrome di Morris (che comporta l'insensibilità agli androgeni) si preferisce tener conto del sesso ormonale.

26 Per un primo approccio, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, 25 febbraio 2010, in www.governo.it.

27 Nella quale gli stati intersessuali sono collocati, a seconda dei casi, tra i Disturbi endocrini, nutrizionali e metabolici, tra le Malformazioni congenite, deformazioni e anomalie cromosomiche, o ancora tra le Anomalie cromosomiche non altrimenti classificate.

28 J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York, London, 1999, 139 (trad. it., *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Roma-Bari, 2013). Sugli stretti rapporti tra la logica del binarismo sessuale e la convinzione «che ciò che conta principalmente nel sesso è la riproduzione», si veda G.G. BOLICH, *Crossdressing in Contest. Dress, Gender, Transgender and Crossdressing*, 1, *Dress & Gender*, Raleigh, 2006, 112-113.

29 A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body. Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, 2000, 58 ss., 77 ss. Per una classificazione degli interventi di chirurgia genitale a seconda della finalità perseguita (salvare la vita, migliorarne la qualità, eliminare un difetto estetico), cfr. S. J. KESSLER, *Lessons from the Intersexed*, New Brunswick, New Jersey, 1998, 34.

30 Cfr. S. J. KESSLER, *Lessons*, cit., 53 ss.

ziente precocemente operato³¹, il quale diventando adulto potrebbe anche non riconoscersi nel sesso assegnatogli³².

La problematica dell'intersessualità, si è detto, è solo «la punta di un iceberg bioculturale – l'iceberg del *gender* – che continua a turbare sia la medicina sia la cultura in generale»³³.

La nozione di *gender*/genere è stata introdotta nel dibattito scientifico in contrapposizione a quella di sesso, declinando la seconda in chiave biologica, e connotando la prima in termini psicologico-culturali: da qui le affermazioni che mentre «i termini appropriati per il sesso sono 'maschio' e 'femmina', i termini corrispondenti per il genere sono 'maschile' e 'femminile'»; che l'identità di genere può «essere totalmente indipendente dal sesso (biologico)»; che tale costrutto riguarda la percezione, conscia o inconscia, di appartenere a un sesso e non a un altro, e può aversi una rappresentazione di sé «non solo come uomo, ma anche come uomo maschile, uomo effeminato, o persino come uomo che vagheggia di essere donna»³⁴.

31 In merito, A. D. DREGER, *Ambiguous Sex – or Ambivalent Medicine? Ethical Issues in the Treatment of Intersexuality*, in *Hast. Cent. Rep.*, May-June 1998, 30 ss.

32 A. TAMAR-MATTIS, *Exceptions to the Rule: Curing the Law's Failure to Protect Intersex Infants*, in *Berkeley J. Gender L. & Just.*, 2006, 60 ss., 68 ss., al quale si rinvia anche per l'approfondimento delle altre critiche accennate nel testo. Cita-tissimo, anche se non si tratta di intersessualità, il caso di Bruce Reimer: evirato per errore alla nascita durante un intervento di circoncisione, egli fu cresciuto e educato come «Brenda» a seguito di trattamenti chirurgici e ormonali funzionali a modellare il corpo in direzione femminile; Bruce manifestò grave disagio nei confronti del genere assegnatogli, e a 14 anni decise di sottoporsi a interventi di mascolinizzazione, assumendo il nome di David; purtroppo le sue sofferenze lo portarono al suicidio. Su questa tragica vicenda, cfr. per tutti A. FAUSTO-STERLING, *Sexing*, cit., 66 ss.; J. BUTLER, *Undoing Gender*, New York, 2004, 58 ss. (trad. it., *Fare e disfare il genere*, Milano, Udine, 2014).

33 A. FAUSTO-STERLING, *The Five Sexes, Revisited*, in *The Sciences*, July/August 2000, 19.

34 R. J. STOLLER, *Sex and Gender. The Development of Masculinity and Femininity*, London, 1968, 9-10. Per contestualizzare l'importante opera di Stoller, cfr. R. VITELLI, *Transessualismo e identità di genere. L'opera di Robert J. Stoller*, in P. Valerio, M. Bottone, R. Galliani e R. Vitelli (a cura di), *Il transessualismo. Saggi psicoanalitici*, Milano, 2001, 29 ss. In precedenza, J. MONEY, *Hermaphroditism, Gender and Precocity in Hyperadrenocorticism: Psychologic Findings*, in *Bull. Johns Hopkins Hosp.*, June 1955, 254, aveva elaborato un concetto di «ruolo di genere» (*gender role*) sganciato dal dato biologico, e comprensivo di «tutto ciò che una persona dice o fa per mostrare di avere lo *status* di ragazzo o di uomo o, rispettivamente, di ragazza o di donna» (sul punto, cfr. da ultimo T. GOLDIE, *The Man who Invented Gender. Engaging the Ideas of John Money*, Vancouver, 2014, 39 ss.). Sulla successiva emersione dei costrutti «identità di genere», «ruolo di genere» e «orientamento sessuale», si veda K.J. ZUCKER, S.J. BRADLEY, *Gender*

All'identità di genere si lega la questione del transessualismo, ossia la condizione di chi, identificandosi in un genere diverso da quello legato al sesso biologico, intraprende un lungo e impegnativo percorso volto ad adeguare il proprio aspetto fisico e il proprio sesso anatomico al genere percepito. Nell'ICD-10, il transessualismo rientra tra i Disturbi dell'identità di genere, mentre l'ultima versione del sistema nosografico delle malattie mentali elaborato dall'*American Psychiatric Association*, il DSM-5 (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), ha introdotto un sintagma meno connotato in chiave patologica, ossia quello di Disforia di genere³⁵.

Non tutti però concordano con tali classificazioni³⁶: l'etichetta di malattia mentale non sarebbe meritata³⁷, e la sofferenza provata dalle persone transessuali dipenderebbe non tanto dalla loro condizione interiore, quanto dalla suddetta etichetta³⁸, nonché dallo «stigma espresso a livello sociale nei confronti di coloro che vengono a porsi al di là del binarismo sessuale»³⁹.

Identity Disorder and Psychosexual Problems in Children and Adolescents, New York, 1995, 2 ss. e qui altri riferimenti.

- 35 Su queste tematiche, J. DRESCHER, *Gender Identity Diagnoses: History and Controversies*, in B.P.C. Kreukels, T.D. Steensma, A.L.C. de Vries (a cura di), *Gender Dysphoria and Disorders of Sex Development: Progress in Care and Knowledge*, New York, 2014, 141 ss; tra i giuristi, A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2014, 50, ss., 88 ss., 218 ss.
- 36 Un equilibrato quadro di sintesi del dibattito in F.J. SÁNCHEZ, E. VILAIN, *Transgender Identities: Research and Controversies*, in C.J. Patterson, A.R.D'Augelli (a cura di), *Handbook of Psychology and Sexual Orientation*, Oxford, 2013, 46-47.
- 37 P. MARCASCIANO, *Lo sguardo delle associazioni sulla questione transessuale*, in P. Valerio, R. Vitelli, R. Romeo e P. Fazzari (a cura di), *Figure*, cit., 79 ss. Per una serrata critica ai criteri diagnostici menzionati nel DSM-IV, sostanzialmente ripresi nell'edizione successiva, cfr. J. BUTLER, *Undoing*, cit., 75 ss., 93 ss.; P.T. COHEN-KETTENIS, F. PFAFFLIN, *The DSM Diagnostic Criteria for Gender Identity Disorder in Adolescents and Adults*, in *Arch. Sex. Behav.*, 2010, 500 ss., e qui altri riferimenti.
- 38 A. AULT, S. BRZUZY, *Removing Gender Identity Disorder from the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: A Call for Action*, in *Social Work*, 2009, 187-188.
- 39 Così, problematicamente, R. VITELLI, P. VALERIO, R. ROMEO, P. FAZZARI, *Introduzione*, in P. Valerio, R. Vitelli, R. Romeo e P. Fazzari (a cura di), *Figure*, cit., 10. Stimolante il dibattito tra S.J. LANGER, J.I. MARTIN, *How Dresses Can Make You Mentally Ill: Examining Gender Identity Disorder in Children*, in *Child Ad. Soc Work J.*, 2004, 11-12, che rimproverano al DSM (-IV) di non distinguere la sofferenza che è la conseguenza di una patologia da quella socialmente indotta, e K.J. ZUCKER, *Commentary on Langer and Martin's (2004) "How Dresses Can Make You Mentally Ill: Examining Gender Identity Disorder in Children"*, in *Child Ad.*

Da parte sua, il Parlamento europeo ha auspicato «la depsiichiatrizzazione del percorso transessuale e transgenere, la libera scelta del personale di cura, la semplificazione del cambiamento d'identità e una copertura da parte della previdenza sociale», invitando al contempo «l'Organizzazione mondiale della sanità a depennare i disturbi dell'identità di genere dall'elenco dei disturbi mentali e comportamentali e a garantire una riclassificazione non patologizzante in sede di negoziati relativi all'undicesima versione della classificazione internazionale delle malattie (ICD-11)»⁴⁰.

Tali istanze intendono promuovere un processo analogo a quello che, sul finire del secolo scorso, portò all'esclusione dell'omosessualità dalle patologie elencate nel DSM e nell'ICD, auspicando per le persone transessuali una svolta paragonabile a quella che si ebbe per i diritti delle persone omosessuali nel momento in cui il sapere medico cessò di legittimare le pratiche discriminatorie a loro danno⁴¹.

Non va dimenticato, però, che il parallelismo tra omosessualità e transessualismo è valido fino a un certo punto, perché la prima chiama in causa, a differenza del secondo, l'orientamento sessuale, ossia quel costruito

Soc Work J., 2006, 543, secondo il quale la suddetta distinzione «potrebbe semplicemente essere una dicotomia falsa».

40 *Risoluzione del Parlamento europeo del 28 settembre 2011 sui diritti umani, l'orientamento sessuale e l'identità di genere nel quadro delle Nazioni Unite.*

41 Sul punto, J. DRESCHER, *Queer Diagnoses: Parallels and Contrasts in the History of Homosexuality, Gender Variance, and the Diagnostic and Statistical Manual*, in *Arch. Sex. Behav.*, 2010, 428 ss., 443 ss. L'omosessualità è stata definitivamente rimossa dalle categorie diagnostiche del DSM nel 1987 (DSM-III-R), dopo essere stata classificata prima tra i disturbi sociopatici della personalità (DSM-I, 1952), poi tra le deviazioni sessuali (DSM-II, 1968), e infine come categoria a sé stante nell'ipotesi dell'omosessualità egodistonica, ossia non accettata dall'Io (DSM-III, 1980). Quest'ultima era contemplata anche nell'ICD-9 nelle due forme del Disturbo di conflitto omosessuale e del Lesbismo egodistonico, ma l'attuale classificazione ICD-10, pubblicata nel 1990, parla in generale di Orientamento sessuale egodistonico, comprensivo pertanto sia della propensione omosessuale, sia di quella eterosessuale. La permanenza di tale categoria nell'ICD-11, atteso per il 2017, è però discussa: ne hanno proposto l'eliminazione S.D. COCHRAN, J. DRESCHER, E. KISMÖDI, A. GIAMI, C. GARCÍA-MORENO, E. ATALLA, A. MARAIS, E. MELONI VIEIRAH, G.M. REED, *Proposed Declassification of Disease Categories related to Sexual Orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)*, in *Bull. World Health Organ.*, 2014, 672 ss. Per approfondire il contesto storico della depatologizzazione dell'omosessualità, cfr. R. BAYER, *Homosexuality and American Psychiatry: The Politics of Diagnosis*, Princeton, 1987, 38 ss., 67 ss., 101 ss.; H.S. DECKER, *The Making of DSM-III: A Diagnostic Manual's Conquest of American Psychiatry*, Oxford, 2013, 31 ss., 149 ss., 208 ss.

che attiene all'«oggetto verso cui è rivolta l'attrazione erotica (maschi, femmine o entrambi)»⁴². Inoltre, la depatologizzazione dell'omosessualità «determinò una 'cura' liberatoria e immediata per i membri della comunità gay», mentre l'esclusione del transessualismo dal novero delle malattie rischia secondo alcuni di essere controproducente, essendo la diagnosi di disforia di genere necessaria per l'accesso gratuito agli interventi di transizione verso l'altro sesso⁴³.

L'ultima componente dell'identità sessuale è il ruolo di genere, che denota l'insieme dei «comportamenti, delle attitudini e dei tratti della personalità che la società, in un dato momento storico e culturale, designa come maschili o femminili – in altri termini come più 'appropriati' al o tipici del ruolo sociale maschile o femminile»⁴⁴.

La formazione del ruolo di genere avviene nella prima infanzia, durante la quale si apprendono quelle aspettative sociali secondo le quali i gesti, i tratti caratteriali, l'inflessione della voce, il vocabolario, gli interessi, i mestieri, ecc. andrebbero distinti in maschili e femminili e dovrebbero tendenzialmente corrispondere al sesso biologico⁴⁵.

Può anche accadere che la percezione di sé conforme al proprio sesso biologico si accompagni ad atteggiamenti esteriori tradizionalmente asso-

42 V. LINGIARDI, *La personalità e i suoi disturbi. Un'introduzione*, Milano, 2010, 93.

43 J. DRESCHER, *Queer Diagnoses*, cit., 446, al quale si rinvia anche per l'analisi degli altri profili differenziali tra omosessualità e transessualismo. Invita a riflettere sul binomio gratuità delle cure/malattia anche A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 221, osservando che lo Stato garantisce la copertura integrale delle spese per interrompere volontariamente la gravidanza, e allo stesso tempo nessuno «potrebbe ipotizzare un inquadramento dello stato di gravidanza quale malattia». L'esempio non è però conferente, perché nel nostro sistema la gratuità delle procedure di interruzione della gravidanza si spiega alla luce della loro *ratio*, quella di tutelare la salute fisica e psichica della madre: per tutti, M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978*, n. 194, Padova, 1992, 261 ss.; cfr. anche L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 128 ss., 133 ss., che evidenzia il divario tra le motivazioni assiologiche della legislazione italiana e la sua applicazione pratica; per una sintesi del dibattito filosofico sul tema, volendo, G. GENTILE, *Siamo uomini o persone? Critica alla teoria dell'«aborto post-nascita»*, in *Bioetica*, 2013, 650 ss.

44 K.J. ZUCKER, S.J. BRADLEY, *Gender Identity Disorder*, cit., 3, i quali però danno conto di quelle impostazioni che collegano il ruolo di genere a variabili biologiche, negandone la dimensione esclusivamente culturale. Secondo una nota definizione di J. MONEY, A. A. EHRHARDT, *Man & Woman, Boy & Girl: the Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, Baltimore, 1972, 4, il ruolo di genere è appunto l'«espressione pubblica dell'identità di genere».

45 M. G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components*, cit., 43-45.

ciati al sesso opposto⁴⁶. Un esempio particolarmente significativo è dato dal travestitismo⁴⁷, nel quale l'abbigliarsi con vestiti tipici dell'altro sesso si configura «come una riformulazione, più o meno elaborata, del ruolo di genere in contesti che vanno dalla pratica sessuale [...] alla provocazione sociale»⁴⁸.

3. Il tema dell'identità sessuale presenta ancora molti aspetti da esplorare. Si dibatte animatamente sull'interrelazione tra i fattori biologici, psicologici e culturali; su cosa sia innato, e cosa socialmente costruito; sulle categorie di disturbo mentale e di patologia⁴⁹, messe in discussione dalle istanze volte a depatologizzare il transessualismo e alcuni stati intersessuali; sul confine tra normalità e devianza, che si è modificato nel corso degli anni⁵⁰, riflettendo il passaggio da un paradigma che stigmatizzava tutte le

46 Per tutti, G.G. BOLICH, *Crossdressing in Contest*, cit., 121 ss.

47 Nell'ICD-10 si parla di travestitismo a ruolo doppio per indicare una condizione che, a differenza dal travestitismo feticistico, non è associata all'eccitazione sessuale, e diversamente dal transessualismo non presuppone il desiderio di cambiare permanentemente sesso. Invece, il DSM - 5 contempla solo la categoria del travestitismo feticistico, classificandola tra le parafilie. Con una semplificazione eccessiva e, spiace dirlo, stereotipata, P. BAIMA BOLLONE, *Medicina legale*, cit., 642-643, sostiene che l'inversione sessuale, «sinonimo di omosessualità», assume il nome di travestitismo quando la spinta verso persone del proprio sesso «implica modificazioni nella condotta sociale», e di transessualismo quando il travestito «tende veramente a diventare donna» (di solito «per utilizzare economicamente il risultato ottenuto talora in ambito artistico ma più spesso prostituendosi»).

48 V. LINGIARDI, *La personalità e i suoi disturbi*, cit., 112, il quale sottolinea che il «travestito esprime un conflitto con il proprio ruolo di genere, mentre il transessuale lo esprime con il proprio corpo sessuato». Analogamente, M. G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components*, cit., 45, distinguono il travestitismo legato al conflitto tra ruolo di genere e sesso biologico da quello, propedeutico al transessualismo, che deriva invece dal conflitto con l'identità di genere. Il travestitismo assume un ruolo centrale, seppure con esiti ricostruttivi profondamente diversi, nelle teorizzazioni di M. MIELI, *Elementi di critica omosessuale* (1977), Milano, 2002, 200 ss., e di J. BUTLER, *Gender Trouble*, cit., 174 ss.; ID., *Bodies that Matter. On the discursive limits of 'sex'*, New York-London, 1993, 124 ss. (trad. it., *Corpi che contano. I limiti discorsivi del "sesso"*, Milano, 1996); in merito, L. BERNINI, *Maschio e femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010, 11 ss., 25 ss.

49 Sul punto, R. VITELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO, *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?*, in F. Corbisiero (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013, 224 ss.

50 Ricostruiscono i diversi modi in cui la scienza psichiatrica ha concettualizzato la devianza sessuale nel corso degli ultimi 150 anni, A. DE BLOCK, P.R. ADRIAENS,

pratiche non riproduttive, e quindi anche l'omosessualità, a un altro che invece «patologizza l'assenza o la limitazione del consenso nelle relazioni sessuali»⁵¹; sull'intreccio tra scienza, etica e politica, ecc.

In ogni caso, le categorie del sesso biologico, dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale e del ruolo di genere fanno ormai parte del lessico della comunità scientifica internazionale, forniscono le coordinate essenziali per iniziare a orientarsi nel variegato universo della sessualità umana, e consentono di sfuggire a stereotipi grossolani che confondono l'orientamento sessuale con il ruolo di genere («i gay sono effeminati», «si travestono», ecc.), oppure con l'identità di genere («le lesbiche vorrebbero essere uomini», «i transessuali sono omosessuali», ecc)⁵².

Eppure, nel dibattito parlamentare si è sostenuto che le nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere andrebbero bandite per la loro intollerabile connessione con la «teoria del *gender*», così sintetizzata: «la natura in un certo senso è irrilevante e i generi possono essere infiniti, dal momento che separandoli dalla natura, non ha più senso nemmeno parlare di categorie»⁵³.

L'assunto è però criticabile da più prospettive. Per un verso, la paventata moltiplicazione dei generi era smentita dalla proposta legislativa originaria, che restava saldamente ancorata alla tradizionale dicotomia uomo/donna, tant'è vero che l'identità di genere era definita quale «percezione che una persona ha di sé *come uomo o donna*», il ruolo di genere si collegava alle «aspettative sociali connesse all'essere *uomo o donna*», e l'orientamento sessuale identificava «l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di *entrambi i sessi*». Per un altro, l'evocazione di una monolitica «teoria del *gender*», che ridurrebbe il corpo a una sorta di attaccapanni al quale appendere l'abito del genere

Pathologizing Sexual Deviance: A History, in *J. Sex Res.*, 2013, 276 ss. Cfr. anche R. GREEN, *Is Pedophilia a Mental Disorder?*, in *Arch. Sex Behav.*, 2002, 467 ss.

51 A. GIAIMI, *Between DSM and ICD: Paraphilias and the Transformation of Sexual Norms*, in *Arch. Sex Behav.*, 2015, 1128.

52 Confutano gli stereotipi sull'omosessualità, M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, 22 ss.

53 Così l'on. P. BINETTI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico 65, lunedì 5 agosto 2013*, 98, approvando la cancellazione dalla proposta in esame delle norme definitorie sull'identità sessuale. Il timore che la legge in discussione potesse «assumere un valore simbolico per plasmare la nostra società attorno all'ideologia del *gender*» è stato avanzato anche dall'on. P. G. GIGLI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico 65*, cit., 110. Analogamente, F. D'AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Torino, 2014, 128.

o dell'orientamento sessuale di volta in volta desiderato⁵⁴, banalizza una categoria – quella del *gender* – che non è mai stata intesa in termini rigidi, ma al contrario «ha prodotto configurazioni teoriche, soggettività politiche e posizionamenti strategici differenti e spesso discordanti»⁵⁵.

Purtroppo, anche il dibattito scientifico non dà sempre conto di questa complessità, e alcune affermazioni polemiche ricordano piuttosto lo stratagemma argomentativo dell'ampliamento suggerito a suo tempo da Schopenhauer: «Portare l'affermazione dell'avversario al di fuori dei suoi limiti naturali, interpretarla nella maniera più generale possibile, prenderla nel senso più ampio possibile ed esagerarla»⁵⁶.

Ad esempio, si è detto che il termine *gender* avrebbe acquistato «una sua nuova e definitiva valenza, quella utile ad alludere a un'identità *voluta e costruita*, non *subita e attribuita*»⁵⁷; che le teorizzazioni *gender* vorrebbero affidare a un «diritto neutrale» il compito di legittimare «la volontà illimitata di realizzazione di tutto ciò che è possibile tecnologicamente e desiderato in modo edonistico, irrazionale, istintivo ed emotivo, ritenendo ogni scelta sempre modificabile, quale che sia, equivalente rispetto a qualsiasi altra possibile scelta»⁵⁸; che il crollo delle ideologie politiche, la conseguente «divinizzazione dei Diritti umani» e il supporto delle organizzazioni internazionali avrebbero favorito l'ascesa di un'ideologia del *gender* fondata su due assunti: la negazione della differenza sessuale e la

54 Tale immagine è utilizzata, tra gli altri, da L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 105, e da S. ZANARDO, *Gender e differenza sessuale. Un dibattito in corso*, in *Agg. sociali*, 2014, 380. Da parte sua, S. SALUCCI, *La differenza sessuale e l'ideologia del "genere" (Gender Theory): un excursus tra filosofia e diritto*, in *Iustitia*, 2011, 89, attribuisce a Judith Butler la tesi che «ciascuno debba poter scegliere il proprio *gender* plasmando a piacimento il suo sesso biologico», ma erroneamente, perché la filosofa statunitense nega che il *gender* sia «una costruzione che uno indossa, così come indossa gli abiti la mattina»: così, J. BUTLER, *Critically Queer*, in *J. Gay Lesb. Studies*, 1993, 21; più ampiamente, J. BUTLER, *Bodies*, cit., 230 ss.

55 L. BERNINI, *Uno spettro si aggira per l'Europa...Sugli usi e abusi del concetto di "gender"*, in *Cambio*, 8/2014, 85.

56 A. SCHOPENHAUER, *L'arte di ottenere ragione esposta in 38 stratagemmi*, Milano, 1995, 29.

57 F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, cit., 128.

58 L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 142-143. Per diritto neutrale si intende un «ordinamento giuridico caratterizzato da neutralità ed equidistanza rispetto alle scelte individuali che debbono essere tutte egualmente tollerate senza ombre di disvalore e senza incentivi precostituiti»: così, M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in F. D'Agostino (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, Milano, 2012, 61, e di seguito interessanti sviluppi sui rapporti tra i principi di autodeterminazione e non discriminazione.

«totale libertà di scelta individuale, mito fondante della società moderna, che può arrivare anche a cancellare quello che veniva considerato, fino a poco tempo fa, come un dato di costrizione naturale ineludibile»⁵⁹.

Si ritornerà in seguito sulla delicata tematica dei diritti umani, sul loro contenuto e sul loro rapporto con i valori⁶⁰. Per ora si vuole evidenziare che il bersaglio di tali critiche, ossia una pretesa teoria/ideologia che affiderebbe all'onnipotente volontà del singolo il dominio sul corpo e sulla natura⁶¹, non riflette la ricchezza degli studi sull'identità sessuale, talmente articolata che una rozza schematizzazione richiede almeno tre dicotomie concettuali: essenzialismo/costruttivismo, in merito alla questione della natura oggettiva o socialmente costruita dell'identità sessuale; natura/educazione, con riferimento all'origine di tale identità, o meglio al suo carattere innato o appreso; volontarismo/determinismo, per quanto attiene al ruolo riconosciuto alla volontà dell'individuo.

Ebbene, una prospettiva essenzialista può combinarsi con il volontarismo, e allo stesso tempo il costruttivismo non esclude una visione deterministica, tant'è vero che l'orientamento sessuale è stato inteso da alcuni quale connotato indipendente dai fattori culturali e relazionali (essenzialismo), e nondimeno suscettibile di una scelta personale (volontarismo), da altri quale costruito privo di una dimensione naturalistica (costruttivismo), e tuttavia cogente (determinismo)⁶².

Insomma, non esiste un'unitaria ideologia *gender* secondo cui «in tema di orientamento sessuale e di genere esisterebbero solo preferenze soggettivamente insindacabili e relativamente mutevoli»⁶³. Anzi, tale visione

59 L. SCARAFFIA, *Rincorrendo l'utopia dell'uguaglianza*, in *L'Osservatore romano*, 10 febbraio 2011, 5. I presupposti concettuali di questa posizione si trovano in E. ROCCELLA, L. SCARAFFIA, *Contro il Cristianesimo. L'Onu e L'Unione europea come nuova ideologia*, Casale Monferrato, 2005, 13 ss.

60 Cfr. § 6.

61 A tal riguardo, sia sufficiente replicare, con J. BUTLER, *Undoing*, cit., 63, che «il *gender* rappresenta un diverso tipo di identità, e la sua relazione con l'anatomia è complessa».

62 Si veda il quadro ricostruttivo tracciato da E. STEIN, *Conclusion: The Essentials of Constructivism and the Construction of Essentialism*, in E. Stein (a cura di), *Forms of Desire: Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy*, London, 1992, 327 ss.: quanto alla dicotomia natura/educazione, ci sarebbe una tendenziale incompatibilità tra il costruttivismo e l'idea che la sessualità sia innata, ma non tra l'essenzialismo e la tesi dell'apprendimento.

63 Così, invece, M. FERRARESI, *La legge sull'omofobia: un pericolo per la libertà di espressione?*, in *Iustitia*, 2013, 210. Cfr. anche l'on. A. PAGANO, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 18 luglio 2013, 45. Per inciso, le ricerche empiriche sull'identità sessuale sembrano dimo-

della sessualità si avvicina paradossalmente alla logica di quelle terapie psicologiche di conversione che mirano a reprimere l'orientamento omosessuale o addirittura a trasformarlo in eterosessuale⁶⁴, a quanto pare con risultati assai discutibili: secondo l'*American Psychiatric Association*, «le prove sull'efficacia delle terapie di conversione (*Sexual orientation Change Efforts*, in acronimo *SOCE*) a modificare l'orientamento sessuale sono insufficienti. Inoltre, ci sono alcune prove sui danni che tali terapie possono determinare»⁶⁵.

Infine, ricorre nel dibattito sulle leggi contro l'omofobia l'idea di una presunta ampiezza della nozione di orientamento sessuale, tale da consentire «la liberalizzazione nei confronti di qualsiasi scelta sessuale»⁶⁶.

La critica muove dal presupposto che la nozione di orientamento sessuale equivalga a quella di tendenza o preferenza sessuale⁶⁷. Viceversa, i sistemi nosografici più diffusi distinguono l'orientamento sessuale dai disturbi parafilici (DSM-5) o della preferenza sessuale (ICD-10), e di conseguen-

strare che l'identità di genere si costituisce tendenzialmente nella prima infanzia (V. LINGIARDI, *La personalità*, cit., 99; K.J. ZUCKER, S.J. BRADLEY, *Gender Identity*, cit., 11.), e che l'orientamento sessuale si stabilizza nel corso dell'età adulta (K.J. ZUCKER, *Commentary*, cit., 551; S. LEVAY, *Gay, Straight and the Reason Why*, Oxford-New York, 2011, 10-11).

64 Che la visione volontaristica fornisca un supporto ideologico alle terapie di conversione, è sottolineato da M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 36.

65 APA, *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, 2009, 66, in www.apa.org. Una riflessione più aggiornata è offerta da A. LEE BECKSTEAD, *Can We Change Sexual Orientation?*, in *Arch. Sex. Behav.*, 2012, 121 ss. Da noi, cfr. V. L. CASTELLAZZI, *L'omosessualità. Una lettura psicanalitica*, Roma, 2014, 199 ss., il quale ricorda che, secondo alcuni ordini professionali, le terapie di conversione contrastano con la deontologia dello psicologo.

66 L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 142, riferendosi a proposte di legge presentate nella XVI Legislatura. Di analogo tenore la pregiudiziale di costituzionalità approvata dalla Camera dei Deputati il 13 ottobre 2009, nella quale si denunciò l'indeterminatezza del concetto di orientamento sessuale in quanto quest'ultima avrebbe ricompreso «qualunque orientamento ivi compresi incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo eccetera». Su tale pregiudiziale, cfr. criticamente E. DOLCINI, *Omofobia*, cit., 31; M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 126.

67 Non a caso, L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 204, definisce l'orientamento sessuale come «attrazione sessuale o direzione della sessualità, a prescindere da *sex* e *gender*, preferenza rispetto all'oggetto del desiderio sessuale».

za l'omosessualità dalla pedofilia (che riguarda un interesse⁶⁸ rivolto all'età dell'altra persona, e non al sesso⁶⁹) e dalle altre pratiche sessuali, focalizzate su comportamenti particolari (sadismo, masochismo, voyeurismo, esibizionismo, ecc.) o su oggetti inanimati (feticismo, necrofilia).

Lo iato che sussiste tra l'orientamento omosessuale e le parafilie non consente pertanto di sostenere, evocando l'argomento retorico della «china scivolosa» (*slippery slope argument*)⁷⁰, che la proposta in esame ostacolerebbe «la libertà di manifestare il proprio pensiero contro la dittatura del relativismo, che vorrebbe l'equiparazione indistinta di tutte le pratiche sessuali, oggi dell'omosessualità, domani delle pratiche sadistiche e masochistiche e, infine, forse, della bestialità e di altre pratiche oggi ancora ritenute inaccettabili»⁷¹.

68 Merita di essere segnalato che la prima edizione a stampa del DSM-5 distingue tra disturbo pedofilo e «orientamento sessuale pedofilo» (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM-5*, Washington, 2013, 698), quest'ultimo consistente in una propensione sessuale verso i pre-adolescenti che non determina angoscia e resta confinata nella sfera psichica del soggetto. In un suo comunicato, pubblicato sul sito www.dsm5.org, l'*American Psychiatric Association* ha però riconosciuto l'errore terminologico, dichiarando che la dizione corretta (tra l'altro accolta nella traduzione italiana del DSM-5, Milano, 2014, 811) è quella di «interesse sessuale pedofilo»

69 Infatti l'«attrazione pedofilica può dirigersi in senso omosessuale, eterosessuale, o verso entrambi i sessi»: così, R. ROSSI, P. FELE, *Parafilie*, in G. Cassano, P. Pancheri (a cura di), *Trattato italiano di psichiatria*, Milano, 1999, 2446. Sui punti di contatto e sulle differenze tra parafilie e orientamento sessuale, cfr. di recente M.C. SETO, *Is Pedophilia a Sexual Orientation?*, e simmetricamente J.M. CANTOR, *Is Homosexuality a Paraphilia? The Evidence For and Against*, entrambi in *Arch. Sex Behav.*, 2012, 231 ss., 237 ss. Riconduce invece l'omosessualità alle parafilie, F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, cit., XVIII, osservando che l'opposta posizione della comunità scientifica è «molto discutibile sul piano epistemologico, almeno fino a quando non verrà costruita una *teoria generale del desiderio sessuale*».

70 Al di là delle differenti denominazioni, si tratta dell'argomento che fa leva sulle conseguenze, tanto indesiderabili quanto (assunte come) inevitabili, della tesi che si intende criticare: sulla struttura dell'espedito e sulle strategie di contrasto (tra le quali figura quella, impiegata del testo, della differenza significativa), basti il rinvio a C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966, 300 ss.; S. CASTIGLIONE, *Quando si scivola sulla china? Nuove fortune del vecchio sorite*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 111 ss.; J. CORVINO, *Homosexuality and the PIB Argument*, in *Ethics*, 2005, 503 ss.

71 M. RONCO, *Legge contro l'omofobia, violazione della libertà*, in *Cristianità*, 2013, § 3 (la rivista è disponibile in www.alleanzacattolica.org). Analogo argomento in M. RONCO, *Considerazioni su alcune proposte di legge sull'«omofobia»*, in *Cristianità*, 2009, § 4, dove si contestava a una proposta di legge che parlava di

Va piuttosto ricordato che le nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere abbracciano non solo l'omosessualità e il transsexualismo, ma anche l'eterosessualità e la percezione di sé conforme al sesso biologico. Di conseguenza, l'estensione delle disposizioni della l. Reale e della l. Mancino alle «discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima»⁷² avrebbe ricompreso anche ambiti che, nell'attuale momento storico, non sembrano aver bisogno di una tutela rafforzata⁷³; se poi si fosse mantenuto il riferimento all'identità sessuale, sarebbero stati punibili ai sensi della l. Reale e della l. Mancino anche i reati motivati dal sesso biologico della vittima (uomo, donna o intersessuale) e dal ruolo di genere (ogni «manifestazione esteriore [...] conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna»), concetto quest'ultimo che si riferisce a una serie di situazioni talmente eterogenea da essere inconciliabile con le esigenze della legalità penale.

4. A dire il vero, si è sostenuto che anche la formulazione adottata dalla proposta in esame presenterebbe profili di imprecisione, innanzitutto perché i termini «omofobia» e «transfobia» sarebbero «del tutto vaghi, indeterminati e indeterminabili nella loro portata applicativa», e pertanto tali da concedere «spazi eccessivamente ampi alla *discrezionalità* del giudice e ai suoi possibili *soggettivismi*»⁷⁴.

motivi fondati sull'identità di genere di impedire le critiche «nei confronti del discorso negazionista della alterità sessuale, nonché nei confronti di alcuni comportamenti sessuali, ancora oggi annoverati fra le parafilie, come, per esempio, il sadismo e il masochismo». In merito, basti ricordare che il DSM-5 distingue nettamente la disforia di genere dalle parafilie, e già il DSM-IV inquadrava il Disturbo dell'identità di genere nella stessa sezione delle parafilie (Disturbi sessuali e dell'identità di genere), ma in una categoria a parte (critica le tesi di Ronco anche M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *Genius*, 1/2015, 19). Sul problema della libertà di espressione, cfr. § 9.

72 Così, il Testo unificato approvato dalla Commissione Giustizia in data 9 luglio 2013.

73 Con riferimento ad altre proposte di legge, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 31. Cfr. però M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., 19, e soprattutto L. IMARISIO, *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in *Genius*, 1/2015, 31 ss.

74 Così, F. MANTOVANI, *I delitti di "omofobia" e transfobia e le inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2013, 222. Cfr. anche C. BRIGNONE, *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v Grecia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2013, 9; A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *Genius*, 1/2015, 10-11; G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale*.

Il rilievo appare troppo severo, specie se si considera l'approfondita elaborazione scientifica che la nozione di omofobia ha alle sue spalle. Il termine deriva dal neologismo inglese *homophobia*⁷⁵, coniato negli anni '70 del secolo scorso dallo psicologo George Weinberg⁷⁶ per descrivere «il timore di trovarsi vicino a omosessuali»⁷⁷, e da subito differenziato dalle fobie tipiche⁷⁸: mentre queste ultime provocano malessere al fobico (che vorrebbe liberarsene), sottendono una componente ansiosa a volte paralizzante e conducono a strategie evitanti, l'omofobia non è motivo di disagio interiore⁷⁹, si raccorda al pregiudizio più che alla paura, e può sfociare in atteggiamenti antagonisti, aggressivi, offensivi, discriminatori⁸⁰.

Gli studi successivi hanno evidenziato che il pregiudizio omofobico si lega spesso a «un sistema di credenze che supporta miti negativi e stereotipi sugli omosessuali»⁸¹. Tale supporto cognitivo differenzia ulteriormente l'omofobia dalle fobie in senso stretto, accomunandola piuttosto ad altri modi di «odiare in prima persona plurale»⁸² quali il razzismo, la xenofobia, la misoginia, l'antisemitismo, ecc.

Possibilità e limiti dell'intervento penale, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 3/2013, 111; M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 6.

75 Osserva infatti G.M. HEREK, *Beyond "Homophobia": Thinking about Sexual Prejudice and Stigma in the Twenty-First Century*, in *Sex Res. Soc. Policy*, 2/2004, 9 ss., che il lemma «*homofobia*» è un neologismo ambiguo, sia per il prefisso, che potrebbe rinviare al latino *homo* (=uomo) o al greco *ὁμός* (=stesso, simile) o ancora all'inglese *homosexual*, sia per il suffisso *-phobia*, che evoca una condizione patologica.

76 Sulla paternità del termine, ancora G.M. HEREK, *Beyond "Homophobia"*, cit., 7 ss.

77 G. WEINBERG, *Society and the Healthy Homosexual*, London, 1972, 4. Talvolta, la traduzione letterale dell'espressione idiomatica «*in close quarters with homosexuals*» ha trasformato l'omofobia nella bizzarra paura... di trovarsi in luoghi chiusi con omosessuali: cfr. ad esempio V. LINGIARDI, *Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*, Milano, 2007, 44; A. CERETTI, I. MERZAGORA BETSOS, *L'istinto sessuale e le sue alterazioni*, in G. Giusti (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, vol. 4, *Genetica, psichiatria forense e criminologia, medicina del lavoro*, Padova, 2009, 342; D. BORRILLO, *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, Bari, 2009, 16.

78 G. WEINBERG, *Society*, cit., 8.

79 Così, D.A.F. HAAGA, *Homophobia?*, in *J. Soc. Bea. Pers.*, 1991, 172, il quale ricorda che l'omofobo può anche proporsi un'agenda politica, il che non avviene nelle fobie tipiche: chi ha paura di volare non chiede di abolire il trasporto aereo!

80 Ancora G. WEINBERG, *Society*, cit., 8; D.A.F. HAAGA, *Homophobia?*, cit., 172.

81 Così, S.F. MORIN, E.M. GARFINKLE, *Male Homophobia*, in *J. Soc. Issues*, 1978, 30.

82 V. LINGIARDI, *Citizen gay*, cit., 45. Tra gli altri, G.M. HEREK, *Beyond "Homophobia". A social Psychological Perspective on Attitudes Toward Gay and Lesbians*,

Si sono proposti alcuni neologismi alternativi che consentissero di abbracciare già sul piano lessicale le molteplici dimensioni emotive, cognitive e sociali del fenomeno (ad esempio, *homonegativism*⁸³, *homosexism*⁸⁴, *heterosexism*⁸⁵), ma nessuno ha riscosso il successo del termine *homophobia*. Non a caso, il più recente lemma *transphobia* ha ripreso l'ambiguo suffisso del suo predecessore per indicare l'avversione e le attitudini negative nei confronti delle persone *Transgender*⁸⁶, ossia coloro che, come indicato dal prefisso *Trans* (= a cavallo, al di là)⁸⁷, non si riconoscono nell'identità o nel ruolo di genere associato al loro sesso biologico, e magari si collocano tra i due generi (transessuali, travestiti, persone che sentono di non appartenere né al genere maschile né a quello femminile, oppure a entrambi contemporaneamente, *drag queen* o *drag kings* che vestono i panni associati al genere opposto, adottando atteggiamenti iperfemminili o ipermaschili)⁸⁸.

Sebbene distinte sul piano concettuale, l'omofobia e la transfobia si sovrappongono nella realtà: «è davvero difficile capire se un uomo gay effeminato è temuto o odiato per il suo genere o per la sua sessualità»⁸⁹. Forse è per questo motivo che diverse risoluzioni del Parlamento europeo hanno tratteggiato una definizione unitaria di omofobia, relativa cioè a persone «lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* (LGBT)»⁹⁰. A parte questa pecu-

in *J. Homosexuality*, 1984, 2 ss.; D. BORRILLO, *Omofobia*, cit., 18 ss., 30 ss.

83 W.W. HUDSON, W.A. RICKETTS, *A Strategy for the Measurement of Homophobia*, in *J. Homosexuality*, 1980, 358.

84 G.L. HANSEN, *Measuring Prejudice against Homosexuality (Homosexism) among College Students: A new scale*, *J. Soc. Psych.*, 1982, 233-36.

85 S.F. MORIN, E.M. GARFINKLE, *Male Homophobia*, cit., 31.

86 Per tutti, D.B. HILL, *Genderism, Transphobia and Gender Bashing: a Framework for Interpreting Anti-Transgender*, in B.C. Wallace, R.T. Carter (a cura di), *Understanding and Dealing With Violence: A Multicultural Approach*, Thousand Oaks-London-New Delhi, 2003, 119 ss.

87 C. SHELLEY, *Transpeople: Repudiation, Trauma, Healing*, Buffalo, 2008, 32.

88 Sul transgenderismo, cfr. ad esempio W.O. BOCKTING, *From Construction to Context: Gender through the Eyes of the Transgendered*, in *Siecus Report*, 1/1999, 3; A.I. LEV, *Transgender Emergence*, cit., 6 ss.; L. BERNINI, *Maschio e femmina Dio li creò!?*, cit., 37 ss.; INSTITUTE OF MEDICINE, *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People Building a Foundation for Better Understanding*, Washington, 2011, 26.

89 D.B. HILL, *Genderism*, cit., 120.

90 Cfr. da ultimo la *Risoluzione del Parlamento europeo del 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa*, e qui il riferimento alle risoluzioni precedenti. Alla luce di quanto detto nel testo, pecca di formalismo la tesi di A. BONOMI, G. PAVICH, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *www.penale-*

liarità, tale definizione formalizza gli aspetti che si sono sinteticamente evidenziati, e cioè: a) la dimensione emotiva dell'omofobia, consistente nella paura irrazionale e nell'avversione, entrambe basate sui pregiudizi; b) la dimensione cognitiva dell'omofobia, ossia il suo celarsi «dietro motivazioni fondate sull'ordine pubblico, sulla libertà religiosa e sul diritto all'obiezione di coscienza», e la sua vicinanza «al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo»⁹¹; c) la dimensione sociale dell'omofobia, e cioè il suo manifestarsi «nella sfera pubblica e privata sotto diverse forme, tra cui incitamento all'odio e istigazione alla discriminazione, scherno e violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e uccisioni, discriminazioni a violazione del principio di uguaglianza e limitazione ingiustificata e irragionevole dei diritti».

Tale dato normativo, e la corrispondente elaborazione della comunità scientifica internazionale, conferiscono alle nozioni di omofobia e di transfobia un «significato sufficientemente preciso e consolidato»⁹², in linea con la dimensione semantica del principio di determinatezza.

Va però considerata anche l'altra faccia del principio di determinatezza, ossia quella empirica⁹³. Secondo parte della dottrina, i motivi o le finalità omofobiche concentrerebbero «il disvalore sul mero atteggiamento interiore dell'agente, evocando un impulso essenzialmente interiore, soggettivo, e quindi processualmente imperscrutabile»⁹⁴; sarebbe preferibile, da questo punto di vista, parlare di reati commessi «in ragione dell'omosessualità e della transessualità della vittima», perché il riferimento alla persona offesa

contemporaneo.it, 13 ottobre 2014, 37, ripresa da C. BRIGNONE, *Dignità*, cit., 9, volta a negare la portata interpretativa di tali Risoluzioni perché esse, a differenza della proposta in esame, non distinguerebbero tra omofobia e transfobia.

91 L'accostamento dell'omofobia al razzismo è stato accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Vejdeland and others v. Sweden*, 9 febbraio 2012, § 55 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 415, con nota di L. GOISIS).

92 E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 20; E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 32.

93 Sulla duplice anima, semantica ed empirica, della determinatezza, per tutti G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 74 ss. Con diversa terminologia, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, 119 ss., 163 ss.

94 G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 112. Anche L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 17, riferendosi alla l. Reale, afferma che l'«accertamento dei motivi – come ogni penalista ben sa – sfocia inevitabilmente nel “tipo d'autore”».

restringerebbe «maggiormente l'ambito di applicabilità rispetto alla componente soggettiva legata ai motivi o alle finalità»⁹⁵.

Anche tale posizione si espone ad alcuni rilievi. Com'è noto, la l. Reale e la l. Mancino non richiedono che il soggetto passivo presenti lo specifico profilo identitario protetto, nel senso che i motivi e le finalità tipizzate possono configurarsi a prescindere dalla razza, etnia, nazione, confessione religiosa, *orientamento sessuale, identità o ruolo di genere* (dell'autore e) della persona offesa⁹⁶. Secondo la giurisprudenza, agisce per motivi razziali ed etnici chi istiga alla violenza nei confronti di un giornalista italiano che si batte per i diritti degli immigrati⁹⁷, oppure chi minaccia una storica italiana esperta delle persecuzioni antisemite, prospettandole le atroci punizioni praticate nei lager nazisti ai danni del popolo ebraico⁹⁸; allo stesso modo, sarebbe motivata dall'omofobia l'aggressione a un eterosessuale in ragione della sua presunta omosessualità⁹⁹, oppure dei suoi rapporti con persone omosessuali.

Rispetto all'idea di estendere la l. Reale e della l. Mancino ai soli reati commessi «in ragione dell'omosessualità e della transessualità della vittima», la proposta in esame offrirebbe pertanto il duplice vantaggio di evitare problematiche indagini sull'identità sessuale del soggetto passivo¹⁰⁰, e

95 Ancora G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 111-112, che però, al termine del suo *iter* argomentativo, respinge per altre ragioni anche quest'opzione normativa.

96 G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1*, cit., 177; L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, cit., 1035; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 860; criticamente, M.T. TRAPASSO, *Il ruolo fondamentale dei “coefficienti soggettivi” nelle fattispecie penali in materia di discriminazione razziale: il caso della circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale*, in *Cass. pen.*, 2010, 3837 ss.

97 L'esempio riprende un profilo dell'articolata vicenda esaminata in Trib. Roma, 8 aprile 2013, n. 884, Scarpino e altri, in *www.osservatorioantisemitismo.it*; sui profili cautelari del medesimo procedimento, Cass., sez. III, 24 aprile 2013, n. 33179, Scarpino, in *Foro it.*, 2014, II, 90 ss.

98 Cass., sez. V, 19 ottobre 2011, n. 563, Deganutti.

99 Oppure a una persona intersessuale (che non rientra né fra le persone *transgender*, né ovviamente fra quelle omosessuali: cfr. § 2), creduta erroneamente omosessuale, transessuale, ecc. Sul problema dell'errore, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 34-35; M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in *www.articolo29.it*, § 7.

100 In senso contrario, L. EUSEBI, *Omofobia, quel testo un'arma impropria. Il tentativo di usare il diritto penale per imporre a tutti una diversa visione sociale*, in *L'Avvenire*, 23 luglio 2013, 6, secondo il quale «l'applicabilità dell'illecito penale ipotizzato esigerebbe indagini processuali sullo stile di vita sessuale delle parti offese, il che appare potenzialmente lesivo della riservatezza e, a sua volta, poco liberale». Analogamente, L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 142 nota 52.

soprattutto di adeguarsi alla fenomenologia delle aggressioni omofobe, a volte indirizzate verso persone «che ‘sembrano’ omosessuali sulla base di una rappresentazione stereotipica» (ragazze con i capelli corti, ragazzi con atteggiamenti effeminati, ecc.), oppure che hanno familiari apertamente omosessuali¹⁰¹.

Naturalmente, ai fini dell'applicazione della l. Reale e della l. Mancino non basta che la vittima sia o sembri straniera (oppure omosessuale, transessuale, ecc.), ma occorre verificare scrupolosamente la sussistenza dei motivi e delle finalità normativamente richieste¹⁰². Il giudice non è però tenuto – e probabilmente neppure legittimato – ad avventurarsi nei meandri della psiche del reo¹⁰³, dovendo piuttosto servirsi delle comuni regole di accertamento dell'elemento psicologico del reato, e quindi risalire da indici fattuali noti al dato psichico ignoto attraverso inferenze basate sull'*id quod plerumque accidit*¹⁰⁴.

Tale inferenza sarà agevole quando il compendio probatorio non consente ricostruzioni alternative del processo motivazionale del reo¹⁰⁵: difficile non riconoscere gli estremi dell'art. 3, l. Mancino, nel fatto di chi, in

101 Così, L. PIETRANTONI, G. PRATI, *Le dinamiche del pregiudizio e della discriminazione nei contesti scolastici*, in F. Batini, B. Santoni (a cura di), *L'identità sessuale a scuola. Educare alla diversità e prevenire l'omofobia*, Napoli, 2009, 207.

102 Chiarissima, a proposito della l. Reale, Cass., sez. III, 24 novembre 1998, n. 434, Solito, in *Riv. pen.*, 1999, 266.

103 Ciò vale sia per i motivi di cui alla l. Reale, sia per le finalità di cui alla l. Mancino. Diversamente, G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 113, sostiene che i motivi possono anche essere inconsci, e quindi di difficile apprezzamento processuale, mentre le finalità rinvierebbero a «indici fattuali dai quali sia possibile inferire, nella valutazione probatoria, una direzione lesiva del fatto». Tuttavia, anche la dottrina più propensa a valorizzare i motivi inconsci circoscrive tale assunto al capitolo della capacità a delinquere: così, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 468 e 495; A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, 83-84, 224-225, secondo il quale i motivi «assunti quali circostanze od elementi costitutivi» andrebbero accertati secondo parametri generalizzanti, a differenza dei motivi che esprimono la capacità a delinquere e la pericolosità. Più in generale, sulla tendenziale irrilevanza giuridica dei motivi inconsci, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 85 ss.; sottolineano «l'incompetenza del giudice a emettere giudizi attendibili sulle pulsioni inconscie del reo», G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 799.

104 Sulle massime di esperienza, sia consentito rinviare a G. GENTILE, *Struttura, oggetto e accertamento del dolo nella sentenza "ThyssenKrupp" delle Sezioni unite*, in *Riv. Nel Diritto*, 1/2015, 116, e qui i necessari riferimenti.

105 *Mutatis mutandis*, valgono le considerazioni di S. FIORE, *Il dolo*, in G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 58-59. Con riferimento alla l. Mancino, si veda F. BACCO, *Dalla dignità*

manca di altre ragioni che possano spiegare tale comportamento, molestare reiteratamente i propri vicini di colore, apostrofandoli con frasi del tipo «scimmie andate nella giungla», «scimmia sulla bici», «via di qui che puzzi», «brutto negro»¹⁰⁶.

Negli altri casi, si tratterà di un'operazione certamente delicata, ma non di una *probatio diabolica* che comporta la violazione del principio di determinatezza (in senso empirico), anche perché le situazioni ambigue, nelle quali il profilo soggettivo non è stato univocamente ricostruito, dovranno essere risolte a favore del reo, sulla base del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

5. Il riconoscimento di modelli alternativi al paradigma eterosessuale – e più precisamente all'unione potenzialmente procreativa tra un uomo biologicamente e psicologicamente maschio e una donna biologicamente e psicologicamente femmina – contrasta inevitabilmente con quelle norme etiche che, secondo gli insegnamenti del Magistero cattolico¹⁰⁷, sarebbero scritte da Dio nel cuore degli uomini: chi nega l'esistenza o la conoscibilità

all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici, in *Quad. cost.*, 2013, 838-839.

106 Così, Cass., sez. V, 2 marzo 2015, n. 25756, M.G.L.; cfr. anche Cass., sez. V, 15 maggio 2013, n. 25870, C. Tali sentenze sconfessano esplicitamente quell'orientamento che esigeva, ai fini della configurabilità dell'art. 3, l. Mancino, la prova dell'idoneità della condotta criminosa a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri un sentimento d'odio, o comunque a determinare il pericolo concreto di comportamenti discriminatori (così, Cass., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295, Paoletich, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1451; nel senso che questa impostazione avrebbe forzato il dato normativo, S. AMATO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso*, in *Crit. dir.*, 2006, 392; diversamente, M.T. TRAPASSO, *Il ruolo*, cit., 3843-3844). Allo stesso tempo, appare fortunatamente abbandonata anche l'ambigua affermazione che, in alcune situazioni, non conterebbe la «mozione soggettiva dell'agente» (Cass., sez. V, 20 gennaio 2006, Gregorat, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1455; Cass., sez. V, 9 luglio 2009, n. 38597, Finterwald, in *Cass. pen.*, 2010, 3832; criticamente, L. FERLA, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1468 ss.; M.T. TRAPASSO, *Il ruolo*, cit., 3841 ss.).

107 Una peculiare lettura delle fonti bibliche – va detto, non in linea con la posizione ufficiale della Chiesa (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi della Chiesa cattolica sulla cura pastorale delle persone omosessuali*, 1° ottobre 1986, § 4 ss., in www.vatican.va) – consente a L. TOMMASONE, *Cristianesimo e omosessualità*, appendice a M. GRAGLIA, *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2012, 8, di concludere che le «Scritture giudaico-cristiane non dedicano molta attenzione alla questione dell'omosessualità».

di tali norme «si avventura nelle sabbie mobili del relativismo etico»¹⁰⁸; chi le trasgredisce pregiudica la dignità della persona; l'ordinamento giuridico che non le accoglie perde la sua moralità¹⁰⁹.

Più specificamente, il Magistero non riconosce i cambiamenti di sesso¹¹⁰ e, pur deplorando «con fermezza che le persone omosessuali siano state e siano ancora oggetto di espressioni malevole e di azioni violente»¹¹¹, afferma che: a) «L'attività omosessuale non esprime un'unione complementare, capace di trasmettere la vita, e pertanto contraddice la vocazione a un'esistenza vissuta in quella forma di auto-donazione che, secondo il Vangelo, è l'essenza stessa della vita cristiana»¹¹²; b) di conseguenza, gli atti omosessuali «sono intrinsecamente disordinati», e non possono essere approvati in nessun caso¹¹³; c) anche «la particolare inclinazione della persona omosessuale, benché non sia in sé peccato, costituisce tuttavia una tendenza, più o meno forte, verso un comportamento intrinsecamente cattivo dal punto di vista morale», ed è quindi «oggettivamente disordinata»¹¹⁴; d) per questo motivo, tale inclinazione «non costituisce una qualità paragonabile alla

108 GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae*, 25 maggio 1995, § 20, in www.vatican.va.

109 Sul punto, M. PAOLINELLI, *Relativismo etico*, in AA.VV., *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa. Scienze sociali e Magistero*, Milano, 2004, 543 ss., e qui gli opportuni riferimenti testuali.

110 Si legge infatti nel § 2333 del *Catechismo della Chiesa cattolica*, in www.vatican.va, che «Spetta a ciascuno, uomo o donna, riconoscere ed accettare la propria identità sessuale». Cfr. anche il *Discorso del Santo Padre Benedetto XVI alla Curia romana in occasione della presentazione degli auguri natalizi*, 22 dicembre 2008, in www.vatican.va: «Non è una metafisica superata, se la Chiesa parla della natura dell'essere umano come uomo e donna e chiede che quest'ordine della creazione venga rispettato». Prima che ascendesse al soglio pontificio come Benedetto XVI, fu chiesto all'allora Prefetto della Congregazione della fede Joseph Ratzinger se fosse possibile ammettere al sacramento del matrimonio un uomo che aveva completato la transizione verso l'altro sesso: il teologo rispose che tale persona era «solo fenotipicamente» di sesso femminile, ma restava biologicamente maschio, e quindi non poteva contrarre matrimonio, perché nel caso contrario si sarebbe sposato con una persona che apparteneva «biologicamente al proprio sesso» (così, J. RATZINGER, *Schreiben der Kongregation für die Glaubenslehre vom 28. Mai 1991 an den vorsitzenden der deutschen Bischofskonferenz zur Eheschliessung von Transsexuellen*, in *De processibus matrimonialibus*, 1995, 315).

111 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 10.

112 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 7.

113 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Persona humana. Alcune questioni di etica sessuale*, 29 dicembre 1975, § 8, in www.vatican.va.

114 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 3.

razza, all'origine etnica, ecc. rispetto alla non discriminazione»¹¹⁵; e) del resto, la «maggioranza delle persone a tendenza omosessuale che cercano di condurre una vita casta non rende pubblica la sua tendenza sessuale», sicché «il problema della discriminazione in termini di impiego, alloggio, ecc. normalmente non si pone»¹¹⁶; f) in ogni caso, vi sarebbero «ambiti nei quali non è ingiusta discriminazione tener conto della tendenza sessuale: per esempio, nella collocazione di bambini per adozione o affido, nell'assunzione di insegnanti o allenatori di atletica, e nel servizio militare»¹¹⁷; g) per lo stesso motivo, il principio del rispetto e della non discriminazione di ogni persona non potrebbe essere invocato a sostegno della legalizzazione delle unioni omosessuali, in quanto negare «lo statuto sociale e giuridico di matrimonio a forme di vita che non sono né possono essere matrimoniali non si oppone alla giustizia, ma, al contrario, è da essa richiesto»¹¹⁸; h) ovviamente, non possono essere ammessi al Seminario e agli Ordini sacri «coloro che praticano l'omosessualità, presentano tendenze omosessuali profondamente radicate o sostengono la cosiddetta cultura gay»¹¹⁹; i) in conclusione, non vi sarebbe un diritto all'omosessualità, né quest'ultima dovrebbe costituire la base per rivendicazioni giudiziali¹²⁰.

L'idea che esistano regole naturali universalmente valide, al quale ogni buon legislatore dovrebbe adeguarsi¹²¹, non è ovviamente pacifica¹²². Al Magistero cattolico e alle dottrine del diritto naturale si contrappongono etiche

115 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni concernenti la risposta a proposte di legge sulla non discriminazione delle persone omosessuali*, 23 luglio 1992, § 10, in www.vatican.va.

116 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 14.

117 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 11.

118 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, 3 giugno 2003, § 8, in www.vatican.va.

119 CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, *Istruzione della Congregazione per l'Educazione Cattolica circa i criteri di discernimento vocazionale riguardo alle persone con tendenze omosessuali in vista della loro ammissione al Seminario e agli Ordini sacri*, 4 novembre 2005, § 2, in www.vatican.va.

120 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 13.

121 Così, M. RONCO, *Il diritto al servizio della vita o contro la vita?*, in *Cristianità*, 2005, § 1: «Non è vera legge, ma sua corruzione, quella statuizione dello Stato che contraddica la verità della legge morale e che prescinda dal bene dell'uomo».

122 Per un'introduzione al dibattito, basti rinviare a F. VIOLA, *Come la natura diventa norma*, e a L. PATRUNO, *L'oscuro fondamento del diritto di natura*, entrambi in *Dir. pubb.*, 2011, rispettivamente 147 ss., 169 ss. Netamente contrario al ricorso al diritto naturale, G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 40 ss.

che possono anche definirsi «relativistiche» perché non poggiano sui rassicuranti parametri immutabili della *recta ratio*, ma che non per questo sconfinano in un esasperato soggettivismo¹²³. Ciò in quanto l'esistenza di visioni del mondo diverse (*relativismo descrittivo*) è una questione di fatto che non implica né l'impossibilità di valutazioni oggettive (*relativismo metaetico*), né tanto meno il dovere di assumere a unico parametro di giudizio il proprio orizzonte morale, o quello della comunità in cui si vive (*relativismo normativo*)¹²⁴. In altri termini, il pluralismo etico, che di fatto esiste, non impedisce di ricercare parametri valutativi oggettivi, anche se non immutabili¹²⁵.

Inoltre, il ricorso all'argomento del diritto naturale – sia esso declinato in termini teologici o razionalistici¹²⁶ – deve tener conto del principio di laicità¹²⁷, che vieta al legislatore di ergersi a paladino di una determinata istanza religiosa o morale, a meno che non sussistano buone ragioni per farlo¹²⁸.

Beninteso, il diritto non è assiologicamente neutro¹²⁹, men che meno quello penale, che è il ramo dell'ordinamento più sensibile al contesto

123 M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2015, 71 ss.

124 Per tutti E. DICIOTTI, *I diritti umani tra universalismo e relativismo*, in AA. VV., *Studi in onore di Remo Martini*, Milano, 2008, 889 ss. Per un inquadramento filosofico al tema, S.M. MAGNI, *Che cos'è il relativismo morale*, Roma, 2015, 28 ss.

125 Come ricorda G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005, 126, l'universalità dei giudizi morali va distinta dalla loro «assolutizzazione metafisica».

126 Sulle diverse anime del giusnaturalismo, cfr. per tutti G. M. LABRIOLA, *Giusnaturalismo*, in U. Pomarici (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, 2007, 261 ss.

127 Sulla laicità quale rifiuto del paradigma giusnaturalistico, si veda la ricostruzione di L. FORNI, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, Milano, 2010, 278 ss. In senso contrario, lega la laicità allo *ius naturale*, G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Milano, 2007, 160 ss.

128 Osserva A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 84, che il concetto di laicità non bandisce dal diritto le istanze morali, ma «va piuttosto correttamente inteso nel senso che la morale, l'etica ed il sentimento religioso non possono essere le uniche fonti di legittimazione».

129 Sul punto, cfr. tra gli altri, M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1392 ss.; L.-J. CONSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, Torino, 2003, 274 ss.; G. DELLA TORRE, *Laicità: un concetto giuridicamente inutile*, in *Persona y Derecho*, 2005, 155-156; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 16; M. CARTABIA, *Avventure giuridiche*, cit., 63; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2015, 23.

sociopolitico di riferimento¹³⁰. Qualunque opzione legislativa sottintende l'adesione a un valore, anche quella di non decidere, perché un atteggiamento astensionistico implica l'approvazione di quei valori che si sono già affermati nella prassi¹³¹. Da questo punto di vista, a chi rimprovera alla proposta in esame che un diritto laico non dovrebbe riconoscere «sul piano legale, come caratteristiche proprie dell'umano, il fatto che ciascuno *si dia* un orientamento sessuale e il fatto che esista una *identità di genere* indipendente dal sesso biologico»¹³² potrebbe replicarsi che anche l'opzione astensionista non sarebbe neutrale rispetto alle prospettive antropologiche in discussione, perché avallerebbe il paradigma eterosessuale che informa gran parte della legislazione vigente¹³³.

Un diritto autenticamente laico tende a includere il maggior numero di valori possibile¹³⁴, eccetto quelli incompatibili con le sue linee di fondo¹³⁵,

130 Per tutti, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente orientati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 116-117, e qui altri riferimenti, ai quali si aggiunga almeno S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 24.

131 S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 154, il quale chiosa che in questo modo «si incrina il mito della necessaria avalutatività del diritto, continuamente alimentato dal *milieu* liberale». Cfr. anche G. DELLA TORRE, *Laicità*, cit., 144; M.B. MAGRO, *Etica laica*, cit., 1397-1398.

132 L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6, riferendosi alla norma definitoria originariamente contenuta nella proposta in esame (cfr. § 2). Analogamente, F. PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 marzo 2015, 29. È appena il caso di ricordare che la distinzione tra identità di genere e sesso biologico è il presupposto della l. 16 aprile 1982, n. 164 (ritenuta conforme a Costituzione da Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, 1173 ss.)

133 Su tale paradigma, A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Udine, 2011, 35 ss.; cfr. anche A. GASPARINI, C. LA TORRE, S. GORINI, M. RUSSO, *Homophobia in the Italian Legal System: File not Found*, in L. Trappolini, A. Gasparini, R. Wintemute (a cura di), *Confronting Homophobia in Europe. Social and Legal Perspectives*, Oxford and Portland, 2012, 139 ss., 144 ss., con riferimenti, tra l'altro, al diritto dell'immigrazione e della scuola.

134 G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 275 ss., p. 355 ss.; A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2012, 133; volendo, G. GENTILE, *Un'aggravante per i reati culturalmente motivati? Riflessioni critiche sulla proposta di legge Sbai*, in L. Stortoni, S. Tordini Cagli (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, Bologna, 2012, 76-77.

135 Ad esempio, la Costituzione è «intollerante nei confronti degli intolleranti», perché non ammette l'utilizzo della violenza nella dialettica politico-sociale (art. 18,

e in seconda battuta giustifica la prevalenza riconosciuta a un valore con argomenti che prescindano dall'adesione a una determinata visione religiosa o morale: per fare un esempio¹³⁶, il divieto di uccidere è un precetto sia religioso, sia morale, ma la legittimità del reato di omicidio può (e deve) essere razionalmente argomentata su altre basi, che nel nostro sistema danno corpo al principio di offensività¹³⁷.

6. Il pluralismo etico che caratterizza i temi in esame impone al diritto una scelta di campo, non potendo il paradigma eterosessuale propugnato dal Magistero cattolico convivere con il riconoscimento di identità sessuali alternative. Per comprendere la posizione del nostro ordinamento giuridico occorre rivolgersi ai principi sanciti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali¹³⁸. Esaminiamoli nel dettaglio.

Di tutte le componenti dell'identità sessuale, la nostra Carta fondamentale menziona esclusivamente il sesso (art. 3; art. 51 Cost.), ma ciò non ha impedito alla Corte costituzionale di integrare il catalogo dei diritti esplicitamente garantiti dalla Costituzione attraverso l'art. 2 Cost, letto nella sua duplice dimensione individuale e intersoggettiva¹³⁹. In questo modo, sono stati progressivamente riconosciuti: a) il diritto delle persone transessuali «di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritene-

art. 49 e XII disp. trans. fin.): così, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 3/2013, 78. Sulla laicità quale contesto di discussione «all'interno delle coordinate disegnate dall'intollerabile condiviso», si veda G. LIMONE, *Il pensiero costituente come pensiero radicale*, in V. Baldini (a cura di), *Multiculturalismo*, Padova, 2012, 45.

136 Che si ritrova in A. MANNA, *Corso*, cit., 84, e in P. TINCANI, *Principio del danno e omosessualità*, in *Dir. quest. pubb.*, 2015, 55.

137 Sull'offensività quale derivato della laicità, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 447 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 309 ss.

138 Si veda, da ultimo, T. MAZZARESE, *Diritto, diritti, coppie omosessuali*, in *Dir. quest. pubb.*, 2015, 13 ss. Sulla Costituzione quale «sistema di valori positivizzati», autorevolmente A. RUGGERI, *Dignità*, cit., 132; cfr. anche G. CARBONI, *Diritto ed etica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1244 ss.; per alcuni spunti sui principi costituzionali quali parametri valutativi, volendo, G. GENTILE, *Homophobia between Culture and Criminal Law*, in AA. VV., *Bioethical Issues*, cit., 220 ss.; G. GENTILE, *Un'aggravante*, cit., 75 ss.

139 Infatti, la «'persona'», per non scadere a 'individuo'» va considerata anche nella sua «apertura sociale»: così, A. BARBERA, *Art. 2*, in AA. VV., *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 106.

re aspetto e fattore di svolgimento della personalità»¹⁴⁰; b) il «diritto soggettivo assoluto» al libero esercizio della sessualità, che costituisce «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»¹⁴¹; c) «il diritto fondamentale» delle persone omosessuali «di vivere liberamente una condizione di coppia», nella cornice di una stabile convivenza regolata dalla legge¹⁴².

Anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da ora Cedu) non presenta riferimenti normativi espliciti alle componenti dell'identità sessuale diverse dal sesso, ma secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (da ora Corte Edu) l'orientamento sessuale e l'identità di genere sono dimensioni particolarmente intime della vita privata (art. 8 Cedu)¹⁴³, e pertanto devono essere poste al riparo da ingerenze statali, a meno che non sussistano ragioni molto serie¹⁴⁴. Su questa base, si sarebbe formato un «consenso europeo sulle questioni relative al trattamento delle minoranze sessuali» tale da comprimere il potere dei Paesi aderenti alla Cedu¹⁴⁵, ad

140 Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161, cit., 1186-1887. Su questa importante sentenza, cfr. per tutti L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una prospettiva comparata*, in www.federalismi.it, 5 ss., e A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 34 ss. Più di recente, Corte cost., 20 ottobre 2015, n. 221, § 4, in *Giur. cost.*, 2015, 2051, con note di L. FERRARO e di C. TOMBA, ha affermato che il diritto all'identità di genere, in quanto elemento costitutivo dell'identità personale, rientra «a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona».

141 Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Foro it.*, 1989, I, 2118, con nota di L. MANNELLI.

142 Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 1624, con nota di R. ROMBOLI. Il passaggio è ripreso da Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Giur. cost.*, 2014, 2702 ss., con nota di F. SAITTO.

143 Per quanto riguarda l'orientamento sessuale, si vedano Corte Edu, *Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, 19 febbraio 1997, § 36; Corte Edu, *Smith and Grady v. The United Kingdom*, 27 settembre 1999, § 90; Corte Edu, *L. and V. v. Austria*, 9 gennaio 2003, § 36. Sull'identità di genere, cfr. invece Corte Edu, *Goodwin v. The United Kingdom*, 11 luglio 2002, § 77; Corte Edu, *E.B. v. France*, 22 gennaio 2008, § 43. Tutte le sentenze della Corte Edu sono reperibili sul sito <http://hudoc.echr.coe.int>.

144 Su questo principio, cfr. Corte Edu, *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 ottobre 1981, § 52; Corte Edu, *Smith and Grady v. The United Kingdom*, 27 settembre 1999, § 89-90; Corte Edu, *A.D.T v. the United Kingdom*, 31 luglio 2000, § 37; Corte Edu, *S.L. v. Austria*, 9 gennaio 2003, § 30.

145 Così, Corte Edu, *Alekseyev v. Russia*, 21 ottobre 2010, § 83. Sul c.d. margine nazionale di apprezzamento, che riguarda le circostanze in cui i diritti sanciti dalla Cedu possono essere limitati dagli Stati, cfr. per tutti A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 350 ss.

esempio impedendo loro di incriminare i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti¹⁴⁶, oppure di differenziare l'età del consenso ai rapporti sessuali in funzione dell'orientamento¹⁴⁷, o ancora di escludere le persone omosessuali dalle forze armate¹⁴⁸. Laddove un consenso europeo manchi, e correlativamente la discrezionalità degli Stati sia più ampia, spetta comunque alle minoranze sessuali la libertà di identificarsi pubblicamente come tali e di manifestare pacificamente a favore di diritti non ancora riconosciuti, ad esempio quelli all'adozione e al matrimonio¹⁴⁹. A quest'ultimo proposito, gli Stati hanno la facoltà, ma non l'obbligo di estendere tale istituto alle coppie omosessuali¹⁵⁰. Nondimeno, l'assenza di una qualsivoglia regolamentazione in materia di unioni tra persone dello stesso sesso può implicare la violazione dell'art. 8 Cedu¹⁵¹, *sub specie* di mancato rispetto della vita familiare¹⁵². Inoltre, la competenza degli Stati a legiferare in materia di famiglia incontra un limite nel principio di non discriminazione sancito

146 Così, Corte Edu, *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 ottobre 1981, § 41 ss.; Corte Edu, *Norris v. Ireland*, 26 ottobre 1988, § 35 ss.; Corte Edu, *Modinos v. Cyprus*, 22 aprile 1993, § 17 ss.

147 Il principio è stato sancito da Corte Edu, *L. and V. v. Austria*, 9 gennaio 2003, § 34 ss., e da Corte Edu, *S.L. v. Austria*, 9 gennaio 2003, § 27 ss., relative alla legislazione austriaca, che puniva i rapporti sessuali con minori consenzienti di età compresa tra i 14 e i 18 anni solo se posti in essere tra maschi.

148 I *leading cases* sono Corte Edu, *Smith and Grady v. The United Kingdom*, 27 settembre 1999, § 69 ss.; Corte Edu, *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, 27 settembre 1999, 62 ss., in merito ad alcune linee-guida delle Forze armate del Regno Unito, le quali stabilivano che l'«omosessualità, sia maschile che femminile, è incompatibile con il servizio».

149 Corte Edu, *Alekseyev v. Russia*, 21 ottobre 2010, § 84, che ha condannato la Russia ai sensi degli articoli 11, 13 e 14 Cedu per aver vietato lo svolgimento di manifestazioni dell'orgoglio omosessuale.

150 A partire dalla sentenza *Schalk and Kopf v. Austria*, 14 giugno 2010, § 60 ss., la Corte di Strasburgo ha infatti riletto l'art. 12 Cedu, che riconosce il diritto di sposarsi a «uomini e donne», alla luce dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che in maniera più neutra sancisce il «diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia» proprio per non precludere agli Stati la facoltà di ammettere al matrimonio le coppie omosessuali.

151 Corte Edu, *Oliari and others v. Italy*, 21 luglio 2015, § 165 ss.

152 Sul progressivo riconoscimento della qualifica di famiglia alle unioni omosessuali, si vedano M. C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, 89 ss.; G. VIGGIANI, *La resilienza dell'eteronormatività nell'interpretazione degli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Mat. st. giur. mod.*, 2015, 94 ss.

dall'art. 14 Cedu, che si estende anche agli ambiti dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, sebbene non li menzioni espressamente¹⁵³.

L'orientamento sessuale trova invece un riconoscimento normativo espresso nel quadro istituzionale dell'Unione europea. Infatti, l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, tra l'altro, sul sesso e sull'orientamento sessuale¹⁵⁴; inoltre, l'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea impegna l'Unione a modulare le sue politiche e le sue azioni in vista della lotta contro tali discriminazioni, e l'art. 19 del medesimo Trattato attribuisce al Consiglio il potere di adottare i provvedimenti opportuni¹⁵⁵.

Il principio di non discriminazione ha trovato applicazione in alcune sentenze della Corte di Giustizia (da ora CGUE)¹⁵⁶, e ha fornito la base giuridica alla direttiva 2000/78/CE, che al fine di garantire la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro vieta le discriminazioni di-

153 L'elencazione contenuta nell'art. 14 Cedu è infatti esemplificativa, e non esaustiva (per tutte, Corte Edu, *Engels and others v. The Netherlands*, 8 giugno 1976, § 72). Contrasta pertanto con il principio di non discriminazione il negare la custodia di una figlia al padre omosessuale in ragione del suo orientamento (Corte Edu, *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, 21 dicembre 1999, § 36), il rifiutare l'adozione a una donna che abbia una relazione sentimentale con un'altra donna, concedendola invece ai *singles* (Corte Edu, *E.B. v. France*, 22 gennaio 2008, § 96), non concedere al convivente omosessuale il diritto di subentrare nel contratto di locazione stipulato dal partner deceduto (Corte Edu, *Karner v. Austria*, 24 luglio 2003, § 42), predisporre un modello legislativo di unione civile accessibile alle sole coppie eterosessuali (Corte Edu, *Vallianatos and others v. Greece*, 7 novembre 2013, § 92), o ancora negare al partner dello stesso sesso il permesso di soggiorno per motivi familiari (Corte Edu, *Taddeucci et McCall C. Italie*, 30 giugno 2016, § 83 ss.).

154 E non sulle «tendenze sessuali», come erroneamente si legge in alcune traduzioni italiane della Carta: la versione inglese parla infatti di *sexual orientation*, quella francese di *orientation sexuelle*, quella tedesca di *sexuelle Ausrichtung*, quella spagnola di *orientación sexual*, ecc.

155 Una più dettagliata esposizione del quadro normativo, anche in una prospettiva dinamica, in E. ELLISS, P. WATSON, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford-New York, 2012, 8 ss.

156 CGUE, *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, 27 aprile 2006, C-423/04; CGUE, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1° aprile 2008, C-267/06; CGUE, *Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 maggio 2011, C-147-08, tutte in tema di benefici pensionistici. In precedenza, cfr. *P. v. S.*, 30 aprile 1996, C-13/94, che ha esteso alle persone transessuali la tutela prevista contro i licenziamenti discriminatori in ragione del sesso. Su tali sentenze, M. C. VITUCCI, *La tutela*, cit., 104 ss.; in precedenza, D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto: un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, 233 ss.

rette e indirette legate, tra l'altro, al sesso e all'orientamento sessuale¹⁵⁷: nelle prime, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattato un altro soggetto in una situazione analoga, e ciò in ragione di una delle caratteristiche protette dalla direttiva (ad esempio, il dichiarare pubblicamente che non si assumeranno persone omosessuali le discrimina, perché costoro rinunceranno a presentare le loro candidature¹⁵⁸); le seconde, invece, si basano su posizioni, criteri o prassi apparentemente neutri, ma comunque in grado di determinare una posizione di svantaggio, e non oggettivamente giustificabili (ad esempio, un limite minimo di altezza per l'accesso a un concorso pubblico potrebbe sfavorire le donne¹⁵⁹).

Tale divieto di discriminazione non è stabilito in termini assoluti, perché gli Stati membri hanno la facoltà di autorizzare le disparità di trattamento basate sull'età o su una caratteristica che costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa¹⁶⁰. Inoltre, le c.d. organizzazioni di tendenza, che svolgono attività improntate a una determinata visione del mondo, possono legittimamente discriminare chi non la condivide, a condizione che l'elemento religioso o ideologico sia un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento della mansione lavorativa¹⁶¹.

157 Di nuovo, la traduzione italiana della direttiva parla erroneamente di tendenze sessuali.

158 Nel caso deciso in *CGUE, Associatia Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 aprile 2013, C-81/12, si trattava di un dirigente di una squadra calcistica che aveva pubblicamente dichiarato di preferire l'ingaggio di un calciatore proveniente dai vivai giovanili a quello di un giocatore (presunto) omosessuale. Nella giurisprudenza italiana, cfr. Trib. Bergamo-sez. Lavoro, 6 agosto 2014, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford c. Carlo Taormina, e Corte app. Brescia – sez. Lavoro, 11 dicembre 2014, Carlo Taormina c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford (entrambe disponibili in www.asgi.it), relative a un noto avvocato che, durante un'intervista radiofonica, aveva più volte dichiarato di non volere nel suo studio collaboratori omosessuali.

159 Sulla specifica questione, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2013, 191-192.

160 Ad esempio, ai sensi dell'art. 3, d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216, è legittimo impedire alle persone condannate in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile di curare, assistere, istruire ed educare persone minorenni. A seguito dell'avvio della procedura di infrazione n. 2006/2441, *Commissione c. Italia*, è stata invece abrogata la clausola che consentiva di valutare le caratteristiche connesse alla religione, alle opinioni personali, all'handicap e all'orientamento sessuale di una persona nei casi in cui le stesse assumessero «rilevanza ai fini dello svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare».

161 Per approfondimenti, cfr. A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele*, Padova, 2010, 198 ss. La legittimità degli obblighi di fedeltà

Tirando le fila, e tralasciando i problemi di coordinamento tra i diversi sistemi normativi¹⁶², si è tratteggiato uno scenario costituzionale nel quale l'omosessualità e il transessualismo non sono condizioni da stigmatizzare, ma al contrario costituiscono il referente di alcuni diritti fondamentali che il legislatore ha l'obbligo di tutelare¹⁶³: il diritto all'identità di genere; il diritto al libero esercizio della sessualità; il diritto delle persone omosessuali a vivere una relazione di coppia disciplinata dalla legge; in alcuni contesti, il diritto di non subire discriminazioni irragionevoli; il diritto di esternare pubblicamente la propria identità sessuale, anche per pretendere ulteriori diritti attualmente non riconosciuti.

Tale scenario disattende gran parte degli insegnamenti del Magistero cattolico¹⁶⁴, che allo scopo di difendere «la libertà e la dignità della persona»¹⁶⁵ chiede alle persone omosessuali di reprimere la loro sessualità¹⁶⁶, avverte che in caso contrario sarebbe «non solo lecito ma obbligatorio» limitarne i diritti¹⁶⁷, e afferma che in particolari ambiti «non è ingiusta discriminazione tener conto della tendenza sessuale: per esempio, nella collocazione di bambini per adozione o affido, nell'assunzione di insegnanti o allenatori di atletica, e nel servizio militare»¹⁶⁸.

Chi è vicino alle posizioni della Chiesa cattolica ha denunciato l'«ideologia postmoderna dei 'diritti umani'», che esalta l'autodeterminazione assoluta dell'individuo e non concepisce il diritto quale «facoltà pertinente al soggetto per il solo fatto di essere persona, affinché esso realizzi il bene consentaneo alla sua natura di ente razionale capace di conoscere il vero e di attuare il buono e il giusto»¹⁶⁹.

rafforzati nei confronti delle organizzazioni di tendenza è stata avallata anche da Corte Edu, *Fernández Martínez v. Spain*, 12 giugno 2014, § 128 ss.

162 Sui quali si veda almeno S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 3/2013, 242 ss.

163 Beninteso, non si sta ancora parlando di tutela penale (cfr. § 7).

164 Cfr. § 5.

165 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 7.

166 Si legga il § 2359 del *Catechismo della Chiesa cattolica*, e in dottrina L. MORASUTO, *Omofobia e medioevo*, in *Genius*, 1/2015, 69.

167 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 12.

168 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 11.

169 M. RONCO, *La tutela penale della persona e le ricadute giuridiche dell'ideologia del genere*, in F. D'Agostino (a cura di), *Identità*, cit., 65. Segnala «il carattere controverso e purtroppo decisamente ambiguo che ha assunto negli ultimi decenni la teoria dei diritti umani», F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, cit., 98.

I diritti umani diventano così terreno di scontro¹⁷⁰, e non più la «lingua franca del pensiero morale globale»¹⁷¹, confermando l'esattezza del rilievo reso celebre da Maritain, e cioè che sui diritti si è tutti d'accordo «a condizione che non ci si domandi il perché. Col perché comincia la disputa»¹⁷².

Nel nostro caso, dovrebbe essere ormai chiaro che la disputa si gioca sul piano morale¹⁷³. Da un lato, si afferma che l'orientamento sessuale e l'identità di genere si radicano nella dimensione più intima della persona, e che spetta a quest'ultima decidere come viverli¹⁷⁴; dall'altro, si replica che l'uomo ha «nel suo cuore una legge scritta da Dio; obbedire ad essa è la dignità stessa dell'uomo»¹⁷⁵.

In altri termini, si ripresenta la nota ambivalenza della nozione di dignità umana¹⁷⁶, che assume una dimensione soggettiva o oggettiva a seconda del suo referente, e cioè rispettivamente il punto di vista della persona oppure le sue caratteristiche universali, in quanto tali sottratte all'autonomia individuale: nel secondo caso, si perde «il potere di definizione sulla propria dignità», e quest'ultima si converte nella pretesa di un comportamento (oggettivamente) dignitoso¹⁷⁷.

170 Così, M. MORI, *Manuale*, cit., 396.

171 Riprendendo il noto parallelo di M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, 55, tra il lessico dei diritti umani e l'inglese, «lingua franca dell'economia globale».

172 J. MARITAIN, *Introduzione*, in AA.VV., *I diritti dell'uomo. Testi raccolti dall'Unesco*, Milano, 1960, 12, riferisce che questa frase sarebbe stata pronunciata durante una riunione di una Commissione nazionale dell'Unesco, come risposta a chi si era meravigliato che tutti si fossero trovati d'accordo sull'elenco dei diritti.

173 Che l'identificazione dei principi costituzionali presupponga il ricorso ad argomentazioni morali, e ne sia pertanto influenzata, è messo in luce da G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1400 ss.

174 Libertà che, come sappiamo (cfr. § 3), non va confusa con un volontarismo assoluto.

175 *Costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo Gaudium et Spes*, 7 dicembre 1965, § 16, in www.vatican.va. Di conseguenza, quando «respinge le dottrine erronee riguardanti l'omosessualità, la Chiesa non limita ma piuttosto difende la libertà e la dignità della persona, intese in modo realistico e autentico» (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 7).

176 Tra gli altri, G. BECCHI, *Dignità umana*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Torino, 2012, 158 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 241 ss.; A. RUGGERI, *Dignità*, cit., 137; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 9 ss.

177 K. SEELMAN, *Filosofia del diritto*, Napoli, 2006, 257-258, concludendo che una «tale interpretazione della dignità umana corre il rischio di proteggere una determinata immagine dell'uomo».

Il carattere indefinito della dignità umana spiegherebbe le ragioni del suo successo¹⁷⁸, testimoniato dai numerosi documenti che la evocano¹⁷⁹, e tale duttilità le consentirebbe di adeguarsi ai diversi sistemi giuridici, assumendo un contenuto e un carattere giuridicamente vincolante che «non è avulso, ma discende e dipende, dalla tavola e dalla gerarchia di valori proprie di ciascuna cultura»¹⁸⁰. Di conseguenza, le due dimensioni – soggettiva e oggettiva – della dignità non si escluderebbero a vicenda, perché entrambe costitutive del paradigma, e rappresenterebbero «il precipitato storico della diversa tipologia di problemi con i quali l'ordinamento giuridico si è trovato volta per volta a confrontarsi»¹⁸¹.

Anche la nostra Costituzione, che accoglie sia il principio di autodeterminazione (dal quale deriva la libertà di progettare le proprie esperienze di vita come meglio si crede) sia il principio solidaristico (che invece impone il dovere di considerare le esigenze degli altri) non avrebbe definitivamente risolto la dialettica tra dignità soggettiva e dignità oggettiva¹⁸². La questione andrebbe affrontata caso per caso, tenendo conto della situazione concreta da disciplinare, e l'operatore giuridico dovrebbe stabilire «se la dignità stessa sia o no ferita nelle singole esperienze di vita» alla luce di «*consuetudini sociali diffuse di riconoscimento*», ossia di parametri morali storicamente determinati che si differenziano dagli apprezzamenti arbitrari del singolo perché raccolgono un diffuso consenso razionale¹⁸³, e allo stesso tempo traggono forza dalla loro recezione giurisprudenziale¹⁸⁴.

178 Così, per tutti, G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 558-559.

179 Accurate rassegne in G. RESTA, *Dignità*, cit., 5 ss.; C. DRIGO, *La dignità umana*, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2014, 166 ss.; E. RIPEPE, *Sulla dignità umana*, in E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino, 2014, 2 ss.

180 Così, E. RIPEPE, *Sulla dignità umana*, cit., 20. Sulla dimensione storicamente determinata della dignità, cfr. W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 135 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni*, cit., 560; C. DRIGO, *La dignità umana*, cit., 162; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto*, Bologna, 2015, 32-33.

181 G. RESTA, *Dignità*, cit., 14.

182 A. RUGGERI, *Dignità*, cit., 146.

183 Direbbe R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 2010, 358 ss., che la convinzione morale va intesa in senso «discriminatorio» e non «antropologico», in modo da distinguere le posizioni che possono vantare a loro sostegno buone ragioni da quelle fondate su pregiudizi, avversioni, razionalizzazioni, ecc.

184 A. RUGGERI, *Dignità*, cit., 149 ss., il quale però precisa che alcuni tratti della dignità umana sono assoluti e universali. Cfr. anche O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 357, il quale osserva

Il problema è che, in assenza di referenti legislativi, l'onere di tali delicate operazioni valutative ricade sulle Corti supreme. Il consentire a organi non elettivi il potere di compiere scelte eticamente connotate in grado di vincolare il Parlamento, e in generale tutta la collettività, solleva diversi interrogativi¹⁸⁵, soprattutto quando tali organi sono chiamati a pronunciarsi su diritti privi di un fondamento testuale esplicito.

Forse è per compensare questo *deficit* di legittimazione democratica che le Corti supreme hanno spesso collegato il riconoscimento dei diritti legati all'identità sessuale all'evoluzione della morale¹⁸⁶, nel corso degli anni sempre più aperta nei confronti delle minoranze sessuali¹⁸⁷.

Ciò è particolarmente evidente nella giurisprudenza della Corte Edu¹⁸⁸, ad esempio quando si è trattato di dichiarare l'illegittimità delle leggi che punivano i rapporti omosessuali¹⁸⁹, oppure quando si è estesa la nozione di famiglia alle coppie omosessuali¹⁹⁰, o ancora quando si è dichiarato che il genere non può essere determinato sulla scorta di criteri puramente biologici¹⁹¹. Addirittura, nella recente sentenza *Oliari c. Italia*, che ha condannato il nostro Paese per non aver adottato una legislazione sulle unioni omosessuali, si è fatto riferimento ai «sentimenti della maggioranza della popola-

che il rispetto del precedente sottrae spazio alle valutazioni morali (e quindi le oggettività), «perché lega la pronuncia giudiziale a parametri predeterminati, rafforzandone la legittimazione e l'accettazione».

185 Interrogativi che riguardano la legittimazione democratica dei Giudizi costituzionali, la loro competenza specifica nel ragionamento morale, la possibilità stessa di accedere ai valori: in merito, si veda l'approfondita messa a punto di O. CHessa, *I giudici*, cit., 103 ss., 279 ss; sul rapporto tra Costituzione e valori, basti il rinvio a G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, che offre un ottimo quadro dialettico del dibattito.

186 Già Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161, cit., 1184, fece salva la l. 164/1982, recante la disciplina del transessualismo, collocandola «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale». Non si dimentichi che, prima dell'intervento legislativo, la stessa Corte aveva negato l'esistenza del diritto all'identità di genere (Corte cost., 26 luglio 1979, n. 98, in *Giur. cost.*, 1979, 719 ss.).

187 Alcuni dati statistici dimostrerebbero che, a livello europeo, prevale l'accettazione sociale dell'omosessualità: così, F. PESCE, *Omofobia*, cit., 34-35.

188 Criticata da G. VIGGIANI, *La resilienza*, cit., 86, perché fungerebbe da «strumento di ratifica della morale dominante nel Consiglio d'Europa». Quanto detto nel testo invita però a chiedersi se l'atteggiamento della Corte Edu sia dettato solamente dal conservatorismo.

189 Corte Edu, *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 ottobre 1981, § 60.

190 Corte Edu, *Schalk and Kopf v. Austria*, 14 giugno 2010, § 93.

191 Corte Edu, *Goodwin v. The United Kingdom*, 11 luglio 2002, § 90 ss.

zione italiana», ricostruiti attraverso alcune indagini statistiche dalle quali emergerebbe «l'accettazione popolare delle coppie omosessuali, come pure un supporto popolare al loro riconoscimento e alla loro protezione»¹⁹².

Il tema dei diritti umani, e del loro fondamento¹⁹³, richiederebbe ben altri approfondimenti, impossibili in questa sede. Ai nostri fini basti, da un lato, aver tracciato il quadro dei diritti umani inerenti all'identità sessuale¹⁹⁴; dall'altro, aver evidenziato la premessa morale sottintesa a tale quadro, e cioè l'idea che ognuno deve essere libero di esprimere la propria identità di genere e il proprio orientamento sessuale, e non l'identità o l'orientamento che oggettivamente si ritengono giusti o naturali¹⁹⁵. Il dibattito sulla razionalità morale di tale premessa resta ovviamente aperto¹⁹⁶.

192 Corte Edu, *Oliari and others v. Italy*, § 181. Si allude all'indagine sulle *Discriminazioni in base al genere, all'orientamento sessuale e all'appartenenza etnica* condotta dall'ISTAT nel 2011, e pubblicata il 17 maggio 2012, il cui report *La popolazione omosessuale in Italia* può leggersi in www.istat.it. Sulle precedenti indagini empiriche, cfr. S. COSTANTINO, *Criminalità e devianze. Società e divergenze, mafie e Stati nella seconda modernità*, Roma, 2004, 195 ss.

193 Ammesso che si riesca a sfuggire al c.d. trilemma di Münchhausen, secondo il quale la ricerca del fondamento ultimo conduce a tre possibili esiti, tutti paragonabili all'espedito del fantasioso Barone di tirarsi fuori dalla palude afferrandosi per il codino: il regresso all'infinito; il circolo vizioso; l'interruzione arbitraria della ricerca (su tale trilemma, e sulle strategie di superamento, per tutti K. SEELMAN, *Filosofia*, cit., 192 ss.). Ravvisa nel rapporto tra sovranità e diritti fondamentali un fondamento aporetico, essendo «la forza stessa la fonte e il riconoscimento del proprio contraddittore», G. LIMONE, *Il sacro come la contraddizione rubata. Prolegomeni a un pensiero metapolitico dei diritti fondamentali*, Napoli, 2000, 185 ss.

194 Osserva O. CHESSA, *I giudici*, cit., 354 ss., che il diritto giurisprudenziale è «provvisoriamente vero» fino a quando non è falsificato.

195 Anche la Corte suprema degli Stati Uniti d'America, nel caso *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 572 e 574 (2003), ha posto l'accento sul progressivo riconoscimento della libertà di «decidere su come condurre la propria vita privata nelle questioni concernenti il sesso», evidenziando che si tratta di «scelte centrali per la dignità della persona e per la sua autodeterminazione».

196 Insiste sull'aspetto della giustificazione, M. MORI, *Manuale*, cit., 30 ss., individuando in ciò la differenza tra l'etica e i sentimenti non morali. Esempi di argomentazione morale a favore della premessa segnalata, dallo specifico punto di vista del matrimonio tra persone dello stesso sesso, in N. VASSALLO, *Il matrimonio omosessuale è contro natura. Falso!*, Bari-Roma, 2015, e in G. ZANETTI, *Su alcuni aspetti filosofico-giuridici del dibattito americano sul same-sex marriage*, in *Dir. quest. pubb.*, 2015, 73 ss. In senso contrario, insistendo sulla dimensione ontologica dell'eterosessualità quale unica condizione che renderebbe possibile l'aprirsi della persona alla conoscenza dell'altro, v. ad esempio G. GAMBINO, *Le unioni*, cit., 45 ss., 81 ss.; L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 119 ss.

7. Un comportamento che limita un diritto fondamentale – nel nostro caso all'identità di genere e all'orientamento sessuale – è plausibilmente meritevole di pena¹⁹⁷, ma non è detto che quest'ultima sia anche necessaria. La «diseconomicità strutturale» del diritto penale¹⁹⁸, e cioè il suo produrre 'costi' immediati (per la collettività, che deve sovvenzionare l'apparato repressivo; per il reo e i suoi congiunti, che subiscono il danno della pena) in vista di benefici futuri e incerti (la tutela dei beni giuridici) ne impone infatti un utilizzo improntato alla logica dell'*extrema ratio*¹⁹⁹.

A tale logica si contrappone il paradigma del diritto penale simbolico²⁰⁰, il quale si disinteressa programmaticamente del raggiungimento degli obiettivi di tutela proclamati, perché lo scopo reale (anche se dissimulato) è quello di lanciare un messaggio, di esaltare i valori di un gruppo a scapito degli altri²⁰¹, di assicurare l'opinione pubblica che i poteri pubblici sono in grado di contrastare determinate patologie sociali²⁰², di convalidare la rappresentazione identitaria che una società ha di sé²⁰³. Il diritto penale simbo-

197 Sui rapporti tra meritevolezza di pena e rango costituzionale dell'interesse in questione, cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 512; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 31-32.

198 Messa in luce da C.E. PALIERO, *L'economia della pena* (un work in progress), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1370.

199 Riflessioni recenti sulla portata di tale principio, e sui modi di garantirne il rispetto, in N. JAGEBORG, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2005, 521 ss.; C. PRITTWITZ, *Strafrecht als propria ratio*, in M. Heinrich, C. Jäger, H. Achenbach, K. Amelung, W. Bottke, B. Haffke, J. Wolter, B. Schünemann (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, I, Berlin-New York, 2011, 23 ss.; G. MARRA, *Verso un diritto penale sperimentale? Metodo ed empiria del canone dell'extrema ratio*, Fano, 2012, 17 ss.

200 Modellistiche del diritto penale simbolico in C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 537-540; S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 494 ss.; J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 173 ss.

201 C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 537.

202 Insistono su questo aspetto, A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, cit., 44 ss.; E. MUSCO, *Consenso e legittimazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 86-87.

203 Anzi, di costruirla, perché se tale identità già esistesse, non ci sarebbe bisogno di tutelarla attraverso il diritto penale: così, con specifico riferimento alle normative penali di contrasto alla discriminazione razziale, M. CANCIO MELIÀ, *"Diritto penale" del nemico?*, in M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 72-73.

lico è pertanto lo strumento prediletto di chi, credendo erroneamente che l'introduzione di un nuovo reato o l'incremento di una pena siano a costo zero²⁰⁴, non si propone di risolvere un problema, ma vuole solo trasmettere l'impressione di farlo. Inevitabili le riserve nei confronti di un modello che trasforma l'intervento punitivo in *prima et unica ratio*; contrasta con il principio di laicità nel momento in cui si brandisce l'arma della pena per imporre valori, e non tutelare interessi concreti²⁰⁵; produce leggi destinate a rimanere sulla carta, o peggio ad avere applicazioni sporadiche nei confronti di malcapitati capri espiatori, magari selezionati tra le persone che, per deficit culturali o di socializzazione²⁰⁶, sono più vulnerabili²⁰⁷.

Va pertanto accordata la massima attenzione a tutte quelle critiche che attribuiscono alla proposta di legge in esame una «valenza essenzialmente simbolica»²⁰⁸. In questa direzione, si è osservato che le condotte discriminatorie o violente motivate dall'omofobia o dalla transfobia sarebbero già punibili a titolo di omicidio, lesioni, violenza privata, minaccia, atti persecutori, ecc., e che la congruità del trattamento sanzionatorio complessivo sarebbe garantita dalla circostanza aggravante dei motivi abietti (art. 61, n. 1, c.p.)²⁰⁹; che mancherebbero dati oggettivi sull'effettiva diffusione dell'omofobia e della transfobia²¹⁰; che l'efficacia generalpreventiva della proposta di legge sarebbe assai dubbia, considerando l'esito fallimentare

204 Che non sia così, è efficacemente dimostrato da C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 439 ss. Sulle leggi penali come «leggi di spesa», da sostenere con adeguati stanziamenti, T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1090-1091.

205 Così, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale*, cit., 150 ss.

206 Ancora C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 445. In riferimento alla proposta in esame, L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6.

207 Sul concetto di selezione, che spiega lo scarto tra i comportamenti astrattamente punibili e quelli che lo sono in concreto, e sui meccanismi (spesso classisti) che lo presiedono, cfr. per tutti C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, 207 ss.

208 Tesualmente, M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 4. Cfr. anche L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6; F. PESCE, *Omofobia*, cit., 28 e 36; G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 120 ss. A dire il vero, lo stesso on. I. SCALFAROTTO, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 6 giugno 2013, 19, ha parlato di «effetto simbolico che contribuisce a costruire la modernità di un paese e la cultura di una comunità».

209 F. MANTOVANI, *I delitti di "omofobia" e transfobia e le inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2013, 221; F. PESCE, *Omofobia*, cit., 31; G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 115; M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 2; F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, cit., 99-100. Si tratta di una posizione già emersa nel dibattito sulle precedenti proposte di legge: ne dà conto, criticamente, E. DOLCINI, *Ancora affossata*, cit., 1395.

210 M. FERRARESI, *La legge*, cit., 211-212; F. PESCE, *Omofobia*, cit., 37.

degli interventi legislativi in materia di violenza sessuale, *stalking*, omicidi commessi alla guida di automobili sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti, ecc.²¹¹; che, in definitiva, la proposta in esame mirerebbe a imporre una determinata visione morale²¹², indicando «autoritativamente per tutti cosa è bene e cosa è male»²¹³.

A ben vedere, non si tratta di assunti incontrovertibili. Come sappiamo²¹⁴, l'estensione della l. Reale ai motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia consentirebbe la punibilità di condotte che, *de iure condito*, non sono penalmente rilevanti. Tralasciando le ipotesi che destano maggiori perplessità sul piano dei principi generali, e cioè le condotte prodromiche alla discriminazione e alla violenza, si pensi alla commissione di atti di discriminazione, reato a forma libera che non si estrinseca necessariamente in condotte violente, minacciose o offensive sussumibili nello schema delle percosse, delle lesioni, della violenza privata, ecc.²¹⁵: attualmente, non è pertanto punibile chi si rifiuta di servire il caffè alle persone omosessuali²¹⁶,

211 F. MANTOVANI, *I delitti*, cit., 223; F. PESCE, *Omofobia*, cit., 33. In un altro contesto, però, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 321, ha ravvisato nell'effetto stigmatizzante dei precetti penali «la primaria forma di controllo sociale», spingendosi ad affermare che «il deprecato 'simbolismo' di una norma, per la sua scarsità e difficoltà di applicazione, non significa, per ciò solo, 'inutilità' di essa e, quindi, opportunità della sua abrogazione».

212 F. MANTOVANI, *I delitti*, cit., 223.

213 M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 4.

214 Cfr. § 1.

215 La fattispecie non richiede peculiari modalità di condotta (per tutti, L. FARNARI, *Discriminazione razziale*, cit., 1036), sebbene Cass., sez. V, 24 gennaio 2001, n. 31655, Gariglio, in *Riv. pen.*, 2001, 1018, abbia incidentalmente affermato che la «discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa è attuabile in concreto, solo con atti di coercizione, fisica o morale, che sono diretti a realizzare illegittimamente una costrizione su per limitarne il libero esercizio di diritti di cui sono titolari (atti che integrano di volta in volta la violenza privata, l'estorsione, le lesioni volontarie ed altre figure delittuose)».

216 Cfr. Cass., Sez. III, 5 dicembre 2005, n. 46783, Zerman, in *Cass. pen.*, 2006, 873 ss., e Cass., Sez. III, 11 ottobre 2006, n. 37773, Zerman, in *Riv. pen.*, 2007, 150 ss., relative ai gestori di un bar che si erano rifiutati sistematicamente di servire alcuni clienti nordafricani. In assenza dei motivi tipizzati dalla l. Reale, la condotta potrebbe invece integrare l'illecito amministrativo previsto dall'art. 221-bis, comma 1, R.D. 18 giugno 1931, n. 773, in combinato disposto con l'art. 187, R.D. 6 maggio 1940, n. 635 («Salvo quanto dispongono gli artt. 689 e 691 del codice penale, gli esercenti non possono, senza un legittimo motivo, rifiutare le prestazioni del proprio esercizio a chiunque le domandi e ne corrisponda il prezzo»).

oppure chi vieta a delle persone transessuali l'ingresso in un locale aperto al pubblico²¹⁷.

D'altro canto, l'aggravante (a effetto comune) dei motivi abietti non costituisce un equivalente funzionale di quella (a effetto speciale) prevista dalla l. Mancino, la quale contempla un regime giuridico più rigoroso – secondo alcuni, più congruo al disvalore del fatto²¹⁸ – in punto di bilanciamento con eventuali attenuanti, procedibilità, rito processuale, sequestro e confisca, ecc.²¹⁹; senza dimenticare che, nella prassi giurisprudenziale corrente, l'omofobia e la transfobia non sono considerati motivi abietti²²⁰.

Per quanto attiene al *deficit* di fondamento empirico della proposta in esame e alla sua presumibile inefficacia preventiva, va innanzitutto problematizzata l'idea che le indagini statistiche sarebbero connotate da un «buon livello di oggettività, impermeabile alle influenze politiche e alle emotività sociali da cui scaturiscono decisioni legislative fallimentari»²²¹.

A dispetto della loro apparente neutralità, anche le scienze empiriche sono permeate da componenti valutative²²², legate alla scelta tra opzioni metodologiche differenti, al contesto in cui opera il ricercatore²²³, e a volte

217 Nella vicenda decisa da Trib. Torino, sez. I, 13 gennaio 1997, Cupani, in *Quest. giust.*, 1997, 478 ss., con nota di A. CAPUTO, si era impedito a un marocchino e a un tunisino di assistere a uno spettacolo...di musica africana.

218 M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 129.

219 Cfr. § 1

220 Insiste su questo punto E. DOLCINI, *Ancora affossata*, cit., 1395, osservando che tale aggravante trova applicazione, per giurisprudenza consolidata, solo quando il motivo suscita il ribrezzo di una persona di moralità media. Per una diversa lettura, G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 115 (e adesivamente E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 14), il quale propone di considerare abietto il motivo che contrasti con il principio di uguaglianza e la dignità dell'uomo. Sulla necessità di valutare la moralità alla luce di principi normativi, nel caso specifico quelli ricavabili dai diritti all'identità sessuale, si veda, volendo, G. GENTILE, *Homophobia*, cit., 222.

221 F. PESCE, *Omofobia*, cit., 37.

222 F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1235-1236. Altri riferimenti, volendo, in G. GENTILE, *Appunti sulla (pretesa) natura tecnica dell'individuazione delle sostanze stupefacenti*, in G. Balbi, A. Esposito (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Torino, 2011, 241 ss.

223 Ad esempio, si è obiettato ad alcuni studi empirici sulla prevenzione generale positiva che l'eccessiva rilevanza sociale attribuita al diritto penale avrebbe indotto i ricercatori a dare per scontata la connessione tra l'introduzione di una norma incriminatrice e l'adesione alla norma sociale sottostante: su questo dibattito, V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in A. Castaldo, V. de Francesco, M. del Tufo, L. Monaco, S. Manacorda (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 36.

a veri e propri pregiudizi. La stessa interpretazione dei risultati ottenuti può essere ambivalente: ad esempio, l'assenza di casi accertati di discriminazioni lavorative dovute all'orientamento sessuale o all'identità di genere, che per l'UNAR (Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali) dipenderebbe dalla ritrosia delle vittime a denunciare²²⁴, dimostrerebbe secondo altri il generale clima di accettazione nei confronti delle persone omosessuali²²⁵.

In ogni caso, i dubbi sul grado di diffusione delle discriminazioni dovute all'omofobia e alla transfobia e sull'efficacia preventiva delle disposizioni non comportano un divieto assoluto di legiferare²²⁶. L'esigenza di un controllo critico sulle opzioni incriminatrici deve realisticamente contemperarsi, da un lato, con un dato di fatto, e cioè che i giudizi prognostici sono strutturalmente incerti, dall'altro, con la discrezionalità del legislatore²²⁷. A tal riguardo, si è osservato che una «delle funzioni positive della legislazione consiste proprio in questo, che nelle situazioni dubbie, non risolvibili in modo puramente cognitivo, viene emessa una decisione politica»²²⁸. Naturalmente, si tratta di una discrezionalità vincolata al rispetto dei parametri costituzionali, ma che non si esaurisce in calcoli esclusivamente economici, perché il diritto penale risente di considerazioni assiologiche

224 UNAR, *Strategia nazionale per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere 2013 – 2015*, Roma, 2013, 15, in www.unar.it.

225 M. FERRARESI, *La legge*, cit., 211-212. Dalla già citata indagine ISTAT del 2011 risulta però che il 7,7% degli intervistati giustifica chi non assume una persona omosessuale (e la percentuale sale al 24, 8% quando si parla di persone transessuali).

226 Che la regola *in dubio pro libertate* abbia valore solamente tendenziale, è dimostrato da G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 134 ss., con riferimento alla dannosità sociale. Cfr. anche C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 465-467, secondo il quale la prova dell'effettività dell'incriminazione dovrà essere tanto più certa, quanto più dubbia sia apparsa la dannosità del comportamento. Più in generale, nel senso che l'*in dubio pro libertate* tenderebbe a problematizzare le opzioni incriminatrici, ma non a fondare una massima decisoria rigida, W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, 200-202.

227 Sul punto, D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 505-506. Spunti anche in F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, Milano, 1983, 222; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 249. Accorda maggiore fiducia al dato empirico, G. MARRA, *Verso un diritto penale sperimentale?*, cit., 43 ss.

228 K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmenschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1972, 328.

che «trascendono il sistema e la cui realizzazione va perseguita 'a qualsiasi costo'»²²⁹.

Per affrontare l'ultima critica, secondo la quale la proposta in esame pretenderebbe di imporre alla collettività un'opzione morale ancora controversa, occorre prendere le mosse da una premessa, e cioè che il diritto penale presenta necessariamente alcuni aspetti simbolico-espressivi²³⁰: sul piano delle funzioni, ossia degli effetti prodotti nella società²³¹, la pena è «uno strumento (socio)eticamente *valutativo* (*svalutativo*)» che esprime la disapprovazione sociale nei confronti dell'aggressione al bene tutelato, e di riflesso l'importanza di quest'ultimo²³²; per quanto attiene agli scopi (ritenuti) legittimi²³³, la dimensione comunicativa del diritto penale si esalta nella prevenzione generale positiva, ossia in quella strategia, definita non a caso pedagogica²³⁴, che affida all'autorevolezza del messaggio veicolato dalla norma incriminatrice e al suo auspicabile radicamento nelle coscienze dei consociati l'ambizioso compito di contribuire all'orientamento culturale della collettività²³⁵.

229 C.E. PALIERO, *L'economia*, cit., 1372. Cfr. anche N. JAGEBORG, *Criminalization*, cit., 534. Con specifico riferimento alla proposta in esame, M. PELISSERO, *Omofo-bia*, cit., 25.

230 È la premessa di L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 14, all'accusa di simbolismo rivolta alla I. Reale. Un'ampia analisi di tali effetti in J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *Il diritto penale simbolico*, cit., 154 ss.

231 Si parla di funzione nel senso di «somma delle sole conseguenze obiettive che il diritto produce nei confronti della società, del tutto a prescindere da scopi o fini soggettivamente perseguiti dai protagonisti dell'impresa giuridica»: su tale accezione del termine, G. FIANDACA, *Intorno a «scopi» e «funzioni» nel diritto penale*, in A. Castaldo, V. de Francesco, M. del Tufo, L. Monaco, S. Manacorda (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 108.

232 C.E. PALIERO, *L'economia della pena*, cit., 1369. Cfr. § 5.

233 Senza considerare, pertanto, le controverse teorie espressive della pena, che vedono appunto nella commissione del reato e nella reazione sanzionatoria altrettanti atti comunicativi: una recente analisi critica in G. FIANDACA, *Intorno*, cit., 119 ss. A proposito dei contenuti comunicativi evidenziati da tali teorie, L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2009, 129, parla di «effetti naturali della sanzione penale, mere conseguenze collaterali, sia pure desiderabili».

234 Tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 4; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 24; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 18.

235 Com'è noto, la teoria della prevenzione generale positiva gode di larghissimo credito, anche nella giurisprudenza costituzionale (cfr. ad esempio Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 713, dove si parla di «funzione d'orientamento culturale e di determinazione psicologica operata dalle leggi pe-

Pertanto, la differenza tra il diritto penale «normale» e quello «simbolico» è quantitativa²³⁶, e la legittimità delle componenti comunicative del primo modello va misurata, ancora una volta, alla stregua del principio di laicità²³⁷, che vieta di utilizzare la forza motivazionale delle norme incriminatrici «per ‘costruire’ penalisticamente il rispetto di beni estranei al riconoscimento sociale o comunque per tutelare beni inessenziali alla convivenza civile»²³⁸. Invece, il diritto penale può essere chiamato a convalidare e rafforzare gli orientamenti di valore della collettività²³⁹, nella misura in cui ciò sia strumentale alla tutela di un bene giuridico²⁴⁰.

La diffusione del riconoscimento sociale delle minoranze sessuali, che la proposta in esame sottintende, è stata già evidenziata in sede di analisi della giurisprudenza delle Corti supreme²⁴¹. Verifichiamo l'altra condizione di legittimità, ossia la sussistenza di un bene giuridico meritevole di tutela.

-
- nali»). Un'analisi a più voci su tale teoria è offerta dai contributi raccolti in B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg (a cura di), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen in deutsch-englisch Dialog. Uppsala Symposium 1996*, Heidelberg, 1998. Più di recente, V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale*, cit., 17 ss., 66 ss., con esiti sostanzialmente demolitori.
- 236 Così, W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H.-J. Rudolphi (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 2001, 1016. Analogamente, S. BONINI, *Quali spazi*, cit., 497 ss., 518 ss.
- 237 Nel senso che «la ricerca di un effetto di stabilizzazione della coscienza sociale» intorno ai principi dell'ordinamento non implichi un «atto illiberale di intromissione, illecita, nella sfera di libertà dei cittadini», S. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., 63.
- 238 L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 61. Cfr. anche F. PALAZZO, *Corso*, cit., 18, il quale paventa che il legislatore possa strumentalizzare la particolare valenza espressiva del diritto penale per agevolare l'interiorizzazione di un valore non ancora sufficientemente radicato nella società. Ammette invece che singole norme penali siano volte a «correggere» l'orientamento culturale della collettività, ferma restando la necessaria tendenziale coincidenza del sistema penale con i valori radicati nella società, F. BASILE, *Immigrazione*, cit., 122.
- 239 Così, H.-L. GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre*, in *JuS*, 1978, 11 e nota 37. Si tratta di un'impostazione che ha incontrato il consenso della nostra dottrina: cfr. ad esempio G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 70; C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., 149; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, 431 ss., con altri riferimenti.
- 240 Ancora L. EUSEBI, *La pena*, cit., 62.
- 241 Cfr. § 6. Del resto, anche chi si oppone alla proposta in esame prende atto della mutata percezione sociale dell'omosessualità (cfr. ad esempio M. FERRARESI, *La legge contro l'omofobia*, cit., 210; P. G. GIGLI, IN CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto*

8. Il *surplus* sanzionatorio che discende dal riconoscimento dell'aggravante della discriminazione sembra dipendere dal grado di offesa al bene giuridico (presente il più delle volte, ma non sempre²⁴²) e dal coefficiente di colpevolezza²⁴³.

D'altronde, i principi di materialità e di offensività ostano a «trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti» estranei al fatto incriminato²⁴⁴, ma non vietano aggravamenti di pena legati a dati soggettivamente pregnanti, purché

sommario e stenografico 65, cit., 110). È appena il caso di osservare che, per quanto diffuso, tale clima di accettazione non esclude la persistenza di (più o meno estese) sacche di omofobia, e quindi l'opportunità di una legge che contrasti il fenomeno.

242 Prendendo le mosse da alcune ricerche empiriche, che hanno riscontrato nelle vittime della violenza razzista o omofoba depressione, ansia, disturbi post-traumatici da stress, processi di colpevolizzazione, ecc., si è suggerito che la *ratio* della maggiore punibilità dei c.d. crimini d'odio dipenderebbe da tali conseguenze: per i necessari approfondimenti, per tutti P. IGANSKI, *Hate Crime and the City*, Bristol, 2008, 6 ss., 74 ss., e più di recente, P. IGANSKI, S. LAGOU, *Hate Crimes Hurt Some More Than Others: Implications for the Just Sentencing of Offenders*, in *J. Int. Violence*, 2015, 1696 ss.; sugli effetti delle aggressioni omofobe e transfobiche, specificamente G.M. HEREK, J.R. COGAN, *Psychological Sequelae of Hate-Crime Victimization among Lesbian, Gay, and Bisexual Adults*, in *J. Cons. Clin. Psychology*, 1999, 945 ss.; L. PIETRANTONI, G. PRATI, *Le dinamiche*, cit., 210-211; C. SCANDURRA, *Violenze, stigma e discriminazioni verso la non conformità di genere. Quale effetto sulla salute mentale?*, in P. Valerio, C. Scandurra, A.L. Amodeo (a cura di), *Appunti sul genere. Riflessioni sulle linee-guida di intervento psicologico e dintorni*, Napoli, 2014, 59 ss. Tale linea argomentativa non si adatta pienamente allo specifico testuale della l. Mancino e della l. Reale, come sappiamo applicabile anche a persone offese che non appartengono a nessuna delle categorie protette, e che di conseguenza potrebbero evitare quelle peculiari conseguenze negative derivanti dall'aggressione a un profilo identitario.

243 Analogamente, M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., 22, che però ravvisa sempre nel fatto aggravato ex art. 3, l. Mancino anche un diverso disvalore oggettivo.

244 Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1356, con nota di L. MASERA. Tale sentenza è interpretata da G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 112, nel senso che gli aggravamenti del carico sanzionatorio dovrebbero necessariamente presupporre «note di ulteriore gravità o pericolosità oggettiva» (nel senso che il principio di offensività osterebbe a inasprimenti di pena «unicamente in virtù di una particolare volontà del soggetto», già L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978, 85). Si tratta però di una lettura criticabile (così M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., 21), perché la sentenza citata, riguardando una circostanza aggravante incentrata sulla condizione di clandestinità, parla appunto di «qualità personali», e non di altri elementi personalistici (analogamente, Corte cost., 17 luglio 2002, n. 354, in *Giur. cost.*, 2002, 2658, sui rapporti tra la qualità personale di soggetto pregiudicato e il reato di ubriachezza).

si tratti di elementi sufficientemente determinati che vadano ad aggiungersi – e mai a sostituirsi – al «sostrato materiale della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato»²⁴⁵.

Nel caso dell'art. 3, l. Mancino, il profilo personalistico che qualifica in termini di maggior disvalore d'azione l'aggressione al bene giuridico tutelato dal reato-base è dato dalle finalità di discriminazione e di odio razziale, nazionale, etnico, religioso o fondate sull'omofobia o sulla transfobia, e la loro accentuata rimproverabilità discende dal contrasto con valori costituzionali fondamentali, tra i quali, per quanto ci riguarda, quelli legati all'identità sessuale²⁴⁶.

Soffermiamoci ora sul bene tutelato dai reati previsti dall'art. 3, l. Reale, tradizionalmente identificato nel «diritto inviolabile di ogni uomo ad essere considerato eguale agli altri indipendentemente dal sesso, dalla razza, dalla lingua e da qualsivoglia altra condizione personale e sociale»²⁴⁷; più sinteticamente, nella dignità dell'uomo²⁴⁸.

245 M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 25, il quale precisa di ritenere politicamente più opportuna una valorizzazione dei profili personalistici in chiave esclusivamente favorevole al reo. Cfr. anche N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 222 nota 53, che però invita a non conferire al dato soggettivo un rilievo sanzionatorio esorbitante, e la posizione conforme di P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 159-160 nota 115. In riferimento a proposte simili a quella in esame, si veda infine E. DOLCINI, *Omofobia*, cit., 33.

246 Per questo schema, che individua i parametri valutativi della colpevolezza normativa nei principi costituzionali, sia consentito il rinvio a G. GENTILE, *Un'aggravante*, cit., 75-77.

247 E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici*, cit., 99, che subito dopo accenna alla dignità.

248 G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1*, cit., 180, riferendosi alla commissione di atti discriminatori e alla relativa condotta istigatoria; in giurisprudenza, cfr. Trib. Verona, 12 dicembre 2004, n. 2203, Bragantini, in *Giur. merito*, 2006, 1958; Cass., sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13324, Bragantini, 7; Cass., sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819, Bragantini; Cass., sez. I, 13 marzo 2012, n. 20508, Melis, 6. Con riferimento alla propaganda e all'istigazione alla discriminazione, D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 84. In termini che appaiono più generali, E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 66; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. Riondato (a cura di), *Diritti fondamentali*, cit., 130 ss.; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 861; A. BONOMI, G. PAVICH, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 13; M. LA ROSA, *Tutela della pari dignità: norme antidiscriminazione*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2014, 371.

Prendendo a prestito le categorie dogmatiche dei delitti contro l'onore²⁴⁹, si potrebbe parlare di una dignità intesa in senso normativo, e non fattuale²⁵⁰.

Infatti, si precisa che la dignità umana non sarebbe quel «sentimento che riguarda la piena consapevolezza della propria nobiltà di animo, del proprio valore e dei propri diritti», ma piuttosto un bene da tutelare «al di là che il singolo uomo abbia maturato una consapevole convinzione del proprio status»²⁵¹. In questo modo, la punibilità del fatto non sarebbe affidata all'arbitrio della persona offesa²⁵², alla sua percezione di dignità, ma a uno *standard* obiettivo, garantendo la tutela penale a chi, per un qualunque motivo, si ritenga 'degnò' di essere discriminato²⁵³, e negandola al mero puntiglio²⁵⁴.

Non sono mancate le critiche all'utilizzo della dignità umana quale oggettività giuridica di riferimento²⁵⁵: si tratterebbe di un concetto evanescente, permeato di componenti valutative, e quindi bisognoso di «un'autorità politica (o giuridica) che ne precisi di volta in volta la specifica fisionomia e ne amministri i contenuti»²⁵⁶; se inteso come valore non bilanciabile, impedirebbe di tener conto di eventuali contro-interessi confliggenti; la sua declinazione in termini oggettivi, quale dignità dell'essere umano, potrebbe legittimare politiche di matrice paternalista²⁵⁷; la sua componente emo-

249 Il parallelo è colto da A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 64.

250 Sulla dicotomia tra onore come fatto psico-sociale/come valore inerente alla persona, cfr. da ultimo A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione del diritto penale. Contributo alla riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 13 ss.

251 Trib. Verona, 12 dicembre 2004, n. 2203, Bragantini, cit., 1958.

252 Per dirla con F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1201, si avrebbe una «parcellizzazione» della dignità.

253 Ad esempio, capita che le vittime del bullismo omofobico giustifichino i soprusi subiti, e in casi estremi li approvino «(hanno fatto bene, me lo merito perché sono sbagliato)»: così, L. PIETRANTONI, G. PRATI, *Le dinamiche*, cit., 210.

254 Così, con riferimento ai delitti contro l'onore, E. LA ROSA, *Tutela penale dell'onore*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale*, cit., 352.

255 Sulla dignità quale referente dei diritti umani cfr. invece il § 6.

256 A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 52.

257 Insiste su questo punto, C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 722 ss. Secondo G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 97-98, anche la proposta in esame, tutelando un «preteso soggetto debole», avrebbe un'impronta paternalista, tra l'altro violando l'art. 2 Cost., da intendersi nel senso che una tutela penale rafforzata di particolari condizioni sarebbe compatibile con la dignità della persona solamente quando sussista «una incapacità (intesa

zionale rischierebbe di canalizzare reazioni di «panico morale», scatenate da «fatti insoliti o nuovi che contraddicono modelli morali consolidati», oppure «esulano da una radicata autocomprensione antropologica dell'identità dell'essere umano»²⁵⁸.

Si tratta di rilievi che inducono alla cautela. Certo, si potrebbe replicare che lo stesso concetto di bene giuridico è una categoria intrisa di componenti assiologiche, e che i giudizi di valore non sono necessariamente irrazionali, dovendo resistere al vaglio critico della discussione intersoggettiva²⁵⁹; ciò consentirebbe di non utilizzare il *topos* della dignità in favore «di reazioni emotive collettive o di una certa morale»²⁶⁰, e allo stesso tempo di stabilire quale delle sue dimensioni – quella soggettiva o quella oggettiva – far prevalere nel caso concreto.

Resterebbe comunque il problema del rapporto con gli altri valori in gioco, che rischiano di essere oscurati dall'ingombrante presenza della dignità umana, bene intangibile (=non bilanciabile) per eccellenza²⁶¹. La delicatez-

anche come limitazione, congenita o acquisita, nell'esercizio dell'autonomia) di carattere *personale*». Tuttavia, non si comprende perché sarebbe contrario alla dignità dell'uomo il tener conto delle condizioni socio-culturali di vulnerabilità della persona offesa (così, già E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 18); del resto, la stessa fonte di ispirazione della tesi criticata riscontra espressamente il «tratto personale della dignità umana» non solo nei casi di incapacità personale («il bambino, il disabile, l'anziano»), ma anche in quelli in cui l'esercizio dell'autonomia è ostacolato da fattori sociali («il migrante, il detenuto, l'indigente, il lavoratore»); così, B. MALVESTITI, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, in M. Cossutta (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste, 2012, 121-122; infine, la tutela penale delle persone omosessuali e *transgender* presuppone una declinazione della dignità in chiave soggettiva tutt'altro che paternalista (cfr. § 6), e in ogni caso sembra essere espressione della componente solidaristica del modello di Stato sociale di diritto delineato dalla nostra Costituzione (sui rapporti tra principio solidaristico e tutela delle vittime, V. DEL TUFO, *Profili critici della vittima-donnistica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, 247-248).

258 G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 78, al quale si rinvia anche per le altre obiezioni esposte; per approfondimenti, cfr. A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 6 ss.; con specifico riferimento alla proposta in esame, G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 92 ss. In precedenza, cfr. almeno L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2007, 38 ss.

259 G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europea-continente e angloamericana a confronto*, Torino, 2008, 163-164.

260 È il timore di A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, 82.

261 È vero che, secondo la Corte costituzionale, tutti «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possi-

za di questo profilo è dimostrata dalla giurisprudenza sulla propaganda e sull'istigazione alla discriminazione razziale, che pur prospettando in linea di principio alcuni criteri di bilanciamento tra dignità dell'uomo e libertà di espressione, predilige sul piano applicativo interpretazioni sfavorevoli alla seconda²⁶².

A questo punto, è opportuno verificare se l'impianto della l. Reale consenta di tradurre il riferimento alla dignità umana in beni giuridici meno controversi²⁶³.

Nel caso della commissione di atti discriminatori, l'identificazione del bene giuridico presuppone la previa analisi del laconico dettato normativo, che incentra la tipicità del fatto sul suo non meglio precisato carattere discriminatorio.

Soccorre ai fini interpretativi l'art. 1 della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*²⁶⁴, secondo cui quest'ultima: a) consiste in una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica; b) ha lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica²⁶⁵.

bile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri» (Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1478, con note di V. ONIDA, D. PULITANO, R. BIN, G. SEREGO; cfr. anche Corte cost., 9 ottobre 2012, n. 264, in *Giur. cost.*, 2012, 4225, con nota di C. PINELLI, dove si riconosce che «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»). In questa prospettiva, però, la dignità non è più un valore autonomo, ma piuttosto il risultato del bilanciamento (quando si parla di «situazioni giuridiche costituzionalmente protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»: Corte cost., 9 aprile 2012, n. 85, cit., 1479), oppure il criterio dello stesso (che consente di stabilire un «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti»: Corte cost., 22 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, 2635, con nota di E. LAMARQUE). Sulle varie dimensioni giurisprudenziali della dignità, quale valore che genera nuovi diritti, quale criterio di bilanciamento, quale limite alla discrezionalità legislativa, ecc., cfr. per tutti C. DRIGO, *La dignità*, cit., 192 ss.

262 Per gli opportuni riferimenti, A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 166 ss., 172 ss.

263 Sulla concretizzazione della dignità in beni più specifici, cfr. A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 104 ss.; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., 81.

264 *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, adottata a New York il 21 dicembre 1965, entrata in vigore sul piano internazionale il 4 gennaio 1969 e resa esecutiva dall'Italia con la l. Reale.

265 In tal senso, L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, cit., 1036; C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazione del rigore punitivo nel tempo*,

Il riferimento alla vita pubblica è stato ripreso e specificato dalla legislazione antidiscriminatoria, ossia da quel complesso di misure risarcitorie, inibitorie e reintegratorie volte a contrastare i trattamenti sfavorevoli basati sui caratteri soggettivi volta per volta specificati (sesso, razza, etnia, religione, disabilità, opinioni politiche, orientamento sessuale, ecc.)²⁶⁶.

Ebbene, da tale sistema normativo si evince che il divieto di discriminazione riguarda indubbiamente l'operato dei pubblici poteri, l'offerta al pubblico di beni e servizi, l'accesso all'occupazione, all'alloggio e ai servizi pubblici, ecc.²⁶⁷, ma non l'attività contrattuale privata «che mira im-

in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale*, cit., 147-148; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 868. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13324, Bragantini, 5; Cass., sez. V, 17 novembre 2005, Paoletich, cit., 1452, relativa all'art. 3, l. Mancino.

- 266 Infatti, l'art. 43, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (in materia di razza, colore, ascendenza, origine nazionale ed etnica, convinzioni e pratiche religiose) parla di «vita pubblica», enucleando numerose ipotesi esemplificative; il d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216 (relativo a religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale) riguarda l'occupazione e le condizioni di lavoro; l'art. 55-ter, d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (sulla parità tra uomo e donna) individua la sfera di tutela nel settore lavorativo e in quello della fornitura di beni e servizi, purché questi siano «offerta al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni ivi effettuate»; anche l'art. 3, comma 1, lett. h) della direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 parla di beni e servizi *a disposizione del pubblico*, ma tale essenziale inciso è andato perso nella traduzione italiana della direttiva, e di conseguenza nello strumento nazionale di recepimento [art. 3, comma 1, l. i), d. lgs. 9 luglio 2003, n. 215, in materia di razza e origine etnica]: in ogni caso, ogni dubbio dovrebbe essere fugato dal Considerando (4) della direttiva citata, ai sensi del quale è «importante riguardo all'accesso ai beni e ai servizi e alla fornitura degli stessi, rispettare la protezione della vita privata e familiare e delle transazioni operate in tale contesto»; indeterminato, infine, l'ambito operativo della l. 1° marzo 2006, n. 67 (persone con disabilità). Sulla legislazione antidiscriminatoria, si vedano i contributi raccolti in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro nazionale e comunitario*, Milano, 2007, e le più recenti sintesi di D. MAFFEIS, *Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 490 ss. e di G. CASTELLANI, *Discriminazione (divieto di)*, in *Dig. disc. civ.-Sez. civ.*, Agg.*****, Torino, 2014, 236 ss.

- 267 Senza dimenticare che i limiti all'autonomia contrattuale funzionali alla parità di trattamento sono affidati alla legislazione esclusiva dello Stato. Infatti, Corte cost., 4 luglio 2006 n. 253, in *Giur. cost.*, 2006, 2682, ha affermato che gli obblighi legali a contrarre afferiscono all'ordinamento civile, e quindi sono riservati allo Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. l), Cost.: di conseguenza, è stata dichiarata illegittima una legge della Regione Toscana che aveva vietato a determinate categorie di operatori commerciali di rifiutare la loro prestazione, o di erogarla a condizioni deteriori rispetto a quelle ordinarie, «senza un legittimo motivo e, in particolare, fra l'altro, per motivi riconducibili all'orientamento sessuale o all'i-

mediatamente al soddisfacimento di un bisogno economico o morale del contraente»²⁶⁸ e i negozi giuridici individualizzati come il matrimonio e il testamento²⁶⁹: ad esempio, non costituisce una discriminazione giuridicamente rilevante la decisione di cenare esclusivamente in ristoranti italiani; allo stesso modo, si è liberi di scegliere il coniuge o l'erede della nazionalità o dell'etnia che si preferisce.

In attesa di un'auspicabile riscrittura della fattispecie che indichi specificamente le condotte discriminatorie²⁷⁰, le comprensibili censure di indeterminatezza fondate sul rilievo che «ogni scelta, ogni decisione è o può essere, di per sé, oggettivamente discriminatoria»²⁷¹ potrebbero essere ridimensionate da una considerazione, e cioè che l'atto di discriminazione penalmente rilevante dovrebbe contemporaneamente: a) incentrarsi su una caratteristica personale che, ai sensi della l. Reale, non può essere presa in considerazione; b) comprimere l'esercizio di un diritto in un «settore della vita pubblica», e cioè in un contesto in cui vige il divieto di discriminazione²⁷²; c) essere sorretto dai motivi tipizzati, da accertarsi con il massimo scrupolo perché da essi dipende la rilevanza penale della discriminazione²⁷³.

denità di genere». Alla luce di tale giurisprudenza, non può accogliersi l'argomento di M. FERRARESI, *La legge*, cit., 212-213, secondo il quale le istanze sottese alla proposta in esame potrebbero essere immediatamente soddisfatte estendendo analogicamente alle persone omosessuali la legislazione antidiscriminatoria prevista a tutela dell'etnia, religione, ecc.

268 G. CASTELLANI, *Discriminazione (divieto di)*, cit., 243 e nota 56.

269 D. MAFFEIS, *Discriminazione*, cit., 501 e 508.

270 Così, E. DOLCINI, *Omofobia*, cit., 29; E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 20; L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2012, 10 e 18; G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 110.

271 L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 17; cfr. anche M. RONCO, *Considerazioni*, cit., § 6; G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 109; C. BRIGNONE, *Dignità*, cit., 9.

272 Attualmente, gli ambiti assoggettati alla legislazione antidiscriminatoria che tutela le caratteristiche evocate dalla l. Reale, e cioè razza, etnia, nazionalità e religione, sono sostanzialmente coincidenti (cfr. l'art. 43, comma 2, d. lgs. 286/1998 e l'art. 3, d. lgs. 215/2003). Invece, il divieto di discriminazione per ragioni legate all'orientamento sessuale vige solamente in ambito lavorativo (art. 3, d. lgs. 216/2003), sicché si pone il quesito se il reato di atti discriminatori per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia sia applicabile solo in tale contesto, oppure anche in quelli regolati dalle altre leggi antidiscriminatorie.

273 Infatti, l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio sembra andare nel senso di una valorizzazione dell'effetto discriminatorio piuttosto che dell'intento: sul punto, M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle condizioni personali* e A. GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, entrambi in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto*, cit., rispettivamente 50 e 604; R. RIVERSO, *Le discriminazioni: tra*

Nonostante quest'ultima caratteristica, la fattispecie non trasgredisce il divieto di fondare la punibilità del fatto su dati esclusivamente soggettivi. Infatti, chi pone in essere un atto discriminatorio non è punito per quello che pensa, ma per quello che fa, ossia escludere qualcuno da una relazione intersoggettiva per ragioni disapprovate dall'ordinamento, più precisamente per una caratteristica personale (la razza, l'etnia, la nazionalità, la religione, *l'orientamento omosessuale o bisessuale e il transgenderismo*) che non può essere posta a fondamento di un trattamento più sfavorevole²⁷⁴.

Se questa impostazione è corretta, il bene giuridico tutelato dal reato in esame potrebbe individuarsi nel diritto ad accedere a un bene della vita (il lavoro, l'alloggio, il mercato dei prodotti e dei servizi, ecc.) in condizioni di parità con gli altri, senza subire trattamenti sfavorevoli fondati su ragioni che l'ordinamento non consente di addurre, perché nocive all'inclusione sociale²⁷⁵.

Per quanto attiene alla commissione di violenza [art. 3, comma 1, lett. b), l. Reale], l'esatta identificazione del bene giuridico dipende dall'accezione attribuita al termine «violenza»²⁷⁶: solamente l'integrità personale, se si ritiene che la violenza corrisponda all'impiego della forza fisica nei confronti delle persone²⁷⁷; l'integrità fisica e il patrimonio, se si ammette

diritto speciale e mezzi di tutela, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 277; in prospettiva comparata, D. STRAZZARI, *Discriminazione*, cit., 58 ss., 259 ss. Cfr. però D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 159 ss., secondo il quale il dolo (e cioè la consapevolezza dell'altrui qualità soggettiva, che determina la discriminazione) sarebbe un elemento essenziale del diritto contrattuale antidiscriminatorio.

274 Ancora una volta, è indifferente che il soggetto passivo presenti o meno una delle caratteristiche tutelate (cfr. § 4), perché in ogni caso egli subisce gli effetti pregiudizievoli di un trattamento che preclude l'accesso a un bene della vita. A diverse conclusioni giunge M.T. TRAPASSO, *Il ruolo fondamentale*, cit., 3838 ss., che però muove dall'idea che il bene giuridico tutelato sia dato dalla dignità umana.

275 Spunti in tal senso già in C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 861-862.

276 Per un quadro aggiornato del dibattito dottrinale, G. CARUSO, *Art. 610*, in M. Ronco, B. Romano (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori Assago, 2012, 2929 ss.

277 Nella prassi, la commissione di violenza è stata riconosciuta in una vicenda in cui, in assenza dei motivi tipizzati, si sarebbero configurati gli estremi delle percosse o della rissa (cfr. Cass., sez. III, 10 gennaio 2002, n. 7421, Orrù, in *Riv. pen.*, 2002, 325 ss.). Quando si supera il limite d'intensità delle percosse (art. 581, comma 2, c.p.), la giurisprudenza preferisce ricorrere all'art. 3, l. Mancino: ad esempio, lesioni aggravate ex art. 3, l. Mancino, e non commissione di violenza, nel caso chi «dapprima offendendo a parole un cittadino di colore e poi colpendolo con un bastone, ne provochi lesioni personali» (Trib. Napoli, sez. VII, 9 aprile 2005, n. 788, in *Il merito*, 7/8, 2005, 91, che definisce espressamente la figura in esame una

che la violenza possa rivolgersi non solo verso le persone, ma anche verso le cose²⁷⁸; anche la libertà morale, se si accoglie una nozione di violenza più estesa, comprensiva anche di quelle condotte in grado di soverchiare l'altrui autodeterminazione (c.d. violenza impropria)²⁷⁹, compresa la minaccia (c.d. violenza morale)²⁸⁰.

Analogamente all'art. 3, l. Mancino, la fattispecie prevede sanzioni più severe di quelle comminate per i reati configurabili in assenza dei motivi (ad esempio, le percosse o la rissa), e ciò plausibilmente in ragione dell'accentuata rimproverabilità del processo motivazionale²⁸¹.

Qualche ultima osservazione, infine, sulle fattispecie prodromiche alla discriminazione e alla violenza (l'istigazione, la provocazione, la fattispe-

«ipotesi residuale che sussiste quando il fatto non costituisce più grave reato»); una diversa impostazione, orientata a ravvisare gli estremi del concorso di reati tra la commissione di violenza e le lesioni o l'omicidio, in G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1, cit.*, 185.

278 Cfr. C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 862 e 871. Appartiene alla nostra tradizione dottrinale l'idea che il termine violenza sia un'espressione che si riferisce, in mancanza di dati normativi contrari, sia a quella personale, sia a quella reale: cfr. tra gli altri E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. Delitti contro la libertà individuale*, Milano, 1936, 360; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, *Delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, 1950, 557; A. PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962, 58; G. DE SIMONE, *Violenza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 892; F. VIGANÒ, *La tutela penale dell'incolumità individuale*, I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 244.

279 È la nota e influente tesi di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008, 142 (e così nelle edizioni precedenti). Cfr. anche E. FLORIAN, *Trattato*, cit., 360.

280 F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *I delitti contro la persona*, Padova, 2014, 264 ss., il quale tuttavia riconosce che la portata di tale concetto ampio di violenza può variare in rapporto al tipo di reato. Ciò potrebbe valere anche per la fattispecie in esame, considerando che l'estensione della nozione di violenza a quella impropria e a quella morale amplierebbe la portata dei reati prodromici (istigazione e provocazione alla violenza; la fattispecie associativa), e quindi la soglia della punibilità, in modo probabilmente eccessivo (sul punto, F. VIGANÒ, *La tutela*, cit., 150). A favore della tesi più restrittiva anche l'insegnamento di C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio* (1955), in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, II, *Scritti di parte speciale*, Milano, 2003, 45, che limita l'ambito operativo della violenza impropria ai casi in cui la fattispecie incriminatrice evochi espressamente l'elemento della coazione.

281 Valgano le osservazioni relative all'aggravante della discriminazione. Osserva P. VENEZIANI, *Motivi*, cit., 159-160 nota 115, che «un dato psicologico oggetto di riprovazione da parte dell'ordinamento può consentire l'inquadramento di un fatto lesivo all'interno di una previsione criminosa» punita più severamente.

cie associativa e i reati a essa connessi), alle quali spetta il compito di fornire ai beni giuridici fin qui descritti una protezione anticipata.

Tale *ratio* sembra essere contraddetta dal trattamento sanzionatorio, perché l'istigazione e la provocazione sono punite allo stesso modo della commissione di violenza o di atti discriminatori, e le sanzioni previste per le condotte associative o per le manifestazioni esteriori e l'ostentazione di simboli o emblemi delle associazioni razziste sono in alcuni casi addirittura superiori a quelle comminate per i singoli episodi discriminatori o violenti.

In effetti, l'equiparazione *quoad poenam* tra condotte preparatorie e condotte esecutive integra una clamorosa violazione del principio di proporzione²⁸², che può essere attenuata – ma non sanata – dall'interprete in sede di commisurazione.

Invece, l'entità delle cornici edittali previste per l'associazione razzista e per il reato di manifestazioni esteriori potrebbe dipendere dal loro peculiare disvalore: una compagine programmaticamente rivolta a una serie indeterminata di reati, e dotata di «una sua soggettività, o 'corposità sociale', indipendente rispetto alle persone e all'attività dei suoi membri»²⁸³, mette in pericolo il bene giuridico tutelato dal reato-fine in misura maggiore del singolo episodio criminoso (nel nostro caso, della singola istigazione alla discriminazione o alla violenza)²⁸⁴; analogamente, la forza suggestiva e il

282 In merito, L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 17; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 102 e 105; G. RICCARDI, *Omofofia*, cit., 106-107. Si potrebbe obiettare che il livellamento sanzionatorio smentisce l'ipotizzata funzione di anticipazione della tutela, dovendo piuttosto indurre l'interprete a ricercare un bene giuridico in grado di essere 'leso' allo stesso modo sia nel caso di istigazione o provocazione sterili, sia nel caso contrario: ma un referente così spiritualizzato (il valore della dignità umana?) potrebbe forse soddisfare una modesta esigenza classificatoria, ma non certo adempiere le delicate funzioni critico-ricostruttive del bene giuridico (sulle quali cfr. il fondamentale studio di F. ANGIONI, *Contenuto*, cit., 3 ss.).

283 F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3972.

284 Per questa ricostruzione della *ratio* dei reati associativi, si vedano, con sfumature diverse, G. DE FRANCESCO, *Ratio di «garanzia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 895 ss.; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 25 ss., 75 ss., 246 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., 238 -239; A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, in S. Moccia (a cura di), *I delitti*, cit., 227 ss., 244 ss. In senso contrario, però, S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 118 ss. Di conseguenza, si dovrebbe pretendere una congrua base organizzativa anche nelle forme meno strutturate di associazione razzista (movimenti e gruppi). Il prezzo di tale opzione interpretativa sarebbe quello di trasformare il reato in esa-

contesto pubblico delle manifestazioni esteriori e dell'ostentazione di simboli ed emblemi potrebbero rafforzare l'associazione e rendere più probabile la commissione di atti di violenza e di discriminazione²⁸⁵.

9. Si spera di aver dimostrato che un'interpretazione costituzionalmente orientata degli aspetti più controversi della l. Reale e della l. Mancino dovrebbe sottrarre la proposta in esame dal novero di quelle leggi simboliche che, invece di tutelare beni giuridici, brandiscono l'arma della pena «per 'educare' i cittadini a una determinata visione del mondo»²⁸⁶.

Per rispondere definitivamente a tale critica, occorre però verificare se, come da più parti si teme, sussista davvero il rischio di criminalizzare in blocco gli insegnamenti della Chiesa cattolica, e più in generale l'idea di famiglia modellata sul paradigma eterosessuale. Vale la pena ricordare alcune delle situazioni che, secondo questa linea di pensiero, potrebbero essere punite a titolo di discriminazione o di istigazione alla discriminazione: cercare di dissuadere la propria figlia dallo sposare una persona bisessuale, oppure rifiutare di affittare a proprio figlio un appartamento perché si disapprova la sua decisione di andare a convivere con un altro uomo²⁸⁷; opporsi, anche in sede parlamentare, all'estensione del matrimonio fra persone omosessuali²⁸⁸; sostenere che le coppie omosessuali non possono adottare bambini²⁸⁹, oppure accedere alle tecniche di procreazione

me in un duplicato dell'associazione per delinquere, salvo ritenere quest'ultima compatibile con i soli reati-fine di danno (l'incitamento alla discriminazione e alla violenza è invece un reato di pericolo): così, G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie)* – Art. 1, cit., 189, riprendendo uno spunto di G. DE VERO, *Tutela*, cit., 241.

285 Sui profili di offensività che distinguono tale fattispecie dalla propaganda razzista o dall'istigazione, per tutti L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, cit., 1401; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 879, i quali richiamano anche il bene giuridico dell'ordine pubblico materiale.

286 È questo il rimprovero che M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 7, muove alla proposta in esame; analogamente, G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 120 ss.

287 Così, l'on. A. PAGANO, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino*, cit., 46, riprendendo alla lettera osservazioni di M. RONCO, *Considerazioni*, cit., § 2, relative ad alcune proposte presentate nella scorsa legislatura.

288 P. BINETTI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico* 65, cit., 98, secondo la quale l'approvazione della proposta in esame potrebbe limitare l'ambito operativo dell'art. 68 Cost. (in spregio al primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria?). Cfr. anche L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6; F. MANTOVANI, *I delitti*, cit., 222; M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 1.

289 P.G. GIGLI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico* 65, cit., 110; M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 6; M. SACCONI, in SENATO DELLA

medicalmente assistita (nel caso dell'omosessualità maschile, *sub specie* di maternità surrogata)²⁹⁰; non ammettere una persona omosessuale al sacerdozio, oppure non assumere in una scuola cattolica un insegnante che sostenga una visione della sessualità e della famiglia contrastante con il Magistero della Chiesa²⁹¹; e si potrebbe continuare a lungo²⁹².

In questi esempi si dà per scontato il carattere discriminatorio di tutte le decisioni che comportano conseguenze sfavorevoli per le persone omosessuali e di tutte le opinioni a supporto di tali decisioni. Abbiamo però a disposizione uno schema interpretativo maggiormente in linea con il principio di determinatezza, secondo il quale l'atto discriminatorio deve comprimere l'esercizio di un diritto nell'ambito della «vita pubblica»²⁹³; in questa prospettiva, non è discriminatorio scegliere il coniuge che si preferisce, né istiga alla discriminazione la madre che cerca di influenzare tale scelta²⁹⁴; il padre può decidere liberamente se affittare o meno l'apparta-

REPUBBLICA, *Resoconto sommario* n. 64, 3 dicembre 2013.

290 M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 7.

291 P.G. GIGLI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico* 65, cit., 110.

292 Per fare un ultimo esempio, secondo l'on. P.G. GIGLI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico* 65, cit., 110, la proposta in esame potrebbe consentire a «una coppia di omosessuali italiani, regolarmente sposati all'estero», di rivolgersi «alla Cassazione per sostenere l'illiceità delle norme che impediscono di adottare figli a una coppia dello stesso sesso». A rischio di spiegare l'ovvio, è appena il caso di ricordare che tale coppia potrebbe forse invocare il divieto di discriminazione sancito dalla Costituzione e dalle fonti europee, ma certamente non il reato di atti discriminatori, che non funge da parametro di costituzionalità delle leggi, ma è funzionale all'attuazione del predetto divieto nell'ambito delle relazioni intersoggettive (sulla progressiva affermazione del divieto di discriminazione nell'ambito dei rapporti privati, cfr. per tutti M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il diritto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, 2405 ss.).

293 Cfr. § 8. Si ricordi che le poche sentenze penali edite in materia di atti discriminatori hanno riguardato un ambito della vita pubblica, quello della fornitura di servizi: Cass., Sez. III, 5 dicembre 2005, n. 46783, Zerman, cit., 873 ss.; Cass., Sez. III, 11 ottobre 2006, n. 37773, Zerman, cit., 150 ss.; Trib. Torino, sez. I, 13 gennaio 1997, Cupani, cit., 478 ss. Non sono noti precedenti che potrebbero essere assimilati agli esempi prospettati dagli oppositori della legge in esame.

294 L'affermazione presuppone che l'oggetto dell'istigazione alla discriminazione possa esclusivamente identificarsi in atti discriminatori punibili ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale: in merito, C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 867. Del resto, lo stesso G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1*, cit., 186-187, il primo ad aver ipotizzato che l'istigazione alla discriminazione potrebbe riguardare anche atti di per sé non discriminatori (si pensi a chi inviti i propri vicini a non far entrare persone straniere in casa propria), riconosce

mento a suo figlio, perché non si tratta di un'offerta al pubblico²⁹⁵; chi contesta il diritto delle coppie omosessuali al matrimonio, all'adozione, ecc., non istiga alla loro discriminazione, perché quest'ultima riguarda diritti già sanciti dall'ordinamento, e non mere aspettative²⁹⁶; quanto agli ultimi due esempi, è un principio acquisito dalla legislazione antidiscriminatoria che le organizzazioni di tendenza possono legittimamente discriminare chi non condivide la loro visione del mondo, a condizione che l'elemento religioso o ideologico sia un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento della mansione lavorativa²⁹⁷.

In ogni caso, sarebbe preferibile che tutti questi dubbi applicativi fossero definitivamente risolti da un meditato intervento legislativo che coordinasse il sistema antidiscriminatorio con il diritto penale, e magari limitasse l'ambito di quest'ultimo alle ipotesi più gravi di discriminazione.

Invece di indicare in positivo quali sono gli atti discriminatori, l'aspirante legislatore ha invece preferito specificare, in negativo, che «non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni».

Questo contorto dato normativo crea più problemi interpretativi di quelli che pretende di risolvere. Infatti, si discute se l'esenzione di responsabilità per i «convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee» dia «un colpo di spugna a tutta la lettera a)» dell'art. 3, l. Reale²⁹⁸, oppure si limiti a porre, senza risolverlo, il problema dei limiti della libertà di manifestazione del pensiero²⁹⁹; se il riferimento al «diritto vigente» ricompre-

che tale tesi è ostacolata «da un'interpretazione strettamente letterale del dettato normativo».

295 Cfr. D. MATTEIS, *Discriminazione (dir. priv.)*, cit., 500-501, 506-507; M. CENTINI, *La tutela*, cit., 2430.

296 Se tale impostazione non fosse ritenuta convincente, si potrebbe ovviamente ricorrere agli articoli 19, 21 e 33 Cost. Osserva giustamente A. PUGIOTTO, *Aporie*, cit., 11, che nessuno «è stato mai imputato di reato per aver manifestato la propria contrarietà allo *jus soli*, benché la legge vieti discriminazioni per motivi razziali».

297 Cfr. § 6.

298 L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia: il trucco c'è....e si vede*, in *www.questionegiustizia.it*.

299 E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 27; A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 186.

da anche fonti di rango sublegislativo³⁰⁰; se la bizzarra formula «ovvero anche se» vada intesa in senso specificativo (= ovvero)³⁰¹, oppure in senso disgiuntivo (= oppure)³⁰².

Per quanto attiene al primo interrogativo, la tesi del «colpo di spugna» enfatizza in maniera eccessiva l'efficacia di un dato normativo che, invece, possiede un ambito operativo piuttosto circoscritto, non riguardando né il reato di propaganda [art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale]³⁰³, né le opinioni o i convincimenti che «istighino all'odio o alla violenza». Si è però sostenuto che quest'ultimo inciso riguarderebbe l'istigazione alla violenza [art. 3, comma 1, lett. b)], e che il concetto di pluralismo delle idee comporterebbe «una inevitabile legittimazione anche delle affermazioni più inquietanti», persino del «razzismo più becero», sostanzialmente abrogando il reato di istigazione alla discriminazione³⁰⁴.

Prescindendo dalla constatazione che le manifestazioni verbali di razzismo becero potrebbero essere punite a titolo di propaganda, a tale proposta interpretativa può replicarsi, sulla scorta del canone ermeneutico di conservazione degli atti normativi, che un legislatore intenzionato ad abolire l'istigazione alla discriminazione avrebbe provveduto formalmente in tal senso piuttosto che ricorrere al macchinoso stratagemma della clausola di salvaguardia.

D'altro canto, lo stesso dato testuale chiarisce che l'espressione del pluralismo delle idee resta punibile a titolo di istigazione alla discriminazione quando istiga all'odio (oltre che alla violenza³⁰⁵), ponendo un limite che

300 Lo teme L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia*, cit. Prospettano un'interpretazione restrittiva, intendendo per «diritto vigente» quello sancito dalle fonti legislative, E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 27; M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit., § 6.

301 M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit., § 6.

302 L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia*, cit.

303 Secondo A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 186, l'esclusione della propaganda dall'ambito operativo della clausola di salvaguardia sarebbe «un'evidente violazione dell'argomento *a maiori a minus*, eventualmente censurabile sul piano del giudizio logico-formale di ragionevolezza – uguaglianza». La tesi si fonda però su un presupposto di fatto erroneo, e cioè che la propaganda sia sanzionata meno gravemente dell'istigazione alla discriminazione. Inoltre, è probabile che la propaganda basata sull'odio razziale...istighi all'odio, e tanto basterebbe a neutralizzare la clausola.

304 L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia*, cit.

305 Deve però ammettersi che il riferimento alla violenza è del tutto pleonastico, per l'ovvia considerazione che i convincimenti o opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, nel momento in cui istigano alla violenza, integrano il paradigma dell'art. 3, comma 1, lett. b), l. Reale.

non sembra particolarmente stringente³⁰⁶: in un contesto giurisprudenziale già propenso a sussumere nel paradigma dell'istigazione anche affermazioni che non sembrano idonee a determinare o rafforzare l'altrui proposito di commettere atti discriminatori³⁰⁷, non sarebbe difficile sostenere che istiga all'odio chi, in un suo saggio filosofico sulla macellazione rituale degli animali, afferma che gli «ebrei hanno sofferto meno nelle camere a gas naziste di quanto soffrono tuttora gli animali nei mattatoi a causa del rito sacrificale ebraico accolto dagli islamici», e pertanto è «giusto dichiararsi antisemiti nei confronti degli ebrei credenti, né ci si può dolere del fatto che questi siano finiti nelle camere a gas naziste»³⁰⁸; oppure chi, durante una manifestazione elettorale, tuona: «voglio la rivoluzione contro gli extracomunitari clandestini, voglio la pulizia dalle strade da tutte queste etnie che distruggono il nostro paese, voglio la rivoluzione nei confronti dei nomadi, degli zingari... voglio la rivoluzione contro coloro che vogliono aprire le moschee e i centri islamici... basta, basta islamici, che tornino ai loro paesi»³⁰⁹.

306 Ricorda G. DE VERO, *Tutela*, cit., 190 ss., che il giudizio sull'attitudine istigatrice di un discorso è tanto meno controllabile, quanto più è sfumato il relativo oggetto (l'odio, nel nostro caso).

307 Nel senso che i reati di istigazione andrebbero riletti secondo lo schema del pericolo concreto, cfr. invece, anche per gli ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale, V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, 48 ss.; D. PULITANO, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 239 ss., 244 ss., 248 ss.; L. ALESIANI, *I reati*, cit., 192 ss.; F. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in S. Moccia (a cura di), *Delitti*, cit., 180 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, 68-69. Dubita di tale correttivo, pur ritenendolo ovviamente preferibile alla repressione del mero dissenso ideologico, G. DE VERO, *Tutela*, cit., 206 ss.; spunti problematici anche in M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 124 ss., e in A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 122 ss. Con riferimento alla l. Reale, propendono per il pericolo concreto, L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda*, cit., 142; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 867; A. BONOMI, G. PAVICH, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 23; a favore del pericolo astratto, E. FRONZA, *Osservazioni*, cit., 52 ss., 61 ss. (ma proponendo *de iure condendo* il pericolo concreto); G. PAGLIARULO, *La tutela penale*, cit., 11; in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 26 novembre 1997, n. 724, Insabato, in *Cass. pen.*, 1999, 983 ss., con nota critica di E. FIORINO.

308 Propaganda di idee fondate sull'odio razziale e istigazione alla discriminazione per motivi religiosi, ad avviso di Cass., sez. I, 13 marzo 2012, n. 20508, Melis.

309 Anche in questo caso, propaganda e istigazione alla discriminazione, secondo Cass., sez. III, 21 marzo 2014, n. 20263, Gentilini. La proposta in esame rende-

Insomma, la clausola in esame sembra essere stata pensata per escludere la criminalizzazione di meditate argomentazioni teologico-filosofiche o eleganti disquisizioni in punta di fioretto, senza considerare che la prassi giurisprudenziale si è occupata fino a ora di discorsi intrisi di odio e di violenza. Rispetto a questi ultimi, i problemi di bilanciamento tra la libertà di espressione e le esigenze di tutela sottese alle condotte istigatrici restano pertanto inalterati³¹⁰, e sicuramente meritevoli di ulteriori riflessioni: ci si dovrebbe domandare, in particolare, se i costi dell'incriminazione dei discorsi d'odio (il sacrificio della libertà di espressione) siano compensati dai vantaggi (un contrasto più efficace al razzismo o all'omofobia)³¹¹.

Invece, a dispetto di un dato normativo che potrebbe far intendere il contrario («non costituiscono discriminazione [...] la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee...»), la commissione di atti discriminatori non ha nulla a che vedere con la tutela del pluralismo delle idee³¹²: riprendendo un esempio già noto, chi annuncia pubblicamente che non saranno prese in considerazione proposte di collaborazione lavorativa provenienti da persone omosessuali,

rebbe ancora più urgente la distinzione tra le due figure, essendo i motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia penalmente rilevanti nel caso dell'istigazione, ma non della propaganda.

310 Secondo A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 693 e 707, le condotte di istigazione non dovrebbero rientrare nella categoria dei reati di opinione perché esse sarebbero punite in ragione della loro «capacità di produrre l'effetto sociale di un incitamento di altre persone alla commissione di reati», e non per «il mero fatto dell'espressione di un contenuto valutativo». Cfr. anche G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, 296-297, a proposito dell'istigazione alla violenza razzista. Il problema è che, come si è visto, la prassi giurisprudenziale pone (discutibilmente) l'accento più sul carattere odioso del messaggio veicolato dall'istigazione che sui suoi effetti.

311 Guardano con sfavore all'incriminazione dei discorsi d'odio, con varie argomentazioni, J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, New York-London, 1997, 71 ss. (trad. it., *Parole che provocano. Per una politica del performativo*, Milano, 2010); A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., 711 ss.; G. PINO, *Discorso razzista*, cit., 287 ss., 304 ss.; A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 184 (a conclusione di un ampio percorso argomentativo); A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., 71 ss. In senso contrario, cfr. L. GOISIS, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 436 ss.; M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 116 ss. Si attesta su posizioni problematiche, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 161 ss., 246 ss.

312 Lo ritiene «del tutto ovvio», E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 27. Cfr. anche A. PUGIOTTO, *Aporie*, cit., 11.

straniere, ecc., non si limita a dire qualcosa, ma fa qualcosa³¹³, nello specifico dissuadere tali persone dal presentare le loro candidature³¹⁴.

Piuttosto, occorre chiarire quando gli atti discriminatori siano «conformi al diritto vigente», e quindi non punibili. Va innanzitutto escluso che i trattamenti discriminatori possano essere autorizzati da atti di rango sublegislativo, come nell'esempio «dell'ordinanza di un sindaco che vieti ai rom di sedersi sulle panchine di un parco perché i loro abiti non sono consoni al luogo»³¹⁵. Infatti, la clausola di salvaguardia contribuisce a definire, sia pure in negativo, gli estremi di tipicità della nozione penalmente rilevante di discriminazione («non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione»), e pertanto deve necessariamente soggiacere al principio di riserva di legge³¹⁶.

313 Inevitabile il rinvio a J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, Cambridge, 1975, 5 ss. (trad. it. *Come fare cose non le parole*, Genova, 1987), sulla funzione performativa degli atti linguistici. Riprende questi temi, J. BUTLER, *Excitable Speech*, cit., 15 ss., 43 ss. (e sul punto l'analisi critica di L.H. SCHWARTZMAN, *Hate Speech, Illocution, and Social Context: A Critique of Judith Butler*, in *J. Soc. Philosophy*, 2002, 421 ss.). Nella dottrina penalistica, cfr. A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., 700 ss.

314 CGUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, 10 luglio 2008, C-54/07, § 21 ss.; Corte app. Brescia – sez. Lavoro, 11 dicembre 2014, Carlo Taormina c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford, cit., 19 ss.

315 È l'esempio formulato da L. MORASSUTO, *Omofoobia e transfobia*, cit.

316 Sui rapporti tra norme definitorie e principio di legalità, per tutti F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 177-178; F. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 189. Al medesimo esito ricostruttivo dovrebbe giungere anche chi volesse ravvisare nella clausola in esame una scusante, oppure una causa di non punibilità (ricondono tali istituti all'ambito della riserva di legge, tra gli altri, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 228 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 28-29, 193 ss.; G. DE VERO, *Corso*, cit., 234, 287, 374; per una posizione ancora più rigorosa, che sottopone alla riserva di legge ogni aspetto della disciplina penale, M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 41, 62, 66). Per quanto riguarda la possibilità di rileggere la clausola nell'ottica delle cause di giustificazione, e più precisamente dell'esercizio del diritto, si dovrebbe comunque tener conto di quell'autorevole posizione dottrinale che esclude gli atti amministrativi contrari alla legge dal novero delle fonti del diritto scriminante ex art. 51 c.p. (così, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 247; cfr. anche A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, 341; P. SEMERARO, *L'esercizio del diritto*, Milano, 2009,

A questo punto, per riempire di contenuto il riferimento al diritto vigente sembrerebbe opportuno ricorrere a quelle disposizioni della legislazione antidiscriminatoria che, a determinate condizioni, ammettono le differenze di trattamento basate sulla razza, l'età, il sesso, l'orientamento sessuale, ecc. Seguendo questa strategia interpretativa, alla formula «ovvero anche se» andrebbe riconosciuta una valenza specificativa, volta a ricordare all'interprete la disciplina derogatoria prevista dalla legislazione antidiscriminatoria per le c.d. organizzazioni di tendenza.

Deve ammettersi che tale impostazione renderebbe la parte finale della clausola sostanzialmente superflua, perché le pratiche discriminatorie perpestrate dalle organizzazioni di tendenza sarebbero in ogni caso «conformi al diritto vigente»³¹⁷. Tuttavia, un'interpretazione disgiuntiva dell'«ovvero anche se» consentirebbe di sottrarsi a tale critica, ma al prezzo di rendere ancora più incerto l'ambito operativo della clausola in esame, dovendosi a questo punto distinguere tra condotte discriminatorie che, sebbene difformi dal diritto vigente (= non autorizzate dalla legislazione antidiscriminatoria), sono «relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano» le organizzazioni menzionate, e condotte che invece non lo sono³¹⁸.

Ad esempio, la decisione di negare specifici trattamenti sanitari alle persone di colore non sembra strumentale all'attuazione del diritto all'assistenza sanitaria³¹⁹, né di altri principi costituzionali. Ci si potrebbe domandare, in-

14 e nota 23): seguendo questa prospettiva, il giudice penale potrebbe disapplicare l'ordinanza anti-rom dell'esempio prospettato nel testo, perché contrastante con il divieto di discriminazione.

317 Anche se si potrebbe replicare, sulla scorta dell'insegnamento di F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1265, che «è una tecnica normativa perfino raccomandabile quella di spiegare, rinunciando in modo diverso, ed evidenziandone i 'corollari', un principio basilare dell'ordinamento».

318 L'interpretazione disgiuntiva non consentirebbe invece di escludere la punibilità delle istigazioni all'odio e alla violenza: così, M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit., § 6, il quale divide la clausola in due parti, la prima relativa alle opinioni («non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza»), la seconda alle condotte («né le condotte conformi al diritto vigente, ovvero anche se assunte», ecc.).

319 Temono invece che la clausola potrebbe rendere tale condotta penalmente lecita, M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit., § 6; L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia*, cit. Sul diritto alla salute ex art. 32 Cost. (anche) come diritto alle cure, e sul suo «nucleo irriducibile» che, secondo la giurisprudenza costituzionale, deve resistere anche ai condizionamenti derivanti dalla limitatezza delle risorse finanziarie, per tutti D. MORANA, *La salute come*

vece, se l'interpretazione disgiuntiva facoltizzi trattamenti deteriori nei confronti dei dipendenti che non condividono la visione propugnata dalle organizzazioni di tendenza presso le quali prestano servizio, senza però svolgere mansioni lavorative essenziali per la salvaguardia del profilo etico, culturale o religioso dell'ente (si pensi, ad esempio, all'addetto della pulizia dei locali)³²⁰.

In casi come questi, forse, potrebbe ravvisarsi un nesso tra la condotta discriminatoria e l'attuazione dei «principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano» l'organizzazione. Allo stesso tempo, sarebbe legittimo dubitare della legittimità costituzionale di una disciplina che, prescindendo dai canoni della legislazione antidiscriminatoria (essenzialità della caratteristica differenziale ai fini dello svolgimento della mansione; proporzionalità della misura discriminatoria adottata all'obiettivo da perseguire, ecc.)³²¹, rinunciassero aprioristicamente a bilanciare gli interessi delle organizzazioni di tendenza con quelli sottesi al principio – pure di rango costituzionale – di non discriminazione.

10. Nel corso dell'analisi, si è preferita una prospettiva metodologica che, ridimensionando in via interpretativa gli elementi di criticità della l. Reale e della l. Mancino³²², consentisse alla proposta in esame di conformarsi il più possibile al volto costituzionale dell'illecito penale³²³. Avvian-

diritto costituzionale. Lezioni, Torino, 2015, 84 ss.: nel nostro esempio, non si potrebbe pertanto invocare il pretesto di dover garantire una migliore assistenza ai cittadini italiani. Discutono il problema dell'allocazione delle risorse sanitarie dal punto di vista filosofico, E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 2004, 275 ss.; M. MORI, *Manuale*, cit., 357 ss.

320 Sulla delicata linea distintiva tra le mansioni ideologicamente qualificate e quelle neutrali rispetto alla tendenza, cfr. per tutti M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006, 156; D. STRAZZARI, *Discriminazione*, cit., 308.

321 Un'ampia analisi di tali canoni, ai quali è affidato il temperamento degli interessi in conflitto, in A. LASSANDARI, *La discriminazione*, cit., 187 ss.

322 Ad avviso di D. PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015, 4, quando si tratta di proposte di legge, sarebbe preferibile un'«ermeneutica del sospetto (fin quasi al limite della paranoia)»; successivamente, «a legge approvata sarà bene impegnarsi, fin dove il testo lo consenta, in interpretazioni orientate all'idea della razionalità del legislatore». Nel nostro caso si è prediletta la seconda opzione perché l'ermeneutica del sospetto, nell'esaltare i difetti della proposta in esame, avrebbe contemporaneamente suggerito interpretazioni regressive della l. Reale e della l. Mancino, ad esempio in ordine alla nozione di discriminazione, all'ambito operativo delle condotte prodromiche, ecc.

323 La suggestiva espressiva si deve, com'è noto, a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIX, 1973, 8 e 92.

doci alle conclusioni, va però precisato che il prodotto dell'aspirante legislatore presenta anche molte ombre³²⁴.

Infatti, sarebbe più che opportuno rivedere l'impianto complessivo della l. Reale e della l. Mancino, piuttosto che limitarsi a estenderne l'armamentario ai motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia. Come sappiamo, sono numerosi gli aspetti che meritano di essere disciplinati in modo tecnicamente più avveduto, anche per quanto attiene all'implementazione degli obblighi internazionali di incriminazione³²⁵. Invece di ricalcare pedissequamente le condotte che l'art. 4 della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* impone di punire, il legislatore nazionale dovrebbe riformularle in termini più rispettosi dei principi costituzionali, ad esempio per quanto attiene alla parificazione *quoad poenam* tra istigazione e reato istigato, alla nozione di atti di violenza o di discriminazione, ai rapporti tra l'associazione razzista e l'art. 416 c.p., alle ipotesi di anticipazione della soglia della punibilità che rischiano di criminalizzare il dissenso, ecc. Andrebbero anche abbandonati approcci sanzionatori ciecamente afflittivi³²⁶, orientandosi piuttosto nella direzione della giustizia riparativa, laddove possibile³²⁷.

324 I due assunti non sono contraddittori: se si ammette che «il processo di concretizzazione per via democratico-discorsiva della politica penale è privo di veri e propri vincoli positivi, di matrice costituzionale, preesistenti rispetto alla deliberazione democratica» (così, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, 1560), diventa «quasi un'ovvietà» ammettere persino la possibilità di «una politica illiberale, ma non incostituzionale» (M. DONINI, «Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'«offense» di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1560). Su queste premesse, invita a non «inflazionare l'appello ai principi costituzionali», C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 242, con riferimento al tema, assai prossimo a quello trattato, dei reati di opinione.

325 Sui quali cfr. per tutti E. FRONZA, *Osservazioni*, cit., 35 ss.; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda*, cit., 123 ss.

326 Particolarmente criticata, perché rispondente «a schemi di pura afflittività, connessi alla rozza simbologia del contrappasso» (S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 102; L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 18), la sanzione accessoria dell'attività non retribuita di pubblica utilità, nel momento in cui essa consista in «opere di bonifica e restauro degli edifici danneggiati con scritte, emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni» razziste. A proposito dell'originaria Proposta Scalafrotto, che aveva previsto la possibilità di svolgere l'attività non retribuita «in favore delle associazioni di tutela delle persone omosessuali, bisessuali, transessuali o transgender», ha osservato L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6, che meccanismi siffatti «finiscono per non risultare affatto costruttivi, ma per creare il rischio di ulteriori rancori e incomprensioni».

327 Ancora L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6.

In una visione più ambiziosa, che purtroppo non appartiene all'attuale classe politica, la proposta contro l'omofobia avrebbe potuto fornire l'occasione per sperimentare strategie di politica criminale più articolate e innovative. Razzismo, xenofobia, omofobia e transfobia rinviando a processi di stigmatizzazione nei confronti delle minoranze (etniche, religiose, sessuali, ecc.) che travalicano i pregiudizi dei singoli individui, radicandosi in sistemi di credenze condivisi da strati della società più o meno ampi³²⁸.

Fenomeni macro-sociali di tale portata non possono essere affrontati con il solo strumentario del diritto penale, fisiologicamente destinato a sanzionare singoli comportamenti delittuosi, ma richiedono interventi sul piano dell'implementazione dei diritti umani³²⁹, delle campagne educative, della formazione di chi esercita funzioni di rilievo pubblico, della legislazione antidiscriminatoria³³⁰.

Ovviamente, tutto ciò presupporrebbe una classe politica decisa a prendere finalmente sul serio i diritti delle identità sessuali minoritarie, ponendo fine a una violazione della Costituzione e delle fonti sovranazionali che diventa ogni giorno più intollerabile.

328 Cfr. § 4. Sullo stigma strutturale, e sui suoi effetti nei confronti degli individui discriminati, cfr. per tutti P.W. CORRIGAN, A.C. WATSON, M.L. HEYRMAN, A. WARPINSKI, G. GRACIA, N. SLOPEN, L.L. HALL, *Structural Stigma in State Legislation*, in *Psychol. Serv.*, 2005, 557 ss.; G.M. HEREK, *Confronting Sexual Stigma and Prejudice: Theory and Practice*, in *J. Soc. Issues*, 2007, 907 ss.; M.L. HATZENBUEHLER, *Structural Stigma and the Health of Lesbian, Gay, and Bisexual Populations*, in *Curr. Dir. Psychol. Sci.*, 2014, 127 ss.

329 Cfr. § 6.

330 Insiste su questi aspetti, ARTICLE 19, *Responding Hate Speech against LGBTI People*, London, 2013, 21 ss., in www.article19.org. V. anche G. PINO, *Discorso razzista*, cit., 305.

I VALORI E LE CONTRADDIZIONI DELLO SPORT

Sommario: 1. Premessa. 2. Segregazione sessuale e dominanza del genere maschile nello sport. 3. Eteronormatività ed omofobia. 4. Contrastare l'omofobia in campo sportivo. 5. Conclusioni.

1. Secondo la definizione adottata dalla Conferenza dei Ministri Europei dello Sport nella Carta Europea dello Sport del 1992 si intende per sport *«qualsiasi forma di attività fisica che, mediante una partecipazione organizzata o meno, abbia come obiettivo il miglioramento delle condizioni fisiche e psichiche, lo sviluppo delle relazioni sociali o il conseguimento di risultati nel corso di competizioni a tutti i livelli»*¹. L'attività sportiva rappresenta infatti una parte rilevante nella vita di tutti, bambini, adolescenti e adulti. Sono ampiamente documentati i benefici legati alla pratica regolare di attività sportiva, non solo fisici, ma anche psicologici². Lo sport aiuta a controllare il peso corporeo, a prevenire i fattori di rischio di malattie croniche metaboliche o cardiovascolari, migliora l'immagine di sé, potenzia le capacità relazionali, promuovendo lo spirito di collaborazione, il confronto, la sana competitività. Offrendo esperienze sia di successo che di fallimento, insegna a reagire rispettando l'altro e aumenta la stima di sé. Le persone che praticano regolarmente sport tendono ad affrontare gli eventi stressanti della vita in maniera positiva e, per questo motivo, sono meno soggette ad ansia, depressione e disturbi psicologici in generale³. Tutti dovrebbero avere la possibilità di partecipare ad attività sportive, ancor più

-
- 1 Cfr. http://www.sportgoverno.it/media/11154/carta_europea_sport.pdf
 - 2 G. WANG, M. PRATT, C.A. MACERA, Z.J. ZHENG, G. HEATH, *Physical activity, cardiovascular disease, and medical expenditures in U.S. adults*, in *Ann. Behav. Med.*, 2004, 28, 88-94; M. LOTAN, J. MERRICK, E. CARMELI, *A review of physical activity and well-being*, in *Int. J. Adolesc. Med. Health*, 2005, 17(1), 23-31.
 - 3 R.M. EIME, J.A. YOUNG, J.T. HARVEY, M.J. CHARITY, W.R. PAYNE, *A systematic review of the psychological and social benefits of participation in sport for adults*:

in età pediatrica ed adolescenziale, quando lo sport può giocare un ruolo fondamentale nella formazione della personalità.

2. Se è vero che in ambito sportivo sono state storicamente abbattute molte barriere nei confronti della diversità di genere, di razza o di abilità fisica, consentendo così una sempre maggiore partecipazione allo sport alle donne, alle persone di tutte le razze o a quelle con disabilità fisica, le questioni relative all'orientamento sessuale o all'identità di genere sono ancora molto trascurate o vissute secondo gli stereotipi sociali⁴. Purtroppo l'ambiente sportivo, sia in ambito educativo, che ricreativo o professionistico, presenta molto spesso una caratterizzazione discriminante nei confronti delle persone con orientamento omo- o bi-sessuale o che presentano una non conformità di genere⁵. Ciò trova le sue radici nella cultura di genere che pervade tuttora le società occidentali e che rappresenta un fattore che regola le relazioni sociali. L'ambito sportivo – sia a livello professionistico che dilettantistico – rappresenta una delle ultime istituzioni sociali in cui questa cultura «sessualmente segregante» e dominata dagli uomini trova ancora la sua massima espressione⁶. Ciò è testimoniato dal fatto che, nonostante la percentuale delle donne sia complessivamente ormai quasi pari a quella degli uomini tra gli atleti (sia tesserati che praticanti), lo sport praticato dagli uomini è più visibile e meglio retribuito di quello praticato dalle donne⁷; inoltre, allenatori e arbitri sono prevalentemente di genere maschile, anche negli sport praticati dalle donne⁸. Come riportato nel documento programmatico del-

informing development of a conceptual model of health through sport, Int J Behav Nutr Phys Act, 2013, 10, 98.

- 4 S.S. MAURER-STARKS, H.L. CLEMONS, S.L. WHALEN, *Managing heteronormativity and homonegativity in athletic training: In and beyond the classroom*, in *J. Athl. Train*, 2008, 43(3), 326-336.
- 5 Cfr. *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States*. <http://fra.europa.eu/en/publication/2011/homophobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-and-gender-identity-eu>
- 6 D.G. GILL, C.S. KAMPHOFF, *Gender in sport and exercise psychology*, in J.C. Chrisler, D.R. McCreary (a cura di), *Handbook of Gender Research in Psychology. Volume 2: Gender Research in Social and Applied Psychology*. Springer New York Dordrecht Heidelberg London, 2010, 563.
- 7 http://www.ilsole24ore.com/pdf/2010/SoleOnLine5/_Oggetti_Correlati/Documenti/Impresa%20e%20Territori/2013/04/differenziale-retributivo-europa.pdf
- 8 *Women in Intercollegiate Sports. A Longitudinal, National Study Thirty-Seven Year Update*, 2002. <http://acostacarpenter.org/2014%20Status%20of%20Women%20in%20Intercollegiate%20Sport%20-37%20Year%20Update%20-%201977-2014%20.pdf>

la Camera dei Deputati «Lo sport italiano verso il 2020»⁹, in Italia la partecipazione femminile negli organi territoriali del CONI (Comitato Olimpico Nazionale Italiano) e delle Federazioni è attualmente intorno al 10%, percentuale inferiore a quanto avviene nelle organizzazioni sportive degli altri Paesi europei. Nel tentativo di ridurre la distanza che separa l'Italia dagli altri Paesi, la commissione nominata dalla Giunta Nazionale del CONI si è proposta l'obiettivo di stabilire una soglia minima del 30% di partecipazione femminile negli organi territoriali del CONI e delle Federazioni, e di portare al 50% la quota di donne nelle rappresentanze degli atleti negli organi direttivi centrali e territoriali del CONI e delle Federazioni (compatibilmente con le peculiarità delle singole discipline sportive).

Come affermato da Messner¹⁰, lo sport rappresenta un'istituzione segregante che spinge giovani e adulti maschi verso processi di socializzazione che ruotano esclusivamente intorno al genere maschile. Così, per adeguarsi ad una definizione ristretta di mascolinità, sembra essere necessaria una cultura eterosessista, che cioè «nega, denigra e stigmatizza ogni forma di comportamento, identità, relazione o comunità non eterosessuale»¹¹, spingendo alla negazione totale dell'omosessualità in quanto realtà esistente e costitutiva di alcuni individui e colpendo tutto ciò che non rientra nelle norme culturalmente imposte di femminilità e mascolinità. Gli stereotipi di genere rafforzano l'idea che alcune discipline sportive siano appropriate per i maschi e altre per le femmine. Negli sport in cui vi è il predominio maschile, infatti, gli stereotipi di genere sono utilizzati per preservare il potere maschile, relegando tutto ciò che è “non virile” ad uno status inferiore¹². Di conseguenza, lo sport agonistico – che raccoglie la maggiore attenzione dei media e le maggiori risorse – è prevalentemente maschile, tranne pochissime eccezioni, come il nuoto sincronizzato o il pattinaggio sul ghiaccio, che sono sport strettamente legati alla femminilità. Le persone tendono a collocare le caratteristiche di un individuo sulla base dell'identità di genere percepita di quella persona. Lo stereotipo dell'atleta di sesso maschile è quello di una persona

9 http://www.leg16.camera.it/temiap/temi16/Lo_sport_italiano_2020.pdf

10 M. MESSNER, *Power at play: Sports and the problem of masculinity*, Boston, 1992.

11 G.M. HEREK, *Beyond “homophobia”: Thinking about sexual stigma and prejudice in the twenty-first century*, in *Sexuality Research and Social Policy*, 2004, 1(2), 6-24.

12 E. ANDERSEN, *In the games: Gay athletes and the cult of masculinity*, New York, 2005; M. MESSNER, *Power at play: Sports and the problem of masculinity*, Boston, 1992.

che ha caratteristiche legate alla forza e alla virilità. Essere *gay* minaccia l'immagine degli sport maschili, soprattutto quelli che sono per eccellenza simbolo di virilità. Lo stereotipo femminile prevede, invece, una figura dotata di grazia e di armonia, ma più emotiva, debole e fragile, rispetto all'uomo¹³. Se un uomo pratica la danza o la ginnastica ritmica oppure se una donna pratica attività più legate alla forza e alla potenza, può nascere il sospetto che siano omosessuali, anche se non è detto che lo siano realmente¹⁴. In realtà alcuni studi recenti¹⁵ riportano che gli uomini si sentono molto più limitati delle donne nella scelta delle attività sportive o di alcuni ruoli. Schmalz e Kerstetter¹⁶, ad esempio, utilizzando un campione di bambini e bambine di 8-10 anni, hanno dimostrato che essi sono già in grado di riconoscere gli stereotipi di genere e lo stigma associato ad alcune attività e che le bambine si sentono più libere dei maschi di oltrepassare le barriere legate ai ruoli di genere.

Per tutte le ragioni fin qui esposte, l'ambiente sportivo non incoraggia di certo le persone lesbiche, *gay*, bisessuali o *transgender* (LGBT) a rendersi visibili o ad esprimere pubblicamente il proprio orientamento sessuale o la propria identità di genere, così come risulta difficile accettare un *coming out* di una persona LGBT da parte di compagni di squadra, allenatori, tifosi o sponsor¹⁷. Sono infatti ancora pochi gli atleti professionisti, uomini e donne, che dichiarano apertamente di essere *gay* o lesbiche. Ad esempio, nelle ultime due Olimpiadi (Pechino 2008 e Londra 2012)¹⁸, la percentuale di atleti dichiarati *gay* o lesbiche era rispettivamente dello 0,09% e

-
- 13 E. METHENY, *Symbolic forms of movement: The feminine image in sports*, in E. Metheny (A cura di), *Connotations of Movement in Sport and Dance*. Dubuque, 1965, 43-56.
 - 14 E.M. BLINDE, D.E. TAUB, *Women athletes as falsely accused deviants: managing the lesbian stigma*, *Sociol. Q.*, 1992, 33(4), 521-533; M.J. KANE, *Media coverage of the post Title IX female athlete: a feminist analysis of sport, gender and power*, *Duke J Gender Law Public Policy*, 1996, 3, 95-127.
 - 15 N. KOIVULA, *Ratings of gender of sports participation: Effects of gender-based schema processing*, *Sex Roles*, 1995, 33, 543-557; B.A. RIEMER, M.E. VISIO, *Gender-typing of sports: An investigation of Metheny's classification*, *Research Quarterly for Exercise and Sport*, 2003, 74, 193-204.
 - 16 D.L. SCHMALZ, D.L. KERSTETTER, *Girlie girls and manly men: Children's stigma consciousness of gender in sports and physical activities*, *Journal of Leisure Research*, 2006, 38, 536-557.
 - 17 S.R. RANKIN, *Campus climate for gay, lesbian, bisexual, and transgender people: A national perspective*, New York, 2003. http://www.thetaskforce.org/reports_and_research/campus_climate.
 - 18 <http://www.outsports.com/os/index.php/Olympics/2008/In-Beijing-Olympics-only-5-openly-gay-athletes.html>.

dello 0,22%; analogamente, in occasione delle ultime Olimpiadi invernali di Sochi 2014, solo 7 atlete (pari allo 0,28% del campione totale) hanno dichiarato la loro omosessualità. In Italia il fenomeno è ancor più negato. La prima atleta italiana ad aver dichiarato la propria omosessualità risale, infatti, ai primi mesi del 2014: si tratta di Nicole Bonamino, portiera della nazionale di *hockey in line*.

3. La cultura eteronormativa (secondo cui l'eterosessualità costituisce la norma) e omonegativa (che implica atteggiamenti e comportamenti negativi nei confronti degli omosessuali) si apprende e si diffonde molto presto in ambito sportivo. Basti pensare, concretizzando attraverso una serie di situazioni esemplificative, alle battute negli spogliatoi, agli allenatori che ridicolizzano il ragazzo con scarsa capacità atletica («Tiri come una femminuccia»), agli amici che, osservando una ragazza giocare a calcio, commentano tra loro «Gioca come un maschiaccio», alla considerazione che uomini con scarso interesse negli sport siano ritenuti poco virili, e così via.

Per la forte cultura eteronormativa di cui è pervaso, lo sport può diventare un terreno fertile per le discriminazioni e le aggressioni omofobiche non solo rivolte alle persone LGBT, ma anche alla persone eterosessuali che non sono strettamente conformi al ruolo di genere atteso. Purtroppo, allo stato attuale, non esistono molte ricerche sull'omofobia nello sport e sui suoi effetti sulla salute psicofisica, ma diversi lavori scientifici testimoniano un clima di omonegatività o di vera e propria omofobia in tutti i luoghi dove si pratica attività fisica o sport, attraverso gli stereotipi negativi, l'isolamento sociale, i commenti verbali, la discriminazione nella scelta di un atleta, fino alle molestie di natura omofobica¹⁹.

Un altro fenomeno emergente che, specificamente, si riscontra in adolescenza, riguarda il bullismo omofobico. Con questo termine si intende l'insieme di «quei comportamenti violenti a causa dei quali un alunno o un'alunna viene esposto ripetutamente ad esclusione, isolamento, minaccia, insulti e aggressioni da parte del gruppo dei pari, di una o più persone che stanno nel suo ambiente più vicino, in una relazione asimmetrica di potere, dove gli aggressori o “bulli” si servono dell'omofobia, del sessismo, e dei valori associati all'eterosessismo. La vittima sarà squalificata e de-umanizzata, e in generale, non potrà uscir fuori da sola da questa si-

19 P. GRIFFIN, *Strong women, deep closets: Lesbians and homophobia in sport*, Champaign, 1998; V. KRANE, *We can be athletic and feminine, but do we want to? Challenges to femininity and heterosexuality in women's sport*, in *Quest*, 2001, 53, 115-133; B. PRONGER, *The arena of masculinity: Sports, homosexuality and the meaning of sex*, New York, 1990.

tuazione, in cui possono trovarsi tanto i giovani gay, lesbiche, transessuali o bisessuali, ma anche qualunque persona che sia recepitata o rappresentata fuori dai modelli di genere normativi»²⁰. Il bullismo omofobico nello sport, al pari delle altre forme di bullismo, ha un fortissimo impatto sulla salute psicofisica della vittima. Purtroppo, si tratta di un fenomeno sommerso, taciuto a causa della vergogna²¹. Talvolta gli stessi atleti che assistono ad episodi di bullismo omofobico, anche se non sono LGBT e/o vittime del bullismo, sono riluttanti nel segnalare questi episodi a causa del timore che compagni, allenatori o altri adulti li considerino omosessuali per una sorta di «contagio». Se il gesto non viene espressamente e prontamente biasimato, si può diffondere l'idea della sua legittimità.

Per quanto riguarda l'ambito scolastico, invece, Morrow e Gill²² hanno valutato la percezione di comportamenti omofobici ed eterosessisti nella scuola pubblica e l'adozione da parte degli insegnanti di comportamenti protettivi intervistando un campione di 82 insegnanti di educazione fisica e di 77 studenti americani. Il 60% del campione dichiarava di aver assistito ad episodi omofobici ed il 50% delle persone gay o lesbiche di averli subiti. Pochi insegnanti e studenti si ritenevano in grado di affrontare apertamente questi comportamenti discriminatori. Gli insegnanti dichiaravano di creare degli spazi inclusivi, mentre gli studenti (soprattutto quelli LGBT) negavano che ciò veniva attuato da parte degli insegnanti. Gli stessi autori, in un altro studio²³ condotto sugli atteggiamenti percepiti nei confronti di alcune minoranze basate sull'etnia, sulla disabilità e sul genere da parte di insegnanti di educazione fisica in formazione, riportavano che gli ambiti sportivi erano molto più inclusivi verso le minoranze etniche/razziali, che non nei confronti di persone gay/lesbiche e/o disabili, creando la base per le molestie e l'esclusione dallo sport di queste due categorie identitarie. Questi studi indicano che i professionisti che lavorano nel campo della formazione e dell'educazione sportiva riescono a riconoscere le situazioni discriminanti, ma necessitano di formazione specifica per acquisire abilità

20 L. PLATERO, R. GÓMEZ, *Herramientas para combatir el bullying homofóbico*. Madrid, 2007.

21 C. BRACKENRIDGE, I. RIVERS, B. GOUGH, K. LLEWELLYN, *Driving down participation. Homophobic bullying as a deterrent to doing sport*, in C.C. AITCHISON (a cura di), *Sport and Gender Identities: Masculinities, femininities and Sexualities*, London, 2006, 122-139.

22 R.G. MORROW, D.L. GILL, *Perceptions of homophobia and heterosexism in physical education*, in *Research Quarterly for Exercise and Sport*, 2003, 74, 205-214.

23 D.L. GILL, R.G. MORROW, K.E. COLLINS, A.B. LUCEY, A.M. SCHULTZ, *Perceived climate in physical activity settings*, in *J. Homosex*, 2010, 57(7), 895-913.

e strategie volte ad aumentare l'inclusione. Anche nello studio di O'Brien e coll.²⁴, gli atteggiamenti omofobici e le possibili motivazioni sono stati valutati in 409 tirocinanti all'insegnamento di educazione fisica o di altre discipline. I risultati hanno dimostrato che i pregiudizi verso l'omosessualità erano maggiormente presenti nei tirocinanti all'insegnamento di educazione fisica rispetto ai tirocinanti di altre materie e che queste differenze erano spiegate soprattutto da tratti ideologici di tipo conservatore e dall'espressione di alti livelli di autoritarismo.

Le principali evidenze sull'omofobia nello sport professionistico si focalizzano soprattutto nel calcio²⁵. In questo contesto, l'omofobia viene espressa nella cultura dei tifosi e tra i calciatori, con l'utilizzo di slogan o di linguaggio omofobico per offendere, intimidire e deridere gli avversari o gli arbitri nel contesto delle competizioni sportive. Purtroppo questi episodi restano quasi sempre incontrastati. La discriminazione sembra coinvolgere soprattutto gli uomini omosessuali. A tal proposito, Roper e Halloran²⁶, analizzando un campione di atleti eterosessuali di entrambi i sessi, hanno riscontrato che gli atleti di sesso maschile avevano atteggiamenti più negativi nei confronti di persone *gay* e lesbiche rispetto alle atlete di sesso femminile; inoltre gli atteggiamenti più negativi erano diretti più verso le persone *gay* che non lesbiche.

Mentre persone *gay* e lesbiche praticano lo sport in un clima di omofobia, le persone *transgender* nella maggioranza dei casi sono direttamente escluse dallo sport sia amatoriale che professionistico. Una delle principali barriere può essere rappresentata dalla mancanza di spogliatoi o di strutture ricreative che possano rispondere alle necessità di queste persone, a cui si aggiunge la preoccupazione relativa ad uno "sleale vantaggio competitivo"²⁷. Tale preoccupazione sembra investire specificamente le persone *transgender MtF* (da maschio a femmina), considerando la forte differenza nelle capacità fisiche e corporee tra uomini e donne e la superiorità atletica maschile.

24 K.S. O'BRIEN, H. SHOVELTON, J.D. LATNER, *Homophobia in physical education and sport: the role of physical/sporting identity and attributes, authoritarian aggression, and social dominance orientation*, in *Int. J. Psychol.*, 2013, 48(5), 891-899.

25 T. WALTHER, *Kick It Out: Homophobia in Football*. European Gay and Lesbian Sport Federation, Berlino, Amsterdam, 2006.

26 E.A. ROPER, E. HALLORAN, *Attitudes toward gay men and lesbians. Among heterosexual male and female student-athletes*, in *Sex Roles*, 2007, 57, 919-928.

27 H. SYKES, *Transsexual and transgender policies in sport*, in *Women in Sport and Physical Activity Journal*, 2006, 15(1), 3-13.

L'atmosfera di ostilità o di disparità ha indotto le persone LGBT, a partire dagli anni '90, ad istituire associazioni sportive alternative, come gli *European Gay and Lesbian Sports Championships (Eurogames)*, i *Gay Games* e i *World Outgames*. Queste manifestazioni hanno consentito a molti atleti, uomini e donne, di gareggiare senza dover tacere il proprio orientamento sessuale e ad alcune persone *transgender* di partecipare secondo il genere prescelto²⁸, oltre che rappresentare una visibilità legata alla sfera dell'attivismo politico.

4. Negli ultimi anni sembra diffondersi una maggiore sensibilizzazione verso il tema dell'omofobia nello sport.

Nel 2010 il Comitato dei Ministri della Comunità europea, in occasione della 1081^a riunione dei Delegati dei Ministri, nell'ambito di un documento intitolato *Raccomandazione CM/Rec (2010) 5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere* ha emanato alcune raccomandazioni specifiche al contrasto dell'omofobia nello sport (*Allegato alla Raccomandazione CM/Rec(2010)5*)²⁹ qui di seguito elencate:

«L'omofobia, la transfobia e la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere sono inaccettabili nello sport, come il razzismo o le altre forme di discriminazione e dovrebbero essere contrastate.»

«Le attività sportive e i relativi impianti dovrebbero essere aperti a tutti, senza discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere; in particolare, dovrebbero essere adottate misure efficaci volte a prevenire, combattere e punire gli insulti discriminatori che facciano riferimento all'orientamento sessuale o all'identità di genere in occasione o nell'ambito di eventi sportivi.»

«Gli Stati membri dovrebbero incoraggiare il dialogo con le associazioni sportive e i fan club e fornire loro sostegno per stimolarli a sviluppare attività di sensibilizzazione per la prevenzione della discriminazione nei confronti di persone lesbiche, gay, bisessuali e transessuali nello sport, e a condannare qualsiasi manifestazione di intolleranza nei loro confronti.»

Allo scopo di proteggere gli atleti dall'abuso e dalle molestie sessuali, nel 2007 la Commissione Esecutiva del Comitato Olimpico Internazionale (CIO) ha pubblicato una Consensus su "*Sexual Harassment & Abuse in*

28 <http://www.eurogames.info/eurogames-welcome.html>

29 http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010_5_IT.pdf

Sport”, in cui l’omofobia è inclusa nel continuum delle forme di molestia di genere o sessuale³⁰.

Purtroppo molte associazioni sportive continuano ad attribuire all’omofobia una bassa priorità nell’agenda anti-discriminazione, soprattutto se paragonata agli sforzi profusi per contrastare il razzismo. È invece importante che la scuola e le organizzazioni sportive promuovano una cultura volta all’inclusione e al contrasto dell’omofobia, allo scopo di prevenire i comportamenti discriminatori o di rispondere adeguatamente a questi atti, quando avvengono³¹.

I programmi preventivi dovrebbero avere i seguenti obiettivi:

- Promuovere ambienti e comportamenti in cui le differenze siano un valore e non un ostacolo;
- Aumentare la consapevolezza sul significato del bullismo omofobico;
- Assicurare politiche di contrasto da parte delle organizzazioni sportive, verificando che anche l’omofobia sia compresa tra le forme di abuso o di violenza, promuovendo un valido sistema di denuncia degli atti omofobi, dando pieno sostegno alle testimonianze di atleti e sostenendo le vittime dell’atto aggressivo;
- Scoraggiare il linguaggio omofobico, ad esempio, rimuovendo disegni e graffiti a contenuto omofobico;
- Contrastare gli stereotipi di genere tramite programmi di prevenzione e/o contrasto;
- Indirizzare tali interventi anche ai leader sportivi, quali allenatori, arbitri, manager e organi disciplinari.

5. Lo sport è un fenomeno sociale e culturale di grande portata. Ha un elevato potenziale formativo ed educativo e può essere veicolo di alti valori ed ideali, strumento di prevenzione e promozione di una cultura del rispetto delle differenze, con ricadute positive anche a livello sociale e culturale. Lo sport può avere una forte influenza non solo sullo sviluppo individuale del giovane ma anche sulla relazione verso gli altri e l’apertura alla diversità.

I giovani rappresentano la chiave di volta del cambiamento, poiché spesso manifestano verso la diversità atteggiamenti più “illuminati” rispetto

30 <http://www.olympic.org/content/news/media-resources/manual-news/1999-2009/2007/02/08/ioc-adopts-consensus-statement-on-sexual-harassment-and-abuse-in-sport/>

31 *Stonewall Tackling homophobia in schools – Education for All*, cfr. www.stonewall.org.uk

alle generazioni precedenti. Infatti, in un recente lavoro ³² condotto tramite intervista anonima a 3500 tifosi e professionisti appartenenti ad associazioni calcistiche del Regno Unito e finalizzato a valutare l'atteggiamento verso calciatori *gay*, emergeva, contrariamente a quanto atteso, un declino dei sentimenti omofobici. Il 93% degli intervistati di tutte le età affermava che nel calcio non vi era posto per l'omofobia. Inoltre i tifosi incolpavano i manager sportivi e le organizzazioni della mancanza di apertura, invitandoli a contrastare la cultura del silenzio che circonda i calciatori, creando così un ambiente più inclusivo e favorevole al *coming out*.

Come precedentemente mostrato, le persone LGBT possono incontrare maggiori limitazioni nel praticare attività fisica per paura dell'esposizione a forti fattori di rischio che ne minerebbero la salute³³, non potendo dunque beneficiare dei risvolti positivi legati alla partecipazione sportiva. Riconoscere la pluralità di situazioni legate a tutti gli orientamenti sessuali e a tutte le identità di genere è il primo passo per promuovere l'equità nella salute e migliorare lo stato di salute in tutte le persone.

32 E. CASHMORE, J. CLELAND, *Fans, homophobia and masculinities in association football: evidence of a more inclusive environment*, in *Br. J. Sociol.*, 2012, 63(2), 370-87.

33 K.J. CONRON, M.J. MIMIAGA, S.J. LANDERS, *A population-based study of sexual orientation identity and gender differences in adult health*, in *Am. J. Public Health*, 2010, 100(10), 1953-1960.

IDENTITÀ SESSUATA, IDENTITÀ SESSUALE, ORIENTAMENTO SESSUALE? DALL'ESILIO DEL CORPO AL CORPO RITROVATO. RIFLESSIONI ANTROPO/TEOLOGICHE

Sommario. 0. La posta in gioco: lo scontro tra visioni antropologiche e paradigmi¹ morali. 1. L'identità sessuale: la distinzione "tra identità sessuata", "identità di genere", "ruolo di genere" e "orientamento sessuale". 2. La promessa antropologica della teoria del genere (*gender theory*). 3. La sovversione della famiglia. 4. Snodo teologico. 5. Sguardo di insieme: riscoprire la generazione/filiazione, stupirsi della coniugalità, abitare la vulnerabilità. 5.1. Riscoprire la generazione ovvero la filiazione. 5.2. Stupirsi della coniugalità. 5.3. Abitare la vulnerabilità. 6. Quale riconoscimento? 7. Conclusione: «la realtà è più importante dell'idea» (*Evangelii gaudium* [da ora EG] 231-233)

0. La riflessione si impone come una nuova visione dell'uomo e del paradigma morale che lo radica, coltiva e innerva. La richiesta del *matri-monio* tra persone del *popolo del gender*, costituisce una diversa visione in relazione alla forma autentica, antica quanto il mondo e classicamente cristiana, costituita dalla forma trinitaria della vita e dell'amore, – padre, madre, figlio² – fino a volerne decretare non solo e tanto la sua parificazio-

-
- 1 Con il termine *paradigma* – categoria elaborata dal filosofo della scienza Thomas Kuhn – si intende qui una visione complessiva di osservazione e di interpretazione della realtà, determinata da un insieme articolato e strutturato di teoria, di valori e di norme che richiamano e si radicano su alcune idee/chave di fondo.
 - 2 La famiglia, nel suo nucleo essenziale, è soprattutto il *luogo dell'articolazione della differenza dei sessi e della differenza delle generazioni*, come pure la *differenza di queste due differenze*. Infatti la differenza dei sessi, per la fecondità inscritta nella loro unione, inaugura la differenza delle generazioni. La famiglia fondata sulla differenza dei sessi intesse tre tipi di legame: *coniugale* (dell'uomo e della donna); *filiare* (dei genitori ai figli), *fraterno* (dei figli tra di loro). Il *legame coniugale* inaugura altri tre tipi di legame ormai dimenticati o meglio rimossi a motivo anche dell'esaltazione della forma nucleare della famiglia moderna, importanti per comprendere l'iscrizione della famiglia nella storia e nella vita politica. Il primo (o quarto) tipo di legame è quello *avuncolare*. Infatti, il legame coniugale richiama i fratelli dell'uomo e della donna, ovvero gli zii e le zie, figure molto decisive in alcune culture tradizionali. Un secondo (o quinto) legame, è

ne ad altre forme di convivenza sessuale, ma la sua abolizione e sostituzione o, in ogni caso, una sua ridefinizione³. Vi è uno smontaggio riuscito dell'architettura della figura cristiana del matrimonio nelle sue componenti fondamentali intimamente connesse tra loro in una visione unitaria: il mutuo scambio fatto ed accettato del dono di due persone segnate dalla differenza sessuale, cioè il dimorfismo sessuale [uomo-donna] in cui è data la persona umana, la comunione delle persone, la paternità-maternità. Queste parti dell'intero, si sono staccate ed ognuna ha mutato sostanzialmente di significato⁴.

A ben vedere, alla base della crisi della famiglia non più e solo una frantesa libertà, ma «è in gioco la visione dell'essere stesso, di ciò che in realtà significa l'essere uomini»⁵. La *questione bioetica e sociale* è divenuta *questione antropologica* (*Caritas in veritate*, n. 74). Ne è consapevole anche Maurizio Mori: sostiene che lo scontro tra il paradigma cattolico e quello del matrimonio gay «è – *mutatis mutandis*– analogo a quello che quattro

quello *avito*: i coniugi sono anche figli e avviene il legame con i nonni, che temperano il patriarcato o il matriarcato e inscrivono i figli nella tradizione e nel legame storico, di cui è esempio l'istituto della *pagponimia*, cioè l'uso di dare il nome del nonno o della nonna al primogenito/a, istituto che ricorda ai genitori di essere in ogni caso sempre figli e di non essersi dati da soli tanto meno di potere essere donatori assoluti (cf. T. ANATRELLA, *Le rôle des grands-parents dans le développement affectif des enfants*, in *Famiglia et vita* 13 [2008/1] 72-78). Il terzo (o sesto) legame è quello *soceriano*, teso a far uscire il legame coniugale da un pensiero onirico e romantico: avviene il rapporto con la famiglia della suocera. Hadjadj propone di chiamarlo *la teoria del genere*, perché radica l'ideale della coppia nel reale della parentela. Tale tipo di legame apre l'alleanza coniugale a quello storico e sociale. Come si evince dall'articolazione del discorso, ciò accade in prima battuta non per una decisione ma per una costituzione del desiderio sessuale che, nel consenso, deve aprirsi a tutto il reale che ognuno di noi riceve e non crea *ex nihilo* (cf. a riguardo F. HADJADI, *Qu'est-ce qu'une famille? Suivi de La transcendance en culottes*, Paris, 2014, 33-35).

3 Cf. C. CARDIA, *Principi incrinati*, in *Avvenire*, giovedì 11 giugno 2015, 1.

4 Cf. il mio articolo, *Il Vangelo e la gioia della famiglia*, in *Asprenas* 61 (2014) 123-152.

5 BENEDETTO XVI, Discorso *Con grande gioia*, in IDEM, *Insegnamenti di Benedetto XVI*, VIII (2012) 786-794. qui 789. Già san Giovanni Palo II aveva ben individuato il tema e il problema nel discorso del 27 agosto 1999 ai partecipanti alla Settimana di Studi sul Matrimonio e la Famiglia (cf. S. STRFANEK TChr. *La centralità dell'antropologia negli insegnamenti degli Istituti sulla Famiglia*, in *Famiglia et vita* 5 (2000/) 63-71. Dello stesso parere è l'allora Gran Rabbino di Francia, G. BERNHEIM, *Quello che spesso si dimentica di dire. Matrimonio omosessuale, omogenitorialità e adozione*, Roma-Livorno, 2013, specie 45-54; A. FUMAGALLI, *Genere e generazione. Rivendicazioni e implicazioni dell'odierna cultura sessuale*, in *La Rivista del Clero Italiano* 95 (2014/2) 133-147.

secoli fa oppose Galileo al Sant'Uffizio: allora, all'inizio della grande Rivoluzione scientifica, il contrasto tra due opposti paradigmi astronomici o due "sistemi del mondo" e il punto simbolico di scontro era rappresentato dal versetto "fermati o sole!" (Gs 10,12): oggi agli inizi della rivoluzione biomedica il contrasto è tra due opposte visioni antropologiche o due paradigmi morali, ed esso trova il punto simbolico di contrasto nel "dal principio maschio e femmina li creò" (Gn 1,27)»⁶.

All'inizio della visione della sessualità umana del *gender*, vi è l'affermazione programmatica di Simone de Beauvoir: «Donna non si nasce, lo si diventa» («On ne naît pas femme, on le devient»⁷). La provocazione non può che essere accolta, perché invita a riflettere – sui dati dell'esperienza – che ciascun individuo non è «già in partenza e una volta per tutte e in tutto e per tutto o maschio o femmina, e che sia questa natura di maschio o di femmina a determinare le sue azioni e le sue relazioni con l'altro sesso. Certo è invece che ogni soggetto si trova di fronte a quel "lo creò maschio e femmina", alla questione della differenza sessuale come riguardante l'essere dell'uomo, la sua umanizzazione»⁸. E perciò si può certo interrogare

6 M. MORI, *Bob Edwards, pioniere di una nuova era. Con il matrimonio gay: il "maschio e femmina li creò" diventa l'analogo del "fermati o sole!"?*, in *Bioetica* 2-3/2013, 189-190. Questa mescolanza dei generi letterari per screditare la posizione cattolica, che però viene citata da sola mentre è appaiata almeno a quella ebraica (cf. E. GALLI DELLA LOGGIA, *Quando le religioni sfidano il conformismo sui gay*, in *Il Corriere della Sera*, 30 dicembre 2012, 1) è anche di Vito Mancuso, che accredita la tesi dell'accettazione futura della Chiesa della teoria del *gender* su alcuni casi storici a cominciare da quello di Galileo, «costretto ad abiurare in ginocchio la teoria copernicana» (V. MANCUSO, *Perché la Chiesa accetterà la "teoria del gender"*, in *la Repubblica*, lunedì 20 aprile 2015, 1.25). Il caso Galilei va ben contestualizzato: a smontare i luoghi comuni di una presunta fedeltà letterale alla Bibbia che la Chiesa contrappose alla visione scientifica, vi sono documenti, che ben dimostrano come da parte cattolica non si avrebbe avuta alcuna difficoltà a interpretare il testo biblico in senso allegorico e non letterale, se i sostenitori della posizione copernicana avessero portato ragioni scientifiche. La posizione della Chiesa e il suo insegnamento è sempre realista, fondato cioè sull'osservazione della realtà e sui suoi risultati (cf. I. SCHINELLA, *La Congregazione per la Dottrina della Fede: Magistero vicario e norma morale*, in G. MUCCI, a cura di, *Ecclesiologia e cultura moderna*, Roma, 1979, 63-95). Proprio per questo san Roberto Bellarmino esortava Galilei a sostenere le sue affermazioni come ipotesi in una corretta posizione epistemologica della scienza. Per una discussione serena, lucida e aderente al testo e al contesto del caso Galilei, cf. L. INTRIERI, *La vicenda di Galileo nel suo tempo*, in *Vivarium* 3 (1993) 533-553.

7 S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso. L'esperienza vissuta*, Milano, 1961, 15.

8 M. BINASCO, *La differenza umana. L'interesse teologico della psicanalisi*, Siena, 2013, 34.

il testo biblico di Gen 1,27, alla luce dei problemi della cultura attuale, per verificare la presenza o meno di quella *faccia nascosta* della sua «inesauribile ricchezza antropologica e teologica»⁹. Quello che sembra affermare il testo biblico è la creaturalità dell'essere umano, che si riceve da altri e non già costruito da se stesso o dalla cultura, nella negazione della natura corporea che non è dell'ordine dell'utile ma dell'identità essenziale della persona umana. La libertà umana è fin dall'inizio co/implicata nella corporeità e nell'assunzione della dimensione corporea della vita. Se l'identità di genere non può essere determinata solo dalla *natura* corporea, e tale affermazione ben questiona l'identità umana, non può però essere ridotta alla sola cultura e al principio di autodeterminazione in una indebita e non accettabile semplificazione. Palesando un'antropologia dualistica ben radicata nel tempo specie gnostico, con minore coerenza della gnosi, che predicava un'ascesi dalla materia in nome di una vita precedente caduta nella storia e perciò in cerca di una dimensione spirituale dell'essere, mentre quella attuale riduce anche il corporeo a materiale da costruire a beneficio di uno spirito che non si sa da dove venga e dove andrà a finire. Si tratta di distinguere e articolare il dato corporeo – che non è mai tale, allo stato puro, ma sempre in relazione come è il suo stato: essere-da, essere-in-sé, essere-con, essere-per¹⁰. Si tratta della dimensione relazionale e culturale di cui necessita la crescita umana per essere tale. Ma proprio i dati dell'esperienza convincono che l'essere umano non si costruisce, ma primariamente si riceve. Perciò il problema ultimo della teoria del gender e delle domande che propone implicano «una radicale e decisiva questione antropologica», che ha un'inevitabile ricaduta sulla questione teologica. E tale diviene anche la consapevolezza iniziale di ogni realtà vivente di *riconoscersi come creatura*, al di là del nome che si intenda dare alla sorgente di tale dono e statuto. Questo è l'invito inscritto nella condizione umana, ben consapevoli che il termine *creatura* è ogni vivente che non abbia deciso e fabbricato da sé la propria esistenza, prospettiva che il dualismo natura e cultura oscura e polarizza. L'appello alla sola natura nasconde solo un ordine compiuto mentre essa impegna una responsabilità per quell'essere culturale e storico che è l'uomo. Il richiamo alla sola cultura delega all'uomo ogni decisione sul senso delle cose tale da costruire la verità. Natura, come diremo, non

9 A. WENIN, *Humain et nature, femme et homme: différences fondatrices ou initiale?* » *Réflexions à partir des récits de création en Genèse 1-3*, in *Recherches de Science Religieuse* 101 (2013/3) 401-420, qui 418.

10 Cf. E. HERBINET-M.C. BUSNEL, a cura di, *L'alba dei sensi*. Opera collettiva sulle percezioni sensoriali del feto e del neonato, Cantagalli, Siena, 2001; I. SCHINELLA, *Libertà di scelta per i medici e i pazienti*, in *L'ippogrifo*, 2004, 100-114.

si richiama solo alla nascita, a ciò che è nato, ma anche a *naturus*, a *ciò che nascerà*. Se la cultura, però, «rimane senza relazione con un senso originario che la orienti, non è altro che una costruzione arbitraria, la cui espressione conseguente produrrà camere a gas, campi di concentramento, bombe atomiche»¹¹. Per dirla con Lévinas, la responsabilità della vocazione creaturale è certamente oltre la natura, ma è anche «prima di ogni cultura»¹². Proprio perché vita ricevuta, anche la differenza sessuale dato originario dell'esistenza non cancella la responsabilità dei ricevuti, ma invita non alla negazione e alla cancellazione del dato corporeo ricevuto con la pretesa illusoria della costruzione *ex nihilo* ma alla sua simbolizzazione e al suo significato squisitamente umano e sociale. Se tutto è costruzione culturale, non si vede perché indignarsi dinanzi alle diverse ideologie della storia, anche le più universalmente condannate¹³.

1. In una prima descrizione, «la categoria del genere (*gender*) è stata introdotta nel dibattito pubblico soltanto in tempi recenti, per designare le configurazioni che il sesso e rispettivamente il desiderio sessuale, assumono grazie alla mediazione della cultura»¹⁴. Allo scopo di ben individuare la questione e la sua configurazione bisogna operare l'igiene del linguaggio in modo da non parlare tra sordi sovrapponendo le diverse categorie in gioco. Infatti, l'*identità sessuale* è definita almeno da quattro variabili: «il *sexso biologico* [quello che individuo come *identità sessuata*], dovuto alle componenti genetiche e somatiche [aggiungo: in riferimento anche alla generazione]: l'*identità di genere*, di natura psicologica, relativa all'accettazione o meno del proprio sesso biologico; il *ruolo di genere*, relativo al comportamento sessuale [non del tutto però: vedi la gestazione e l'allattamento] che una società promuove e si attende dall'individuo; l'*orientamento sessuale*, definito dall'indirizzo cui è rivolto il desiderio sessuale dell'individuo»¹⁵.

L'*identità sessuata*, ovvero l'iscrizione corporea dell'essere uomo o donna, è un dato irriducibile, ancorato nel corpo a livello genotipico e marca

11 R. MANCINI, *Il senso della fede* (gdt 348), Brescia, 2010, 110 da leggersi dentro 110-117.

12 E. LÉVINAS, *Difficile libertà*, Milano, 2004, 41 e 366, cit. da R. MANCINI, *Il senso della fede*, 110.

13 Cf. C.S. LEWIS, *Riflessioni cristiane*, Milano, 1997, 105-116.

14 Cf. G. ANGELINI, *Passaggio al postmoderno: il gender in questione*, in *Maschio e femmina li credò*, Glossa, Milano, 2008, 263-296, qui 263.

15 A. FUMAGALLI, *Genere e generazione. Rivendicazioni e implicazioni dell'odierna cultura sessuale*, 134.

ogni assetto cromosomico delle cellule somatiche (XX, XY), e si definisce anche in relazione alla generazione. La genetica ci rende certi che sin dal concepimento tutte le cellule maschili sono marcate dai cromosomi XY e sono differenti da quelle femminili, che si presentano come XX. La marcatura del sesso genetico, presente già al momento del concepimento, inaugura tutta una serie di modificazioni a livello gonadico, fenotipico e anatomico, radicate come *costitutive* nell'individuo, proprie della differenza umana, che non è disuguaglianza (anche se, talvolta, ma si tratta di degenerazioni o patologie, il sesso fenotipico non corrisponde al sesso genotipico)¹⁶. Il sesso biologico non si identifica solo con gli organi esterni, ma si determina dalla struttura genetica che innesta le modificazioni ormonali, gonadiche e fenotipiche. Il fenotipo non è solo questione di strutture anatomiche e corporee, ma anche psico-neurali e psico-relazionali. Anche gli studi sul cervello mostrano che le differenze maschili e femminili sono originarie e innate fra i sessi. Sembra che «più importanti delle differenze fisiologiche tra il cervello degli uomini e quello delle donne, sono le diversità nel modo in cui i due sessi usano il cervello e nell'effetto degli ormoni»¹⁷.

La differenza sessuale, connessa con l'identità sessuata, è determinata, oltre che dall'assetto cromosomico ormonale e gonadico, dai genitali, termine che deriva da genere = generare, e dai caratteri sessuali secondari. Cosicché la differenza sessuale è intricata strettamente con il termine genere, che condivide la comune origine etimologica indoeuropea con *genitore* e *generazione*. Essa, allora, si definisce in riferimento anche alla generazione, mostrandosi una stretta correlazione tra il genere sessuale e il divenire genitore (almeno come potenzialità, non sempre tradotta in effettività sul piano personale). Nella specie umana, come in quasi tutte le altre specie viventi, si diviene genitore in due modi: o generando in un altro, o generando in se stesso. Bene lo esprime Aristotele: «si definisce maschio un animale che genera in un altro, femmina quello che genera in se stesso»¹⁸. Ovvero la generazione ha a che vedere con la differenza o genere sessuale. Questa differente modalità di generare è denominata, nelle lingue indoeuropee, con il nome rispettivo di padre e di madre. Oltre i genitori, la modalità di generazione definisce i figli: *maschio* è chi nasce da un corpo di sesso differente, mentre *femmina* è chi nasce da un corpo dello stesso sesso: la relazione con la generazione non è identica nel maschio e nella

16 Cf. B. DALLAPICCOLA, *Genetica della determinazione sessuale*, in *I Quaderni di Scienza e Vita* (2007/2) 11-17.

17 S.E. RHOADS, *Uguale mai. Quello che tutti sanno sulle differenze tra i sessi ma non osano dire*, Lindau, Torino, 2006 50.

18 ARISTOTELE, *Riproduzione degli animali*, I,2,761a.

femmina, così come nel sistema di parentela. Essa si riceve e si ha, ma non si costruisce, alla nascita (si ha qui il significato originario e primario della legge morale naturale, che significa appunto ciò che si riceve alla nascita, da *natus*). E bisogna stare attenti a non pensare la *nascita* e la legge morale naturale così intesa come un puro dato biologico: niente nell'uomo è solo biologico, perché esso si connota immediatamente come culturale. Il *nascere umano* è sempre un *far nascere*, che permette di concludere che non vi è mai una natura pura, perché proprio della natura dell'uomo è di essere culturale. Basti pensare per tutti, al fatto che se la maternità è *visibile*, il nome del padre è *udibile*. Non basta che la donna si trasformi e porti dentro di sé un figlio di uomo, quasi a condividere il destino delle piante e degli altri animali, ma deve compiere un gesto politico e culturale, dicendo il nome del padre e perciò della genealogia del figlio, e che il padre lo legittimi: *ogni nascita (naissance) è un riconoscimento (reconnaissance)*. Se la parentela è una costruzione culturale, essa è donata nel legame che instaura la generazione e la nascita: sono necessari i materiali e i bisogni naturali; non si può costruire *ex nihilo*. Sia il naturalismo che il culturalismo sono assurdi. «L'arte e la natura, la tecnica e la *physis* non devono essere né separate né confuse. La loro separazione conduce a due errori opposti: da una parte, l'artificialismo, dove il nascere è assorbito dal fare, e la felicità dell'uomo è affidata all'utopia tecnologica; dall'altra, il naturalismo, dove il fare vorrebbe annientarsi nel nascere, e dove la felicità dell'uomo è affidata agli adepti della molto superficiale *deep ecology*. In una parola, da una parte, il *robot*, dall'altra, il *bonobo*. Questi due errori si suscitano l'un l'altro e il *bonobo* dimostra che li si può adottare contemporaneamente o successivamente»¹⁹.

In sintesi, l'essere sessuati e la differenza sessuale è un dato *originario, originale e originante*: *originario*, perché presente fin dal primo momento nell'essere umano e si riceve come reale e non è dovuto a una scelta successiva al concepimento e alla nascita; *originante*, perché dall'incontro incomparabile più che complementare dei due sessi si origina la vita; *originale, perché nell'uomo la mascolinità e la femminilità* è riferita alla unitotalità dell'essere umano, cioè un corpo spirituale o uno spirito corporeo, e perciò la identità sessuata e l'incontro sessuale-genitale, non è un mero atto biologico ma implica la totalità del dono di sé²⁰.

19 F. HADJADI, *Qu'est-ce qu'une famille?*, 195.

20 Cf. a riguardo le ottime riflessioni di M.L. DI PIETRO, *La dimensione antropologica della sessualità umana*, in *Famiglia et vita*, 15 (2010/1) 213-221, specie 216-219. Rimando per il valore del corpo nella costituzione antropologica, al mio intervento, *La corporeità "luogo di solidarietà"*. *Fondazione etica dei trapianti di*

*L'identità di genere*²¹, è la modalità soggettiva con cui viene percepita e vissuta l'identità sessuata e la differenza genitale-sessuale. E si costruisce in connessione con l'identità sessuata, da cui non si può prescindere e che in ogni caso può essere assunta, negata e rifiutata a motivo della vicenda autobiografica della persona nella sua interazione con l'ambiente vitale che la circonda, ovvero con la cultura. Nel processo di sessuazione, ogni essere umano incontra la sessualità come dato reale inscritto nel suo corpo, «come anatomia sessuale che segna comunque una condizione reale del destino vitale e psichico»²², di cui ancora non sa il suo significato ma da cui deve partire per simbolizzare la sua sessualità, non solo legata alle sensazioni di piacere connesse agli organi sessuali ma anche nel rapporto con l'Altro e nelle esperienze della differenziazione sessuale specie del padre e della madre e del linguaggio corporeo dei due. Perché «la pulsione è un fatto corporale frammisto a parole» in un legame profondo tra parola e carne. L'aver sganciato il genere dal sesso ossia dal reale, attraverso un percorso quanto mai subdolo – originariamente si disse che era meglio impiegare il termine genere piuttosto che sesso perché meno volgare e politicamente corretto: successivamente si determinò che sesso riguarda l'anatomia dell'uomo e della donna, mentre il genere riguardava i costumi, i compiti e i ruoli che la cultura attribuisce al maschile o al femminile – ha confuso volutamente il linguaggio, modificando la realtà. Certamente, l'identità di genere non è solo biologica – e ciò come abbiamo visto lo è già alla nascita –, ma è frutto di un'elaborazione progressiva, in cui giocano sia gli elementi biologici/culturali dell'identità sessuata ma anche quelli educativi, psicologici e sociali. In tal senso si recupera la dimensione storica e culturale della legge morale naturale, presente nella parola nascita, la cui etimologia non è solo *natus*, ma anche *naturus*. Non solo *ciò che è nato* e si è ricevuto in dono, ma anche *ciò che nascerà*, si impegna perciò una promessa e una

organo, in *Bioetica e cultura* 6 (1997/11) 93-102. Inoltre val la pena riprendere un testo di Kant: «L'uomo ha il possesso su di sé e non può fare del suo corpo ciò che vuole. In quanto parte del proprio sé, è con il corpo che l'uomo costituisce una persona. Egli non può trasformare la propria persona in una cosa» (I. KANT, *Lezione di etica*, Roma-Bari, 1984, 189).

- 21 Per un percorso storico illuminante della teoria del *gender*, cf. G. GALEOTTI, *Gender-genere: storia e attualità di una teoria*, in *Rivista di Scienze dell'educazione* 52 (2014/2) 162-179, a cui mi ispiro liberamente; D. O'LEARY, *Maschi o femmine? La guerra del genere*, edizione italiana a cura di D. Nerozzi, Soveria Mannelli (Cz), 2006; D. NEROZZI, *La prospettiva di genere*, in *Famiglia et vita* 12 (2007/2) 43-48; X. LACROIX, *De chair et de parole*. Fonder la famille, Paris 2007, 135-170.
- 22 M. BINASCO, *La differenza umana. L'interesse teologico della psicanalisi*, Cantagalli, Siena, 2013, 28 da leggersi dentro 26-31.

corresponsabilità. In ogni caso, l'identità di genere «cioè l'autopercezione di se stessi come maschi o come femmine» è tutto ciò che riguarda il sé in relazione al genere con riferimento alla generazione. Sganciare il genere dal sesso e dai suoi diversi significati in cui si dà²³, significa confonderlo con il ruolo di genere, cioè tutto quello che una persona fa o dice per indicare a se stessa e agli altri la sua appartenenza a un sesso che, in età matura, include sessualità nel senso erotico». Il ruolo di genere è certamente più soggetto ai modelli culturali in cui si iscrive, ma ve ne sono alcuni, che non sono interscambiabili, come la gestazione fino alla nascita e l'allattamento nei primissimi mesi di vita. La *gender theory* persegue invece il progetto di staccare l'identità socialmente costruita (*gender*) da ogni riferimento univoco al sesso, sostituendo alla differenza la loro uguaglianza o meglio la loro indifferenza con la moltiplicazione delle sessualità, che in ogni caso fanno sempre riferimento al maschile e al femminile. Con le parole della Butler, «teorizzando che il genere è una costruzione sociale del tutto indipendente dal sesso, il genere stesso diventa un artificio libero da vincoli. Di conseguenza, uomo e maschile potrebbero riferirsi sia a un corpo femminile che a un corpo maschile; donna e femminile, sia a un corpo maschile che a uno femminile»²⁴. L'identità di genere surrettiziamente viene definita dalle agenzie ONU²⁵ quel vissuto personale «che ogni persona sente nel profondo come esperienza interna e individuale del genere, un genere che può corrispondere o non corrispondere con il sesso assegnato alla nascita, inclusa la percezione personale che si ha del corpo (che può riguardare anche, se scelte liberamente, modifiche all'aspetto fisico e fun-

23 Cf. H. VAN LIER, *L'Intention sexuelle*, Casterman, 1968.

24 J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York-London 1990, 6.

25 Si deve proprio all'ONU e alle sue agenzie, a partire dagli anni '90, in un distacco dalla primitiva fondazione realistica e naturale della famiglia dell'art. 16 della *Dichiarazione universale sui diritti umani*, il processo di colonizzazione ideologico-culturale dell'allargamento del concetto di famiglia a ogni unione contrattuale e consensuale (unioni omosessuali, unione lesbiche, famiglie ricomposte, famiglie monoparentali maschili e femminili, in attesa delle unioni pedofile e – perché no? – anche incestuose), e della teoria del gender, assunta dall'ONU e propagandata attraverso un programma pedagogico scolastico imposto anche a dispetto della stessa autorità genitoriale: cf. M. SCHOYANS, *L'ONU contre la famille*, in *Famiglia et vita* V (2000/3) 44-53; P. VIELTI, *Manuale di autoerotismo didattico a quattro anni. E a sei, viva i gay*, in *Il Foglio* 5 novembre 2013; cf. C. CARDIA, *Principi incrinati*, che sulla risoluzione europea non legislativa del 10 giugno giustamente rileva come «la strategia di liberismo relativista tende a imporre i modelli plasmati dalla cultura del “gender” sin dalla prima età, senza che possano essere contraddetti dai genitori neanche in nome della libertà di educazione».

zionale del corpo, per intervento medico, chirurgico), e altre espressioni del genere, come il modo di vestirsi, di parlare, di comportarsi»²⁶.

Anche l'*orientamento sessuale*, si sviluppa sull'identità sessuata o almeno a partire da essa come ancoramento alla realtà, indica l'oggetto sessuale, maschile o femminile, verso cui la persona è orientata o attratta e si sviluppa dopo della formazione dell'*identità sessuata e identità di genere*: ha luogo nella prima infanzia e nell'adolescenza²⁷. Esso impropriamente viene definito come «la capacità della persona di provare una profonda attrazione emotiva, affettiva e sessuale (come anche di avere relazioni intime e sessuali con) verso individui di genere diverso, dello stesso genere o di più di un genere». E ciò sia in senso diacronico, che sincronico. Perciò l'identità di genere, sganciata dal sesso biologico, viene declinata in base all'orientamento che moltiplica i generi sessuali aggiungendo al maschile e femminile eterosessuali i generi propri dell'acronimo LGBT: Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender²⁸. Con la pretesa del significato di Gay: *good as you*, e la rivendicazione di un *diritto all'innocenza*, «nel senso etimologico del *non nocere* ("che male ti fa?")»²⁹.

Come risulta dall'esposizione, nessun essere umano si pensa mai in maniera neutra, ma sempre nella condizione maschile o femminile, che però nelle diverse forme in dissonanza con l'identità corporea e sessuata è una costruzione della psiche, che il contesto culturale può anche favorire e attestare come figura paritaria a quella eterosessuale, ma, in ogni caso, viene costruita sulla negazione e allontanamento dalla realtà. Anche le persone transessuali sono *travagliate* dalla differenza sessuale: se sono maschi vogliono diventare donne, e viceversa. Le persone omosessuali non smettono di considerarsi appartenenti al sesso maschile, anche quando vivono le relazioni sessuali in modo passivo: singolare il vissuto di una donna, che richiama dal marito di un atto anale rispose che non era un maschio! Paradossalmente, in tema di stereotipi dei sessi, «sont les gay qui véhiculent les stéréotypes sur le féminin, parce que le féminin qu'il leur arrive ne se fonde pas sur l'être mais sur l'idéal»³⁰. Pensare l'orientamento ete-

26 G. GALEOTTI, *Gender-genere: storia e attualità di una teoria*, 73.

27 Cf. A. CENCINI, *Omosessualità strutturale e non strutturale. Contributo per un'analisi differenziale (I)*, in *Tredimensioni* 6 (2009) 31-42; M. BINASCO, *La differenza umana*, 39-53.

28 L'acronimo conosce qualche variante, come LGBTQ, dove Q sta per *queer*; LGBU, dove U sta per *unsure* (incerto); LGBTI, dove I sta per *intersexual* (intersessuale).

29 M. BINASCO, *La differenza umana*, 329.

30 F. HADJADI, *Qu'est-ce qu'une famille?*, 92.

rosessuale e quello omosessuale o quello di altre forme in cui oggi si dà nella bisessualità o nel transgender come paritarie e capaci di moltiplicare la differenza assume un valore ben portante e strutturante: l'orientamento sessuale, principalmente, non è solo biologico ma anche culturale e non nega la realtà anatomica e culturale che fin dalla nascita costituisce l'uomo e la donna e perciò si radica nel reale sia dell'orientamento reciproco tra i sessi, ma anche nel reale della generazione con la valorizzazione del ricco significato della differenza sessuale e nel reale culturale in cui si succedono le generazioni. Gli altri orientamenti, ognuno dei quali abbisognerebbe di un'analisi strutturale propria (vedi per es. il transessualismo), invece, partono dalla negazione di questa radicale differenza per ritenerla quasi un errore di natura da potere correggere con il costrutto psicologico, sociale e culturale e anche biologico. Tutto ciò dovrebbe far pensare perché, se il criterio discriminante diventa la costruzione del pensiero e della psiche, qualsiasi modello costruito può richiedere riconoscimento di cittadinanza a detrimento della costruzione del bene comune. Bisognerà concedere riconoscimento a ogni richiesta di pulsione sessuale ovvero a riconoscere la città umana come la *repubblica delle sessualità*, che certamente richiedono attenzione e ascolto ma non necessariamente diritto di essere pilastro di costruzione del sociale. Perché non bisognerebbe dare cittadinanza alla richiesta di un uomo di potere sposare due o più donne, o a una donna a sposare due o più uomini?³¹ O perché non bisognerebbe accogliere – come di fatto è stato sdoganato³² – l'orientamento pedofilo? E l'inventario potrebbe essere ben continuato... Dovrebbe anche far pensare che in molti casi la persona per mantenere il suo orientamento o dargli forma corporea deve assumere dei farmaci o ricorrere alle operazioni chirurgiche e trattamenti biotecnologici, realtà che cozza in una cultura che, per altre forme, è ostile giustamente all'accanimento terapeutico, che soprattutto si dà nel ricorso indiscriminato alla Procreazione medicalmente sostituita.

2. Il traguardo cui spinge e sospinge la teoria del *gender* è la liberazione soggettiva della differenza sessuata e sessuale con l'avanzamento della proposta di un'altra definizione del genere sessuale, in una visione squisitamente futurista ma già politicamente programmata e attuata in molte società occidentali, antropologica e sociale. Così al tema binario di maschile e femminile si intende integrare altre forme, che in ogni caso,

31 Cf. G. BERNHEIM, *Quello che spesso si dimentica di dire*.

32 Cf. G. MEOTTI, *Gli psichiatri Usa sdoganano la pedofilia, da malattia a "orientamento"*, in *Il Foglio* 5 novembre 2013.

però, quando si danno e si propongono non fanno altro che duplicare quel maschile e femminile che è stato messo in discussione e perciò vengono meno a quel principio di contraddizione che pure deve misurare ogni forma di vita dell'uomo³³:

Dal punto di vista anagrafico, si giunge a richiedere, anche sulla base degli stati di intersessualità, ovvero di quelle situazioni che manifestano ambiguità del fenotipo sessuale, di non essere iscritti, al momento della nascita, in uno dei due sessi, quasi si nascesse neutri e tabula rasa, per dirla con Locke, ma di essere dichiarati *X* in attesa dell'età adulta. Solo allora, la persona ben informata – dalla teoria del gender? – può autonomamente assegnare alla *X* il contenuto dell'orientamento sessuale e dell'identità sessuale nella negazione/cancellazione dell'identità sessuata iscritta in tutte le cellule somatiche che la costituiscono³⁴. A ben vedere non è che l'esilio, se non la “*damnatio memoriae*” del corpo e della nascita con il trionfo dell'autodeterminazione, dello psicologico e del volontario che definisce l'uomo in chiave angelica e disincarnata. L'ideologia culturale-politica del *gender* preme perché i soggetti non riconoscano più nella loro esperienza nativa con il proprio corpo e il proprio sesso «alcuna necessità di iscrizione in uno dei due sessi, ma solo una condensazione transitoria di modelli culturali e ruoli sociali appresi, in linea di principio modificabili secondo la volontà del soggetto, al limite come ci si veste o ci si sveste di un abito, o di un *habitus*, per quanto disagiata possa essere»³⁵.

Dal punto di vista sociologico/culturale: l'identità sessuale si deve solo ai ruoli sociali attribuiti agli uni e agli altri da una cultura; essa è solo il costruito culturale di una società. Negando così la realtà del corpo, in cui si dà nativamente e originariamente la persona umana. Noi nasciamo come esseri umani che si costruiscono culturalmente come maschi e come femmine. Se la mascolinità e la femminilità sono un costruito sociale, esse possono essere de/costruite e ricostruite non solo una volta ma tante volte secondo le stagioni della vita, della cultura e della psiche. In una fluttuazione storica perpetua. Si riconoscono in questa visione le radici marxiste e costrutturaliste della teoria del gender. A ben vedere, una tale visione dell'uomo che vorrebbe essere storica ed esistenzialista in realtà non è che una concezione idealista, per la quale l'*io* «non è né maschio, né femmina, né greco né

33 Cf. G. DONATO, *Chi ti obbliga. Mente, libertà e origine dell'obbligazione morale*, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2014, 18.

34 Cf. per una visione panoramica sul tema, anche se monotematicamente orientata, A. FORABOSCO, *Poter scegliere di non scegliere il sesso alla nascita*, in *Bioetica* (2013/2-3) 193-213.

35 M. BINASCO, *La differenza umana*, 143.

barbaro, né giudeo né gentile, né schiavo né libero. Non soffre né muore»³⁶. Ma noi sì, e nasciamo nella storia come maschi e femmine, con i limiti dell'uno e dell'altro, e moriamo³⁷. È cosa che non fa pensare che la "coppia omosessuale" mentre rifiuta e nega la differenza sessuale in nome dell'orientamento lo ricrea nel gioco di coppia perché uno simula il ruolo di donna e l'altro di maschio? Il Meccano si è sostituito alla realtà. Così operando, essi dicono che la differenza sessuata e sessuale sono costrutti ontologici della persona. Inoltre, le teorie del genere si radicano anch'esse sulla differenza sessuale, da cui in ogni caso mutuano il concetto di maschile e di femminile. Una tale idea non poteva sorgere nella mente degli angeli, se non vi fosse stata la fantasia di un Dio creatore, mentre è venuto in mente all'uomo di domandarsi se anche gli angeli hanno un sesso!

Dal punto di vista psicologico, la filosofia del *gender* sostiene che ognuno costruisce la propria identità sessuale potendola cambiare nel percorso della parabola esistenziale secondo la fluttuazione delle proprie tendenze, riassunte oggi secondo l'acronimo LGBT. Si dovrebbe riconoscere la plasticità della sessualità umana dovuta alla sua bisessualità iniziale che la società costringe a rimuovere. «Se lo stato o lo stadio della sessualità umana passa per una fase di *bisessualità psichica*, ciò permette al bambino di potersi identificare psicologicamente all'altro sesso, ma ciò non significa che è soggetto di due sessi, quasi un ermafrodita, e che lo stato iniziale sia anche quello finale della sessualità umana»³⁸. Avviene una voluta confusione tra l'identità sessuata – uomo o donna che si riceve e si organizza nel gioco dialettico dell'identità corporea e dell'identità sessuale con l'apporto dell'educazione e della cultura – «e l'orientamento che si elabora nello sviluppo affettivo del bambino e dell'adolescente. Nelle migliori delle ipotesi, l'orientamento si articola sull'identità sessuata. Ma quando ciò non avviene, l'orientamento rivela un conflitto e una disfunzione psichica»³⁹.

Dal punto di vista politico, la *queer theory* afferma che anche «ciò che si chiama sesso è una costruzione culturale allo stesso titolo del genere». Viene così affermata una correlazione tra la valorizzazione del sesso come differenza e quella del modello *eterosessuale*, costruito per legittimare i rapporti di violenza e di dominazione del maschio sulla donna. Per cui si

36 B. LONERGAN, *Sull'educazione*. Le lezioni di Cincinnati del 1950, Roma, 1999, 127.

37 Cf. anche per una chiarificazione essenziale, O. BOLUNOIS, *Ontologia e ordine simbolico*, in *Communio* 35 (2006/206) 40-53.

38 T. ANATRELLA, *Le Lexique et le enjeux de la sexualité*, in *Famiglia et vita* 10 (2005/2) 107-111, qui 108.

39 *Ivi*.

impone il principio di autonomia e di autodeterminazione sessuale quale cesura tra le attese della coscienza e le leggi della società per favorire la liberazione di coloro che subiscono delle tutele abusive. E più radicalmente, l'eliminazione e negazione della differenza che fonda tale violenza. A parte che non si considerano i rapporti di dominio che vengono a configurarsi con la sostituzione del modello matrimoniale eterosessuale con quello omosessuale (basterebbe pensare al rapporto sodomitico⁴⁰), «la problematica è allora capovolta: invece di ricevere la differenza sessuale del corpo per domandarsi successivamente come tradurla nell'universo della cultura e della vita politica, si parte dal politico per affermare una pretesa egemonia del gruppo detto "eterosessuale", che accorda alla differenza sessuale un valore che, a sua volta, influenza la loro lettura del biologico. Ma tale interpretazione da parte del politico, non presta attenzione che ai discorsi e alle rappresentazioni, mentre ciò che è primario è il sensibile, il sentire e l'umile vissuto corporeo»⁴¹. Per dirla con Dante: «Trattando l'ombre come cosa salda» (*La Divina Commedia. Purgatorio*, XXI, 136).

La confusione tra il piano intrapsichico e quello sociale del desiderio: a considerare solo il registro individuale senza considerare la dimensione sociale e la simbolica sociale dell'organizzazione della differenza sessuale, si giunge a dare diritto di onnipotenza a qualsiasi desiderio e forma di desiderio quando dovrebbe essere criticato. Avviene un processo di diluizione del campo psichico in quello sociale, quando siamo di fronte a due logiche ben differenti. Con una perversa logica della sociologia e del diritto a volere giustificare mode attuali e creare nuove norme per riconoscere il diritto a situazioni parziali e individuali. Come scrive Tony Anatrella, «la vision qu'une société se fait de la sexualité entraîne une conception politique des relations humaines qui s'articule soit sur l'éclatement pulsionnel, soit sur la recherche de l'articulation autour d'une réalité identitaire qui favorise le lien social dans l'intérêt général. Bien entendu chaque individu reste confronté à ce que qu'il doit "choisir" de vivre par rapport à ses intérêts psychiques. Mais le registre social et la responsabilité de la société sont tout autre, la question est de savoir à partir de quel type de relation la société se construit, s'inscrit dans le temps, transmet et peut s'élever à une dimension universelle»⁴².

40 Cf. X. THÉVENOT, *Sempre mio figlio*. Omosessualità in famiglia, Milano, 2004, 107.

41 X. LACROIX, *Le corps retrouvé*. Donner la vie, c'est la recevoir, Paris, 2012, 113.

42 T. ANATRELLA, *Le conflit des modèles sexuels contemporains*, in *Le Supplément* (décembre 2000) 29-74, qui 30.

La categoria di omofobia e transfobia⁴³. Sul piano politico, a difesa della *gender theory* e a protezione specifica delle persone omosessuali e transgender, si impone la censura delle idee, frutto dell'intolleranza del liberalismo culturale⁴⁴, con la categoria mediatica dell'*omofobia*, cui si associa quello di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, per cui si avanza non da tutti ma da una certa schiera di persone omosessuali il diritto al matrimonio, alla procreazione in vitro e all'adozione. Dimentichi che «se tutti siamo eguali, non tutti siamo coinvolti nelle stesse condizioni per beneficiare di questa uguaglianza». Per dirla con Piero Ostellino, autorità al di sopra delle parti, non si capisce perché picchiare «un omosessuale sarebbe un'aggravante, mentre picchiare me [e aggiungo chiunque altro] sarebbe meno grave. Picchiare qualcuno è un reato. Punto, basta e dovrebbe bastare». Il vero traguardo cui mira una tale legge non è una reale esigenza che viene smentita dall'alta percentuale di italiani che accettano l'orientamento omosessuale e transgender da porsi nella *top ten* del mondo e da aver eletto bene due presidenti di regione, in Puglia e in Sicilia, due noti omosessuali con compagno, è costituito – come è avvenuto negli altri paesi europei – «dal matrimonio omosessuale, dall'adozione di bambini da parte di coppie omosessuali, nonché dalla loro “capacità riproduttiva” attraverso la tecnica della fecondazione eterologa»⁴⁵. La capacità pedagogica della legge vorrebbe ingenerare «l'idea che eterosessualità e omosessualità siano condizioni naturali paritarie, anzi che l'omosessualità meriti un plusvalore a livello giuridico, anzi un *quid* aggiuntivo a livello di tutela legale rispetto all'eterosessualità»⁴⁶. Legittimando che omosessualità e transessualità siano valori fondanti della società tali da attribuire una tutela speciale a tali gruppi oltre quella che lo Stato garantisce a ogni individuo. E che quindi il sostenere che omosessualità ed eterosessualità non siano condizioni paritarie o non condividere la richiesta del matrimonio omosessuale sia una fobia degli umani e perciò una patologia.

43 Il suffisso *-fobia* (dal greco *phobos* = paura) riguarda un sentimento non volontario e perciò non imputabile alla persona. Meglio sarebbe *misofobia*, che riguarda un odio (*miso* in greco) frutto di una responsabilità della persona che lo nutre, come nel caso del razzismo. Ma allora bisognerà parlare e pretendere una legge di *misoginia* e *misantropia* che connota il mondo omosessuale?

44 Cf. R. SPAEMANN, *Le religioni universali devono rinunciare alla missione?*, in IDEM, *La diceria immortale*. La questione di Dio e l'inganno della modernità, Siena, 2008, 129-149, specie 132-133.

45 G. AMATO, *Disegno di legge anti-omofobia in Italia. Una proposta inutile, ingiusta e liberticida*, in *Studia Moralia* 52 (2014/2) 299-323, qui 305.

46 *Ivi* 306.

L'alleanza decisiva della biotecnologia e del mercato, alchimia del post-umanesimo⁴⁷. A dare corpo a queste convinzioni e credenze, «viene in soccorso la biologia e le sue tecniche, sia rendendo possibili “adeguamenti” del corpo reale all’idea che il soggetto ne ha o ne dichiara. Sia – nel campo della procreazione – *scorporando* letteralmente i diversi fattori materiali della generazione, sganciandoli dai coniugi e dal sesso da cui erano generati, e ridistribuendoli tra i diversi e nuovi attori, anche non legati tra loro da alcun patto coniugale»⁴⁸. Avviene una complice alleanza tra il gruppo LGBT e il gruppo tecnicoscienctifico NBIC: l’avanzata pretesa di uguaglianza raggiunge l’impresa tecnocratica. Perché si abbia pari uguaglianza, si pretende l’accesso alla PMA che, soprattutto in questa richiesta, appare del tutto medicalmente sostituita. Vi è la regressione della procreazione verso la riproduzione non sessuata, con l’utilizzo di gameti dello stesso sesso e con la pretesa che la riproduzione in vitro diventi la realtà e non un eventuale aiuto alle difficoltà della coppia umana, che verrebbe posta nella situazione di dare vita alla nativa capacità generativa. La divisa libertaria e egualitaria dell’illuminismo raggiunge il bio/tecnocrate, cui spetterebbe, come nell’ape regina, *generare gli umani*, mentre a questi ultimi – liberati solo per la funzionalità manageriale – viene liberato il desiderio sessuale per il godimento. Così sia la sinistra sociale che la destra liberale spirano verso il mercato liberale, che le nuove tecnologie fondano e alimentano prendendo la vita come ultima risorsa e materia plastica del mercato. Salta la differenza dei sessi e/o se si vuole si moltiplica, e delle generazioni in cui si dà la famiglia da millenni, alla quale viene sostituita una nuova “realtà” fondata su un soggetto sganciato dal reale e identificato e ridotto «alla sua libertà di dire, affermare, di sé quello che vuole (o crede di volere): viene identificato (o ridotto) al soggetto astratto dei diritti di scelta, identificato alle sue autocertificazioni, ma senza dover *rispondere* di una qualche realtà propria, non essendo più (considerato) *responsabile* della sua realtà. (Si pensi alle recenti leggi spagnole sul cambiamento di sesso)»⁴⁹. E che in ogni caso ricrea virtualmente il maschile e il femminile, senza il quale in ogni caso non saprebbe pensare la realtà.

47 Il post-umano indica la fase nella quale è possibile l’ibridazione tecnologica, in un legame sotterraneo tra la biologia e la tecnologia con l’esito dell’esilio del corpo, che caratterizza invece un’autentica antropologia umana (cf. P. BARCELLONA, *L’epoca del postumano*, Troina [En], 2007; P. BENANTI, T.O.R., *La gioia del Vangelo nel cambio antropologico*, in *Gregorianum* 96 (2015/1) 77-97).

48 M. BINASCO, *La differenza umana*, 143.

49 *Ivi*.

Il concetto adeguato di uguaglianza. Scrive von Balthasar: «Fino all'ultima cellula il corpo maschile è maschile e il femminile femminile, analogamente l'intera esperienza e autocoscienza empirica. Questo all'interno di una identica natura umana in entrambi la quale però in nessun modo emerge neutrale al di là della differenza sessuale»⁵⁰. Mettere in dubbio o tanto più demolire una delle due rocce della realtà, cioè la differenza sessuale, significa confondere la categoria della *identità/differenza* con quella di *uguaglianza/diversità*⁵¹. Le considerazioni precedentemente esposte intendono, infatti, slegare il soggetto «dalla responsabilità di un reale che lo preceda e di cui debba tener conto (e dare conto), e di quella che viene considerata la *tirannia* autoritaria dell'*identità* – dunque del *nome*, di quanto di *identità* il nome veicola, compresi i nomi di parentela e sessuati, marito e moglie, padre e madre, ecc.»⁵². La nostra cultura al binomio *identità-differenza* sostituisce spesso quello di *uguaglianza-diversità*. Uomo e donna sono due *identità differenti* e non *due uguaglianze diverse*: l'uguaglianza riguarda realtà interscambiabili e omologabili; l'identità connota la fisionomia costitutiva e singolare dell'Io personale. Infatti, *differenza* e *diversità* non sono sinonimi. Tali parole connotano due diverse esperienze dell'umano. Ce lo svela la loro etimologia: la *diversità* è un concetto *interpersonale e relazionale*, mentre la *differenza* è una categoria *intrapersonale*, che individua la persona nella sua singolarità, ovvero nella sua *identità*. *Diversità*, infatti, affonda la sua origine nel latino *di-vertere*, che indica il movimento di un soggetto in una direzione altra da quella intrapresa da un altro soggetto. Così sono *diversi* due o più soggetti autonomi, che possono relazionarsi l'uno all'altro o andare verso direzioni opposte, permanendo nella loro soggettività autonoma. La *differenza* riguarda la persona singola nella sua identità costitutiva. La differenza sessuale è costitutiva ma non oppressiva della persona, ed è il punto anteriore a ogni movimento della volontà che mi permette di agire. Il termine *differenza* proviene dal latino *dif-ferre*, nella sua elementarità, significa *portare altrove*, *dislocare*. L'incontro con un soggetto dell'altro sesso *mi porta altrove*, *mi dis-loc*a (*differre*). Il rapporto umano si iscrive e gioca in questa differenza e ognuno si trova sempre di fronte all'altra maniera, per lui inaccessibile, di essere persona. «La dimensione sessuale è interiore a ogni

50 H.H. VON BALTHASAR, *Le persone nel dramma: l'uomo in Dio*, Milano, 1982, II, 135.

51 Cf. A. SCOLA, *Uomo-donna. Il caso serio dell'amore*, Torino 2002; C. VIGNA, *Antropologia trascendentale e differenza sessuale*, in R. FANCIULLACCI – S. ZANARDO, a cura di, *Donne e uomini, Il significato della differenza*, Milano, 2010, 213-234.

52 M. BINASCO, *La differenza umana*, 143.

persona nella sua singolarità e mostra l'elemento costitutivo dell'apertura all'altro sesso». Come afferma E. Lévinas: «L'espace inter-subjectif n'est pas symétrique», assicurando il rispetto di un'alterità come «relation non réciproque», perché «autrui en tant qu'autrui, n'est pas seulement un *alter ego*; il est ce que moi ne suis pas»⁵³. A dire sempre di Lévinas, la dualità dei sessi non è mai dominazione, fusione o complementarità, ma alterità in una specie di «virginité inviolée»⁵⁴: si può cadere storicamente in uno di questi paradigmi, aggiungiamo noi a motivo che la persona umana per il peccato originale è *vulneratus in naturalibus*, ma la *relazione dei sessi è una unione in cui le differenze irriducibili non sono abolite, ma conservate e compiute, fino a moltiplicarle nella generazione di un altro*. «Le pathétique de l'amour consiste dans une dualité insurmontable des êtres; c'est une relation avec ce qui se dérobe à jamais. La relation ne neutralise pas *ipso facto* l'altérité, mais elle la conserve. L'autre en tant qu'autre n'est pas ici un objet qui devient nôtre ou qui devient nous, il se retire au contraire dans son mystère»⁵⁵. Ovvero vi sono delle realtà soprattutto personali, come l'essere/maschio e l'essere/donna, che non sono interscambiabili. Fa pensare che nella “coppia omosessuale”, viene ricreata la polarità maschile/femminile. Si ha così la concezione dell'uguaglianza come un'equivalenza tra termini astratti, disarticolati da ogni singolarità, da ogni identità concreta. «Così, due persone dello stesso sesso sono incapaci di rappresentare il senso dell'alterità sessuale, della parentela e della successione delle generazioni. Il bambino non può differenziarsi soggettivamente che attraverso la differenza sessuale incarnata in suo padre e in sua madre. La negazione del corpo, della penetrazione sessuale e la volontà di “possedere” un bambino sono sufficienti per essere parente al singolare e senza sesso. La questione è di sapere in quale struttura relazionale va a essere coinvolto e svilupparsi il bambino piuttosto che di sapere se sarà protetto affettivamente»⁵⁶. È una costruzione ideologica o una finzione irrealistica,

53 E. LÉVINAS, *Le temps et l'autre*, Paris 1985², 75.

54 IDEM, *Totalité et infini, essai sur l'extériorité*, Livre de Poche, coll. «Biblio-essais», 288.

55 IDEM, *Le temps et l'autre*, Coll. «Quadrige», 1983, 78.

56 Cf. T. ANATRELLA, *Le Lexique et les enjeux de la sexualité*, 109; papa Francesco ben si è espresso: «I bambini hanno il diritto di crescere in una famiglia, con un papà e una mamma, capaci di creare un ambiente idoneo al loro sviluppo e alla loro maturazione affettiva» (17 novembre 2014). La sorpresa su questo tema è la latitanza della psicanalisi che, negli anni '70 e '80 aveva tallonato la cultura, specie quella religiosa, «con l'esposizione della polarità maschile-femminile, quale *struttura costituente* della qualità dell'umano: che marca la singolarità individuale attraverso la densità simbolica (oltre che biologica) dell'atto complessivo

senza alcuna base scientifica, quella di pensare l'essere umano senza la differenza sessuata/sessuale e senza differenza generazionale. Si tratta di una finzione pensare che maschio e femmina sono interscambiabili e perciò fingere che tutti siano uguali

L'oblio della fraternità. A ben vedere, si tratta di una uguaglianza che viene richiesta e propugnata senza identità e di una libertà senza legami anteriori e futuri e senza dignità, senza figliolanza e fraternità. Basterebbe osservare l'ombelico per essere resi consapevoli che siamo figli e fratelli, mentre le parti sessuali ci consegnano alla trascendenza, oltre la morte verso il compimento con l'altro di una fecondità che ci trascende. Essere da un altro e per un altro è la vocazione a cui chiama la vita *sotto le nostre mutande*⁵⁷. L'eredità dei lumi è la trinità di: *uguaglianza libertà fraternità*. La modernità ha amputato la divisa illuminista facendo mancare al binomio uguaglianza-libertà tanto esaltato quello di fraternità/filialità che fonda un'autentica uguaglianza e libertà umana e non li abbandona all'erranza e all'aleatorietà del contratto, ovvero della volontà e del desiderio. La fraternità, frutto del legame e della differenza sessuale, impegna e ancora l'umanità originariamente alla nascita, cioè al sesso e alla famiglia naturale. Non è che *la rimozione della nascita*, che sembra caratterizzare la modernità e forse l'umanità di sempre⁵⁸.

della generazione (e della cura educativa che ne consegue). Improvvisamente, la riflessione si è dissolta: e le prove sono state occultate». Non è che la deriva ideologica delle scienze umane che ben evidenzia Binasco, chiamandole a chiedersi e decidersi se servire «come *critica* all'ideologia oppure come *supporto* e collaborazione alla sua propaganda» (M. BINASCO, *La differenza umana*, 140) nell'ancoramento al *reale* con un'etica «del *ben dire ed articolare bene* l'esperienza in tutti i suoi fattori, compresi quelli *impredicabili*» (ivi, 146): entrambe le affermazioni vanno lette dentro tutto il capitolo «Sapienza e scienza: il dramma umano e le logoscienze» pp. 125-146.

57 Per l'espressione e il suo contenuto, cf. F. HADJADI, *Qu'est-ce qu'une famille?*, 61-109.

58 A dire di Jonas «la mente riflessiva si è sempre occupata della "mortalità" e della *meditatio mortis*, la meditazione sulla morte non è mai stata molto lontana dal punto centrale su cui verte il pensiero religioso e filosofico. Ma la sua contropartita, il fatto che ognuno di noi è nato e fa il suo ingresso nel mondo come un nuovo venuto, è stata curiosamente trascurata dalla riflessione tradizionale sul nostro essere» (H. JONAS, *Agire, conoscere, pensare: spigolature dall'opera filosofica di Hannah Arendt*, in *Aut Aut* – Nuova Serie, nn° 239-240 [1990: Settembre – Dicembre] 47-63 e, in particolare, 51). Nell'esperienza del reale umano, nascere è nascere da due corpi sessuati, da un noi non tanto e solo gametico, che in ogni caso permane anche nel progetto parentale con il ricorso al gamete di un altro/a o di entrambi i gameti da altri – forse non è inutile ribadire che il dono dei gameti ha ben altro statuto ontologico del dono di altre parti del corpo umano, perché

il donatore di gamete rimane il titolare della generazione e non può sostituire altri – , ma anche interpersonale, nell'unione e congiunzione indissociabile della carne, del desiderio e della parola. Oggi, la nascita è concepita sul paradigma del Meccano, ovvero sulla fabbricazione a partire dai gameti e dai geni e sulla loro combinazione, non più sul paradigma della Maieutica, che faceva nascere e non intendeva sostituirsi alle persone. Nascere, che a dire di Lévinas è una continua transustanziazione e aggiungo io non solo nell'altro che viene generato come terzo ma anche già nell'incontro dei due corpi sessuati che costituiscono nell'amplesso una *persona sponsale*, non è il prolungamento di un solo corpo, ancor meno di un solo soggetto. Tanto meno può essere il prodotto di un fare tecnico, risultato di un progetto solamente volontario e cosciente. A ben vedere in un tale progetto non vi è che l'esilio del corpo, o per dirla con un sociologo *l'adieu au corps*. In tutto ciò non vi è che la rimozione della nascita. La nascita, alla cui passività del nostro corpo ci rimanda di continuo l'esperienza dolorosa della malattia, testimonia violentemente che non si è all'origine del proprio corpo, non si è scelto la sua forma e i suoi limiti. In continuità con una linea di pensiero che, partendo da François-Pierre-Gauthier-Maine de Biran, passa per Gabriel Marcel e Maurice Merleau-Ponty e arriva a Michel Henry, Paul Ricoeur parla di un'«alterità prima» della propria carne rispetto ad ogni iniziativa del soggetto: «Alterità significa qui primordialità rispetto ad ogni disegno. A partire da questa alterità, io posso regnare su», volere e decidere. Ma questa alterità primordiale della propria carne non è il risultato della volontà del soggetto: il corpo è già dato, prima che lo si possa volere. Scrive, a questo riguardo, E. Lévinas, *Totalità e infinito*. Saggio sull'esteriorità (Già e Non Ancora s.n.), Milano 1980, 130: «Il corpo è una continua contestazione del privilegio, attribuito alla coscienza, di "dare senso" ad ogni cosa. Esso vive in quanto è questa contestazione. Il mondo in cui vivo non è semplicemente il faccia a faccia a ciò che è contemporaneo al pensiero e alla sua libertà costitutiva, ma condizionamento ed anteriorità. Il mondo che costituisco mi nutre e mi impregna». Mai dimentichi dell'analogia istituita da alcuni rabbini «tra il sostantivo *basar*, che indica il corpo, e il verbo *bisser*, che significa 'annunciare', 'dare una buona notizia', tradotto in greco con *euangelizomai*: nel corpo dell'uomo è insito un annuncio, anzi una buona notizia, un evangelo. Certamente i sensi hanno bisogno di purificazione, il rapporto con il corpo è spesso sotto il segno di paure e di angoscia, e tuttavia il corpo ha in sé un messaggio che è già, in qualche modo, evangelo. E questo è tanto più evidente dopo che Gesù Cristo ha compiuto l'opera della salvezza nel corpo, mediante l'offerta del suo corpo» (L. MANICARDI, *Il corpo: via di Dio verso l'uomo via dell'uomo verso Dio. II*, in *La Rivista del Clero Italiano* 86 [2005/1], 24-38, qui 38). La corporeità è come una pro-vocazione perché essa annuncia che l'uomo non può non volere se stesso; ma non può volersi realmente, se non riconoscendo – come nella malattia gli è mostrato e ricordato – che la possibilità di essere se stesso è anteriore alla sua decisione, se non decidendo di riconoscere che il bene della vita non è affatto in suo potere. Nella sequenza della vita, a partire da Platone, il pensiero si era caratterizzato dalla trilogia sequenziale: essere-corpo-coscienza. La modernità ha cancellato il corpo o la vita sostituendo al pensiero ternario (essere-corpo-coscienza) il pensiero binario essere-coscienza, rimuovendo così dal proprio orizzonte di

3. *La sovversione della famiglia*⁵⁹ Il discorso approda a una *pluralizzazione* della famiglia, affermandosi «una pluralità di forme di vita sociale alle quali viene attribuita, o che rivendicano per sé, la qualifica di “famiglia”»⁶⁰. Viene contestata la famiglia quale *legame dei due legami*, cioè della differenza sessuale (uomo e donna) e della differenza generazio-

pensamento e di senso il corpo. Perché questa rimozione della passività originaria della vita? Sembra che essa sia connessa con il tentativo di rimuovere di essere nati. Qualche autore individua nella rimozione della nascita un tratto caratteristico del pensiero moderno e non solo, perché sembra abbia contagiato già la prima coppia. Il soggetto non vuole avere un padre e una madre «perché possa generare se stesso nella gestazione partenogenetica della certezza». Egli si trova in questo modo affidato unicamente a se stesso, al genitore 1 e al genitore 2. L'esperienza di essere generato segna – fin dall'inizio e alla radice – la vita di ogni uomo e intrattiene un rapporto non accidentale ma determinante con la sua stessa identità: «non soltanto ho un padre e una madre, ma sono figlio loro». Non vi è chi non veda nella teoria del genere l'abolizione del padre e della madre, ma soprattutto la condizione di figlio che connota ogni essere umano tant'è che essa è annunciata come la soluzione dei problemi degli adulti mentre i figli sono come una protesi non più del rapporto uomo/donna, ma del rapporto omoparentale, in un'indebita riduzione dell'umano o al solo maschile o al solo femminile, mentre l'umano è il dialogo tra entrambi. E i bambini hanno bisogno «non di un amore puntato su di loro come un'arma bianca. Solamente di crescere nell'orbita di un amore tra un uomo e una donna». La rimozione della nascita fonda il legame sociale pensato al di fuori dei corpi e non permette alla libertà e all'uguaglianza di fondarsi su una fraternità antecedente che le tenga unite e impedisca loro la deriva comunista di un'uguaglianza pensata senza identità e quella nazista di una libertà pensata senza universalità ovvero su un concetto comune di dignità. Fa riflettere Piovani, quando afferma che l'uomo è «il volente non volutosi» (cf. P. PIOVANI, *Principi di una filosofia della morale*, Morano, Napoli 1971, 9-36, capitolo intitolato: “Il volente non volutosi”: cf. G. LISSA, *Un'etica della responsabilità per i processi di fine vita*, in C. BUCCELLI, (a cura di), *Le criticità nel fine vita: riflessioni etico-deontologiche e giuridico-economiche*, 195-214, specie 201-202, dove dimostra con acutezza che la libertà dell'umanità è l'assunzione consapevole «di ciò che la precede e la costituisce, indipendentemente da sé», compresa la storicità del corpo). La cosa singolare è che il progetto del *de-naître* è la sbalorditiva convergenza tra le nuove biotecnologie, la finanza internazionale e la lotta per la libertà e l'uguaglianza sia di sinistra che di destra (cf. F. HADJADI, *Qu'est-ce qu'une famille?*, 161-165).

59 Mi permetto di rinviare al mio articolo, *Il vangelo e la gioia della famiglia*; C. SOLER, *Subversion sexuelle*, in *Clinique de la vie amoureuse. Actes des Journées nationales de l'EPFCI*, Paris juillet 2003.

60 P. DONATI, *La famiglia italiana si «pluralizza»: realtà, significati, criteri di distinzione*, in IDEM, (a cura di), *Settimo rapporto CISF sulla famiglia in Italia. Identità e varietà di essere famiglia: il fenomeno della 'pluralizzazione'*, San Paolo, Cinisello Balsamo (Mi), 2°001, 15-36, qui 15; cf. anche F. DEL PRIZZO, *La famiglia nella prospettiva dei cattolici italiani*, in *Asprenas* 61 (2014) 153-186.

nale, cioè il legame tra questi stessi uomo-donna e i figli. Con la pretesa di parificazione tra il legame eterosessuale e quello omosessuale, in un processo di desessualizzazione del matrimonio e della persona umana⁶¹. Si teorizza e ottiene, anche attraverso il ricorso alla fecondazione eterologa, la scissione tra genitorialità e coniugalità⁶²; nel trattare le rotture famigliari, si è scissa la *coniugalità* dalla *genitorialità*, che, come abbiamo documentato alla nota 2 del presente articolo, sono strettamente legate. Si moltiplicano le figure genitoriali, specie quelle del padre: genitore biologico, genitore legale o anagrafico, genitore sociale, genitore acquisito, co-genitore, secondo genitore⁶³. A parte l'astrazione dei neologismi inventati ad arte, per cui l'idea vale più della realtà, il mantenimento dell'unità e continuità tra coniugi e genitori rivela nessi reali. Nella posizione della scissione, si presuppone che la realtà dei legami umani dipenda dalla nostra costruzione, diventando così giudici in causa nostra e nella finzione dell'assenza di prezzi personali e sociali da pagare. Nella posizione dell'unità e continuità, si mantiene che la realtà dei legami esista prima di noi e al di là di noi, in una precedenza sovrana che misura i nostri passi e ci permette, in ogni caso, di camminare lungo la vita dell'umano pur nelle molteplici difficoltà. L'indissolubilità del legame coniugale è sostituito dalla indissolubilità della parentela. Si sostiene che se i partner di una coppia si separano, essi, però, non divorziano dai loro figli: in realtà essi non divorziano totalmente da se stessi per il lavoro e la responsabilità comuni da giocare, in ogni caso, nei riguardi dei figli⁶⁴. Tale visione semplicistica trascura le conseguenze che pesano sull'unificazione psichica del figlio che la costruisce normalmente attraverso e nell'interazione con l'unità della coppia dei genitori. La frattura fra i genitori è vissuta come una ferita che li destabilizza e li fa soffrire. Quando i genitori divorziano, divorziano dai loro figli. La moltiplicazione dei divorzi, nella volontà di cancellare una relazione piuttosto che affrontare e trattare problemi che si presentano in una storia di coppia, è un fatto quasi suicidario, anche dal punto di vista sociale: che ne è di una società dove i suoi cittadini non si impegnano affettivamente e definitivamente facendo fede alla parola data al partner e ai figli e non si

61 Cf. X. DIJON, *Vertige du corps et recherche de raison*, in *Nouvelle Revue Théologique* 135 (2013) 584-598.

62 Cf. Ph. JULIEN, *Coniugalité et parentalité*, in *Etudes* n° 3895 (Novembre 1998) 471-476.

63 X. LACROIX, *De chair et de parole*, 157-158; IDEM, *Rivendicazioni omosessuali: pericolo di confusione*, in *La Rivista del Clero Italiano* 86 (2005) 624-634.

64 Cf. a riguardo, X. LACROIX, *Tra carne e parola, la famiglia*, in *La Rivista del Clero Italiano* 94 (2913/4) 263-273.

legano giuridicamente ad essa? Mentre i patti fatti tra persone non vengono penalizzati anzi sono facilitati nella loro risoluzione, sveltendo sempre più l'*iter* del divorzio nella convinzione che si tratta di un contratto privato, gli stati moderni impongono gravi pene per chi non adempie a contratti di transazione tra i beni e le proprietà!

Inoltre, si assiste a una manipolazione del linguaggio fino al suo rifiuto e alla sua sostituzione, frutto coerente della rimozione della nascita e quindi dal legame materno e non solo paterno⁶⁵: tale processo rappresenta e maschera la realtà più che carpire la *presenza e il vissuto reale delle famiglie*. Si parla di *famiglie ricomposte, monoparentali, concubinarie, ecc.*⁶⁶ Così legiferando, gli Stati aggirano il problema della famiglia e «staccano la “forma” matrimonio e la forma “genitore” dall’esperienza che il soggetto ha del suo sesso reale»⁶⁷.

Quanto alla richiesta dell’adozione, fondata sul principio di eguaglianza e da estendere a tutte le forme di famiglie create, specie omosessuali⁶⁸, va ancora detto che la coppia omosessuale non si trova nelle stesse condizioni della coppia eterosessuale. Si pongono sullo stesso piano realtà che tali non sono. La coppia omosessuale, infatti, costituisce una rottura del modello familiare della coppia generatrice formata da un maschio e una donna. Già il bambino deve elaborare il distacco dalla coppia genitoriale; tanto più problematica diviene la rielaborazione se deve anche far fronte a questo secondo salto di identificazione con due padri o due madri. Se esiste una parentela per adozione, questa non può essere compresa come un progetto e voluta per sé, ma secondo il modello generazionale del bambino. L’adozione non ha come scopo l’educazione, ma la filiazione per quanto è più possibile e meglio riprodurre. Thévenot, può affermare: «Se poi la coppia omosessuale dovesse adottare un bambino, questi non potrà almeno nei primissimi anni di esistenza, cogliere attraverso la serie dei gesti più comuni la differenza dei sessi tra madre e padre. Ora, gli studiosi di scienze umane sottolineano l’estrema importanza, per l’equilibrio del futuro adulto, delle sue relazioni precoci con i suoi genitori, cioè dei differenti legami corporali (odori e suoni, voci e sguardi, ecc.) che si intessono con l’ambiente più prossimo. E sappiamo come questi legami siano fortemente caratterizzati dalla sessualità: le sensazioni che il lattante e il bambino

65 Cf. F. HADJADI, *Qu’est-ce qu’une famille?*, 165-168.

66 Per la loro nascita storica e il loro significato, cf. X. LACROIX, *De chair et de parole*, 25-34.

67 M. BINASCO, *La differenza umana*, 142.

68 Cf. T. ANATRELLA, *L’adoption des enfants par de personnes homosexuelles*, in *Famiglia et vita* 15 (2010/2) 203-214.

provano con la madre sono diverse da quelle sperimentate con la figura maschile del padre (e reciprocamente). Uno psicanalista mi diceva di avere osservato, nel reparto di maternità in cui esercitava, che le madri davano il seno ai figli maschi più a lungo che non alle femmine»⁶⁹.

4. La questione antropologica diviene, teologicamente, la questione cristologica. E perciò diviene cruciale: «perché sentiamo bene che assieme al nesso del reale si perde tutto il senso del cristianesimo stesso – almeno se riteniamo che il cristianesimo non possa voler ridursi ad un'ideologia: nel caos del *gender* si perderebbe né più né meno l'*Incarnazione del logos*»⁷⁰. Ora l'incarnazione del Verbo, in ci si dà l'umanità di Dio (Tt 4,1-4), ha nella *corporeità*, mantenuta nella risurrezione e perfino alla destra del Padre in cielo, il luogo dell'umanizzazione stessa di Dio e perciò dell'uomo. Ignazio di Antiochia osa dire che quando sarà arrivato a Dio, allora *sarà uomo (άντροπος έσμαι: Ai Romani 6,2)*⁷¹. Infatti, la scrittura testimoniale e l'evento di Cristo si inscrivono e inscrivono il mistero dentro una *bioetica quotidiana* che Dio, in Gesù, intende privilegiare. La nascita e la crescita umana eliminano ogni profana *curiositas* e danno una speciale rivelazione di Dio e del suo mistero *ad intra* e *ad extra*. In prima battuta, vi è l'assunzione della vita quotidiana – tali sono i 30 anni della vita di Nazareth non nascosta, ma feriale e quotidiana – dal volto reale e concreto di uomo, donna, generazione, lavoro, comunità, quale il luogo originario della più alta manifestazione di Dio. In secondo luogo, la *grazia pedagogica* inscritta nell'*economica divina* della crescita umana del Figlio abilita definitivamente la costituzione dell'uomo quale interlocutore effettivo (non astratto, non a-storico) della relazione salvifica con Dio. La rivelazione storica del vangelo non è catturata da eventi meravigliosi né primariamente dalla ricostruzione e dall'attestazione del suo insegnamento, ma dal concepimento e dalla nascita, eventi originari e originali della condizione umana. «Dio si annuncia e si spiega [...] sostanzialmente entro la grammatica del lessico familiare e dentro la sintassi della vita quotidiana» quale chiave di accesso al modo stesso di pensare di Dio. Infatti, «nell'incarnazione del Figlio non c'è *evoluzione organica* del divino, ma neppure semplice *occupazio-*

69 X. THÉVENOT, *Sempre mio figlio*, 49; cf. L. DI PALMA, *Coppie omosessuali e diritto all'adozione. Aspetti psicologici di una "pretesa" da verificare*, in *Anime e Corpi* 216 (2004-2005) 631-655.

70 Cf. M. BINASCO, *La differenza umana*, 144.

71 Cf. E. BIANCHI, *Vivre l'incarnation. Une grammaire de l'humain*, in *Etudes* (Juillet-Août 2011) 65-76; I. SCHINELLA, *La corporeità "luogo di solidarietà". Fondazione etica dei trapianti di organo*, 93-102.

ne metafisica dell'umano. Nascere, insomma, significa realmente venire al mondo dall'inizio della vita umana. Nel disegno di Dio che si è realizzato, l'incarnazione ha significato l'ingresso nella vita umana attraverso la nascita, e l'abitare inserendosi nel ciclo delle generazioni, fare-mondo con le sue affezioni e fare-società con i suoi simili, fin dal primo respiro⁷². In questa condivisione bioetica dell'intero sviluppo umano dalla nascita dentro il contesto storico e culturale (Gal 4, 4-5) fino all'esperienza ultima della morte (Fil 2, 5-8), vi è l'assunzione della reale condizione del mondo sia pure segnato e ferito dal peccato, ma non dissolto. Secondo la visione patristica dell'incarnazione, cioè dell'*enantrópesis*, nella vita di Cristo Dio ha vissuto dall'interno l'esperienza dell'umano, facendo sua la diversità dell'uomo. Gesù di Nazareth ha raccontato e reso visibile Dio nello spazio dell'umano. Ha donato dei sensi a Dio e così ha donato a Dio di fare l'esperienza del mondo e dell'alterità dell'umano, mentre ha offerto al mondo e all'umano di entrare nell'alterità di Dio. *La corporeità* è «il luogo essenziale di questo racconto che fa dell'umanità di Gesù di Nazareth il sacramento primordiale di Dio». L'insuperabile realismo dell'incarnazione iscrive il quotidiano della vita umana oltre la storia, «sin da prima della creazione del mondo». L'interlocutore cristologico, nell'assunzione della visione antropologica originaria della creazione⁷³, assume la dualità dei sessi dentro la proposta ermeneutica del Vangelo, quale vocazione alla generazione degli umani quale costitutivo della coppia. Contro ogni rivendicazione del *gender*, che riduce il soggetto alla libertà di scelta, «l'umano genera l'umano – si chiama filiazione – in qualità di creatura originariamente e radicalmente costituita da Dio nella facoltà di chiamare alla vita i suoi simili mediante la generazione filiale. La generazione umana non è semplice emanazione mentale, né mera produzione organica (benché sia *profondamente* connessa ad *entrambe*). La crescita che le corrisponde è ingresso (iniziazione) e partecipazione (legami) nell'*ordine ontologico degli affetti*, in vista della sua giustizia e del suo riscatto: quella che è iscritta per intero nell'unità del duplice comandamento di *agape*»⁷⁴.

Parte del disegno divino della creazione, la generazione umana non ha un inizio assoluto in una generazione iniziale e immanente, ma in un atto

72 P. SEQUERI, «“E Gesù cresceva...” Lc 2,52», in *Anthropotes* 27 (2011/2) 276-291, qui 279.

73 Cf. PONTIFICIA COMMISSIONE BIBLICA, *Bibbia e morale*, Città del Vaticano (Roma) 2008 e il mio articolo di commento, “*Morale rivelata*” o “*morale incarnata?*” *A proposito di un recente documento della Pontificia Commissione Biblica*, in *Asprenas* 56 (2009) 113-130.

74 P. SEQUERI, «“E Gesù cresceva...” Lc 2,52», 284.

creatore a propria «immagine e somiglianza», di cui è riflesso. Chiamato, per creazione e non per generazione a essere interlocutore di Dio anche nella differenza fisica dei sessi⁷⁵, deve prendere posizione di fronte a Dio per definirsi – potendo anche scegliere di non farlo – per riconoscere il gesto creatore di Dio, acconsentire e rispondergli fino a farsi a sua volta iniziatore di legami attraverso la generazione. «Di questa partecipazione dell'uomo e della donna al mistero della creazione, mediante il ripetersi della generazione, il libro della Genesi esalta la singolarità esclusiva, nella cornice dell'intero creato (Gn 1, 27–28). Di questa misteriosa affinità fra il gesto creatore di Dio e l'atto generatore dell'uomo e della donna, la parola neotestamentaria svela, per così dire, il segreto. Esiste effettivamente, nell'intimità dell'assoluto di Dio, un “mistero nascosto” nei secoli, il cui principio abita l'intimità di Dio “fin da prima della creazione del mondo” (Ef 1,3-14; Col 1,15-20)»⁷⁶. Tale sapiente disegno di Dio, rivelato in Gesù Cristo, “primogenito di molti fratelli e di ogni creatura”, giunge fino al principio originario, oltre il quale non è possibile arretrare nell'intimità di Dio, ossia la generazione del Figlio, che rivela in Dio la relazione e la pro-afezione come costitutivi dell'idea cristiana di Dio. Viene così minato alla radice il peccato originale della coppia umana di avere pensato Dio come *ab-solutus*, sciolto e autoreferenziale come un monarca su cui antropoforicamente l'uomo pensava di costituirsi e autocostruirsi in una tensione concorrenziale, orgogliosa e invidiosa, slegandosi dal mistero di comunione che costituisce il mistero di Dio e quello della fraternità umana che la generazione assicura in un legame profondo tra il comandamento di Dio (comandamenti della prima tavola) e quello della fraternità umana (comandamenti della seconda tavola).

5. Il nostro discorso può qui riassumersi in tre affermazioni sequenziali propri di un contributo originario e originale della rivelazione e riflessione

75 Cf. J. COTTIN, *L'“imago Dei”: une réponse à l'enfermement de l'image*, in *Nouvelle Revue Théologique* 120 (1998) 404-418; I. SANNA, *Le sfide all'antropologia cristiana a quarant'anni dalla Pacem in terris*, in *La Società* 13 (2006) 61-72; J.-Y. CALVEZ, *Homme et femme*, in *Etudes* (Octobre 1992) 353-363; P. MERLO, *L'immagine di Dio. Maschio e femmina in Gn 1,26-27 e nella figura di Dio*, in *Anthropotes* 26 (2010) 105-117; P.G. PESCE, *Il sesto comandamento*, in R. FISICHELLA, a cura di, *Commento Teologico al Catechismo della Chiesa Cattolica*, Casale Monferrato, 1993, 559-571.

76 P. SEQUERI, «“E Gesù cresceva...” Lc 2,52», 285.

cristiana: *riscoprire la generazione ovvero la filiazione; stupirsi della coniugalità; abitare la vulnerabilità*⁷⁷.

5.1 L'evento cristologico sia da Matteo che da Luca viene iscritto dentro la successione delle generazioni, che in Matteo da Abramo giunge fino a Giuseppe sposo della Vergine Maria da cui è nato il Cristo, mentre Luca va da Gesù Cristo fino a risalire ad Adamo. Proprio il racconto delle tentazioni in Luca 4,1-12 si segnala per la sua portata antropologica. La vita di Cristo, come quella del cristiano, deve confrontare la sua scelta molto intensa ed esperienziale con l'ordine simbolico che struttura le relazioni sociali. L'esperienza consapevole della filialità divina di Gesù, che nel battesimo lo ha esaltato come tale, può tentarlo a rifiutare la condizione umana quotidiana e le mediazioni che implica. A tale scopo Luca, dopo l'investitura filiale di Dio, si premura di legare la genealogia umana di Gesù, che partendo da sé giunge alla riaffermazione della prospettiva umana «figlio di Adamo» per approdare a quella di «figlio di Dio» (Lc 3,38). L'affermazione del *legame filiale* di Gesù si salda alla sua identità filiale umana, con l'accettazione della differenza delle generazioni e delle manchevolezze della propria famiglia e dei propri antenati. La genealogia ad un tempo afferma la filialità divina e quella umana. Il lavoro del diavolo, secondo il suo significato etimologico, mira appunto a dissociare queste due condizioni filiali che l'ordine simbolico intende mantenere e articolare. Secondo l'esperienza di Gesù, l'umanità è chiamata a mantenere e far interagire questa duplice filiazione per un'autentica visione e conversione al Regno. Nonostante l'unità di Dio, il Dio biblico, il suo nome, quello che egli indica, è «Dio di Abramo, di Isacco e di Giacobbe» (Es 3,15). Dio si dice in una genealogia. Ogni essere umano è *figlio di*⁷⁸, che biblicamente parlando ha in Dio la sua sorgente tanto che nella coscienza del popolo di Israele emerge prepotente la categoria decisiva di filiazione: Israele è «il figlio del Dio vivente» (Is

77 Su quello che segue mi ispiro liberamente a Mgr P. d'ORNELLAS, *Vulnérabilité et technique. Le témoignage de l'Eglise en bioéthique*, in *Nouvelle Revue Théologique* 132 (2010) 543-562.

78 Così si esprime papa Francesco in *Amoris Laetitia*: «È significativo che nell'Antico Testamento la parola che compare più volte dopo quella divina (YHWH, il "Signore") è "figlio" (*ben*), un vocabolo che rimanda al verbo ebraico che significa "costruire" (*banah*). Per questo nel Salmo 127 si esalta il dono dei figli con immagini che si riferiscono sia all'edificazione di una casa, sia alla vita sociale e commerciale che si svolgeva presso la porta della città [...]. È vero che queste immagini riflettono la cultura di una società antica, però la presenza dei figli è in ogni caso un segno di pienezza della famiglia nella continuità della medesima storia della salvezza, di generazione in generazione» (n. 14).

2,1), a lui molto caro (Ger 31,20). Tale consapevolezza viene personalizzata dal Messia, a cui il Nuovo Testamento applica il Salmo 2,7: «Tu sei mio figlio, oggi ti ho generato». In continuità, come ben si esprime Paolo, il Nuovo Testamento è la rivelazione a lui e a ogni uomo, come del resto è nel grido confessante del centurione dinanzi al Crocifisso, da parte di Dio del suo figlio (Gal 1,15). Testimone autorizzato, egli diviene l'araldo della filiazione divina per tutti. Infatti, egli annuncia «il Vangelo del suo Figlio» (Rm 1,9). La sua vita è legata alla fede al Figlio di Dio (Gal 2,20). E a dire di Giovanni, solo «il figlio è libero» (Gv 8). Rivelando che Dio ha un Figlio, che ha preso carne da una donna e nella storia è divenuto il *primogenito di una moltitudine di fratelli*, la fede ecclesiale offre alla ragione umana di poter meglio pensare il divenire della storia e della società, radicando la libertà e l'uguaglianza nella fraternità familiare e perciò nell'ancoramento dei corpi e della famiglia. Sovvertire la filiazione è ferire la libertà. Dinanzi all'alleanza complice dell'antropologia dei desideri e delle tecniche biomediche che dissociano le diverse dimensioni della filiazione e moltiplicano le figure della genitorialità, la testimonianza cristiana dello zoccolo duro della differenza delle generazioni si offre come salvaguardia della vita umana che è filiale e libera. Nella condizione umana, in ogni caso, il bambino proviene dall'unione di un uomo e di una donna e da questo fondamento deriva la continuità della relazione educativa. «La crescita dell'uomo per incominciare, andrà decisamente sciolta dall'ambigua figura della realizzazione auto-affettiva, del sé, per essere riconvertita in quella della partecipazione pro-affettiva all'umano, che è comune: mediante la generazione. La storia in cui si decide il senso di tale conversione, che la grazia del Figlio sostiene, è la vita quotidiana dell'umano, mediante l'azzardo dell'umana generazione nel solco della giustizia di tale destinazione. Il senso della crescita dipende ultimamente dal senso che viene riconosciuto alla generazione. E il senso della generazione è nascosto, con Cristo in Dio. Il Figlio Gesù, nascendo da donna per noi uomini e per la nostra salvezza, l'ha imparato nella nostra carne "dalle cose patite" (Eb 5,8). Ne ha abitato – "occupandosi delle cose del Padre", "per noi uomini e per la nostra salvezza" – l'iniziazione e la maturazione, il passaggio attraverso la morte. L'ha riscattato e custodito, insediandolo in Dio a nostro favore. L'ha reso così accessibile in ogni atto di generazione e in ogni cura della maturazione dell'uomo. Essere introdotti all'umano ed essere indirizzati a radicarvi la giustizia della pro-affezione è il tratto più essenziale della verità in cui si incontrano – e crescono insieme – età, sapienza e grazia»⁷⁹.

79 P. SEQUERI, «"E Gesù cresceva..." Lc 2,52», 285.

5.2 La filiazione già sporge e spira verso la dimensione sessuata e sessuale dell'essere umano: l'ombelico è il segno fisico e indistruttibile della nascita sessuata umana. Ogni uomo nasce da un corpo femminile ed è legato all'esperienza materna della vita che si iscrive nei volti e non nell'anonimato delle tecniche. Dio stesso rivela la coniugalità nell'esperienza di Israele, che percependosi figlio emigra verso la comprensione di sé nella condizione femminile: Israele è «la figlia di Sion» (Is 1,8; 37,22; 52,2; 62,11), cantata come sposa di Dio (Is 54,5) soprattutto dai profeti (Os 2,21-22; Is 62,4-5) con l'apice del Cantico dei Cantici. Quando Israele – ma anche Cristo – medita sulla creazione, si esprime per un'antropologia coniugale, come abbiamo visto sopra. Come affermavo altrove: «Il realismo dell'Incarnazione si iscrive nell'antropologia biblica e comporta dei tratti concreti senza i quali diviene insignificante l'Incarnazione stessa. L'uomo e la donna non sono interscambiabili: l'umanità, secondo la Bibbia, è fatta di uomo e di donna, che, come tale, è creata *a immagine di Dio* (Gen 1,27). Tutto si iscrive nella storia, nella pienezza del tempo, nell'uomo Gesù di origine ebraica e di sesso maschile. E, precedendo Gesù, nella sua umanità, vi è Maria. Tali sono *i misteri del mistero dell'Incarnazione*. La carità di Dio poteva seguire altre vie per la Redenzione, ma nell'Incarnazione ha coinvolto la mascolinità e la femminilità, in una sinergia misteriosa di Dio e dell'umanità. La gnosi sempre ricorrente vorrebbe continuamente vanificare la corporeità, ma la fede della Chiesa, come anche nel nostro discorso, ha fortemente sottolineato questo realismo. Tanto più che nel Nuovo Testamento, e in particolare in Giovanni, Gesù è identificato come lo *Sposo* (Gv 3, 29): come già il racconto di Cana aveva sottolineato e rivelato in continuità con la dimensione nuziale dell'Incarnazione: così è difficile ignorare questa struttura fondamentale ontologica dell'antropologia biblica, che solo se *gerarchizzata* diviene perversa e che l'annuncio evangelico esorcizza alla radice perché Cristo fa *creature nuove*. Tanto più che, nel nostro discorso, la femminilità (*Maria madre/sposa*) e la mascolinità (*Cristo/Sposo*) sono mantenute e conservate fino alla pienezza del cielo»⁸⁰. In un'unità tra parola e carne, che costituisce l'originalità geniale del cristianesimo e dell'Incarnazione.

La testimonianza cristiana interroga, dunque, le diverse tecniche di fecondazione artificiale, che tengono a dissociare la coniugalità, che al momento costituisce la figura antropologica che meglio mantiene le diverse

80 I. SCHINELLA, *La "Madre di Gesù" Madre del "discepolo amato"*, Soveria Mannelli, 2009, 162-163.

dimensioni della nascita⁸¹, e non moltiplica i diversi attori con negativa ricaduta sulla filiazione che deve sopportare questo arbitrio degli adulti che non hanno voluto per sé questa disseminazione delle parti che compongono la coniugalità e la filiazione mentre pretende di poterlo avanzare come progetto per le generazioni future. Se la filiazione appartiene all'essenza dell'umano che è comune, le vie di generazione non sono decisive per la sua identità e per la costruzione di un mondo giusto, che ha nella nascita la prima forma di liberazione e di giustizia? Può accadere, per un'autentica salvaguardia della dignità umana, al di fuori della coniugalità?

5.3 L'uomo non è definito solo dal principio di autodeterminazione ma anche da quello della vulnerabilità che ancora oggi costituisce uno dei quattro principi della bioetica sia laica che cattolica: oggi però sembra sempre più emergere solo quello di autodeterminazione che privilegia gli adulti e i sani forti⁸². Assunto nell'incarnazione del Verbo, che si fece *carne e venne ad abitare tra noi* (Gv 1,14 da leggere con Ebr 2,14), il volto fragile dell'uomo si rivela sul volto della misericordia del *Crocifisso*, che rivela la pienezza della filiazione (Mc 15,39) e della coniugalità (Gv 19,26). Benché il volto del Crocifisso sia sfigurato dal dolore, come il Servo del Signore (Is 52,13-54,12), l'evangelista ci fa contemplare quale attrazione abbia quel volto, la cui bellezza crocifissa rende bella e splendida la Sua Sposa (cf. Ef 5,25-32). Posto in alto, può vedere, Re e Sposo, la Madre/donna, comprendola della luce della sua bellezza, di quella sovrabbondanza di grazia, inaugurata con l'Incarnazione del Figlio. La Madre Addolorata diviene «la Sposa resa bella e splendida dall'amore dello Sposo divino». La vulnerabilità diviene il carattere divino dell'umano, che viene così sottratto e diviene indisponibile all'arbitrio umano, chiamato a esorcizzare la forza dell'onnipotenza nella lettura della *trascendenza* scritta nella vulnerabilità (Gs 76, § 2), che il Risorto conduce con sé in cielo nel segno delle piaghe dei chiodi.

81 Il card. Martini, interrogato sui temi della generazione, avanzava il criterio del *magis*, che permette «di assicurare le condizioni favorevoli concretamente possibili [...] quando è data la possibilità di scegliere, occorre scegliere il meglio» E il meglio consiste «in una famiglia composta da un uomo e una donna che abbiano saggezza e maturità e che possano assicurare una serie di relazioni anche intrafamiliari atte a far crescere il bambino da tutti i punti di vista. In mancanza di ciò è chiaro che anche altre persone, al limite anche i single, potrebbero dare di fatto alcune garanzie essenziali» (C.M. MARTINI – I. MARINO, *Dialogo sulla vita*, in *L'Espresso* 52 [2006/16] 52-61).

82 Cf. I. SCHINELLA, «Autonomia» (voce), in G. Russo, a cura di, *Enciclopedia di bioetica e sessuologia*, LDC-Velar, Leuman-Bergamo, 2004, 262-267.

Qui si scontra il progetto biotecnologico alleato del mondo del *gender* e del suo progetto antropologico: il vulnerabile può nascere, ma non può essere fabbricato. Una famiglia potrà eventualmente accoglierlo, un laboratorio non potrà nemmeno pensarlo, pena la chiamata in giudizio per un *prodotto* male esitato. Anche quando esso viene concepito, viene sottoposto all'analisi preimpianto per verificare se è compatibile con il *design* progettato prima di impiantarli, conferendo ai genitori o ai titolari del progetto parentale di definire la dignità umana del vivente degno di essere vissuto, che non ha in sé e nella sua vita iniziata e quindi nella modalità comune all'umano di iniziare la propria avventura esistenziale e biografica il *proprium* della dignità umana ma nella dignità sociale comunitariamente approvata. Mentre il suo sviluppo si nutre dello scarto degli altri esseri umani concepiti (almeno in due), in linea con quella cultura dello scarto e del margine, di cui parla papa Francesco al n. 53 di *Evangelii gaudium*. Vi è il sovvertimento della famiglia quale spazio originario e originale della *gratuità* e della *difesa del più debole*. Jonas poteva scrivere che il rapporto genitori/figli è «l'unico esempio, offertoci dalla *natura*, di un comportamento del tutto altruistico. In effetti è questo rapporto, legato al fatto biologico della riproduzione, e *non* il rapporto tra adulti indipendenti (dal quale scaturisce l'idea dei diritti e dei doveri reciproci), che sta all'origine della responsabilità in quanto tale»⁸³. Accade anche il capovolgimento della piramide, che autorizza quello che oso chiamare *assassinio culturale* e che, nel mio modesto insegnamento, chiamo *peccato culturale*: l'amore materno/paterno non è più un assoluto né è più subordinato gerarchicamente ai figli, ma questi vengono posposti al progetto parentale. La filiazione, la più vulnerabile dei compiti umani, è anche il più alto e prioritario compito umano su cui si fonda ogni altra forma dei diritti umani, che ancora i diritti alla *filiazione* e alla *fraternità* e non al *contratto*: si genera così una *gerarchia naturale, generazionale*, che attiva la responsabilità dei viventi per le generazioni future e smaschera quell'egualitarismo di base che rende ogni uomo solo un individuo con cui contrattare l'incontro, anche sessuale, fosse anche un bambino o un figlio/figlia⁸⁴. Proprio perché la famiglia è il luogo della vulnerabilità e della disfunzione, essa, nel suo ancoraggio sessuale, offre una torre di difesa all'artificio e al tecnico, nel suo carattere ambivalente (cf. *Caritas in veritate*, n. 14 da legge con n. 70). In modo che l'«opera del genio dell'uomo» si mantenga a servizio del *logos*, secondo il

83 H. JONAS, *Il principio responsabilità*. Un'etica per la civiltà tecnologica, Torino, 2002, 49-50.

84 Cf. le penetranti riflessioni di F. HADJADI, *Qu'est-ce qu'une famille?*, 165-186.

senso pienamente umano del *fare umano* e «nell'orizzonte del senso della persona colta nella globalità del suo essere». La famiglia può contrariare e verificare la volontà di potenza del tecnologico e si pronuncia come il luogo, a motivo della nascita e della filiazione, dell'*amore senza preferenze*, dell'*autorità senza competenza* (vedi la ragione speciosa portata per il progetto parentale delle persone omosessuali capaci più della coppia eterosessuale di educare i figli), di una *libertà senza indipendenza*. *Solo gli amici si scelgono, mentre i genitori, i figli e i fratelli vengono donati in gratuità*, in un processo di condivisione comune e di legami che non sono frutto del contratto e del mercato – come i figli e i fratelli nati in provetta ben più riusciti (almeno nel progetto) di quelli nati come tutti -, ma naturali.

6. Il mio discorso è antropologico e teologico, non etico. A scanso di ogni equivoco, non ho nulla contro le diverse persone del popolo del *gender* a cominciare dalle persone omosessuali, specie quelle strutturali⁸⁵, che in un linguaggio a me caro sarebbe molto meglio chiamare persone omotropiche per una corretta igiene del linguaggio. Per queste persone forse bisognerebbe approfondire il discorso di Tommaso: il grande Dottore giunge a pensare che in alcuni casi ciò che non è naturale per la specie può diventare naturale *huic individuo* a motivo della corruzione di qualche principio (II-II, q. 31, a. 7, res). Tommaso parla di *naturaliter secundum quid*. La costituzione o *posizione* – per impiegare un termine squisitamente psicanalitico – *sessuale* di ciascuno chiama sempre a rispondere eticamente di sé e dei propri atti. Affermare la differenza sessuale come *originaria originale e originante*, fondatrice della vita e dell'intelligenza umana⁸⁶, non significa pensare e voler far credere che il popolo del *gender* sia meno intelligente o meno etico di una persona eterosessuale. Qualsiasi persona umana, come il popolo del genere, è sessuata e, fino a prova contraria, è la differenza dei sessi che è all'origine della loro nascita, almeno per il dono dei gameti e lo sviluppo uterino dell'essere umano concepito anche in provetta⁸⁷.

85 Sulla necessità di un discernimento, cf. A. CENCINI, *Omosessualità strutturale e non strutturale. Contributo per un'analisi differenziale (I)*; IDEM, *Omosessualità strutturale e non strutturale. Contributo per un'analisi differenziale (II)*», in *Tredimensioni* 6 (2009) 131-142.

86 Cf F. HADJADI, *Qu'est-ce qu'une famille?*, 50-109.

87 Porre fine alla gestazione uterina viene propugnata da molti come la liberazione ed emancipazione finale della donna, che così avrebbe le stesse possibilità di realizzazione manageriale dell'uomo. In realtà, sarebbe un processo di disumanizzazione, la capitolazione della donna e l'instaurazione di una società isterica nel suo significato originario di negazione della vita dell'utero che si ribella: promuovere l'utero artificiale è volere una società *fallica senza fallo*, sostituito dall'ordinatore

Anch'io chiedo che le persone omosessuali e transessuali siano considerate come persone – come avviene nel vocabolario dei documenti ecclesiali e magisteriali⁸⁸ –, e non primariamente come «homo» con tutta la problematica del loro vissuto e del loro mondo. E premo perché siano riconosciute nella loro differenza e nel loro stato *ribelle*, avendo cura di sapere operare un reale discernimento sulla diversa configurazione della condizione delle persone omosessuali. «Mais, justement, il s'agit d'être rebelle, d'assumer ce rôle dans les marges et non de verser dans le culte de la normalisation. La relation d'un homme et d'une femme n'est ni normale ni anormale. Elle est naturelle»⁸⁹. In tutte le migliori famiglie e in tutti gli stati di vita si trovano persone omosessuali e gli antichi hanno sempre cantato l'amore omosessuale e omofilo ma mai come modello della costruzione sociale per la quale, per es. Saffo, ha sempre inneggiato all'amore di Ettore per Andromaca. Quello che qui viene avanzato è il mantenimento della famiglia tradizionale come modello squisitamente umano che riconosce e valorizza la fondatezza della differenza sessuale su cui si costruisce ogni altra differenza e la vita della società e mantiene la simbolica di tutte le dimensioni della coniugalità, della parentela e delle generazioni. A tale modello non si può equiparare nessun altro modello o declinazione dell'incontro umano, con la pretesa di un'equiparazione che tende all'abolizione dell'uomo. La pretesa, in fondo, di un *matrimonio per tutti e della provetta per tutti*, secondo le autocertificazioni, è l'impero dell'impersonale a tutto beneficio del mercato e lo svuotamento fino all'abolizione dell'istituto matrimoniale. E ciò «per il fondamentale motivo che *il linguaggio*, nella sua presa vitale, *non è una serie di etichette* su contenuti arbitrariamente interscambiabili, e che un sistema simbolico fonda il significato dei suoi termini molto più sui significati che esclude che su quelli che include: quando li includesse tutti, non significherebbero più nulla e da esso si potrebbe dedurre tutto e il contrario di tutto [...]. Con enormi problemi di coerenza e consistenza del sistema giuridico e con risultati non insignificanti per i soggetti che vi devono riferire per orientarsi nelle generazioni e tra i sessi: anche perché significa che una parte essenziale del reale dell'esperienza umana cessa di avere un'esplicita rappresentanza condivisa e protetta nel discorso

tecnico. Tale è il nostro tempo: «grâce à la technologie, la domination phallique est assurée principalement par des femme hystériques suivies par des hommes châtés» (F. HADJADI, *Qu'est-ce qu'une famille?*, 202).

88 Cf. C. BRESCIANI, *Per un approccio pastorale alle persone omosessuali (I): principi fondamentali*, in *Tredimensioni* 6 (2009) 24-30; IDEM, *Per un approccio pastorale alle persone omosessuali (II): indicazioni per la prassi*, ivi 143-150.

89 F. HADJADI, *Qu'est-ce qu'une famille?*, 80.

sociale»⁹⁰. Ogni altro legittimo riconoscimento alle richieste del popolo del *gender* è un'apertura di credito che si può e si deve concedere secondo il diritto comune e non matrimoniale e che non sta a me tratteggiare⁹¹. Fermo restando che anche per le persone del popolo del *gender* vale la dinamica morale che misura le scelte e gli atti delle persone eterosessuali, pena la pretesa non solo di una legge civile omofobica e transfobica, ma anche morale che potrebbe pretendere di porre al *top* delle considerazioni il matrimonio delle persone omosessuali e poi quello degli eterosessuali, come è in alcune legislazioni europee. Non fa pensare che capi di governo e molte persone responsabili delle agenzie ONU sono dichiaratamente del gruppo LGBT e che perciò le leggi varate a loro favore sono leggi *ad personam*? Anche le persone omosessuali e transessuali sono chiamate a quella visione di insieme cristiana sull'amore e sulla sessualità che misura ogni forma o condizione di vita in cui si trova la persona. Chiamata, ognuna nella propria singolarità, a farsi santa nel cammino accidentato e/o non della propria tensione morale.

7. La condizione della popolazione del *gender* e quella eterosessuale hanno, rispettivamente, nella negazione e nell'ancoramento del sé alla realtà uno spartiacque quanto mai significativo che può rendere ragione della posizione della Chiesa che considera, per es., la tendenza omosessuale intrinsecamente disordinata, basata cioè – psicanaliticamente parlando – su una forma di negazione di una realtà cruciale e sulla finzione del fallo materno, il cui scopo è quello di mantenere il regime di negazione. E ciò genera una parziale dissimmetria, che non significa «una soggettiva superiorità morale, ma riguarda il rapporto con il reale. La posizione "eterosessuale" non si costruisce tagliando via, rifiutando qualcosa della differenza dei sessi, ma assumendola come un fattore del quale ci si può fare qualcosa di positivo, sebbene per lo più malamente e in modo zoppicante»⁹². Là dove questa dissimmetria viene negata, si distorce ulteriormente la realtà, come è nella richiesta di estensione dell'istituto matrimoniale alle persone omosessuali e quindi anche transgender con l'accesso alla *provetta per tutti*: la negazione *ritorna* non con l'ampliamento di casi non inclusi nell'istituto

90 M. BINASCO, *La differenza umana*, 369-370.

91 Cf. a riguardo, il dossier di *Aggiornamenti sociali* (2008/6) 421-444 da integrare con l'integrazione di U. BURRONI, *Chiesa cattolica e unioni omosessuali*, in *Aggiornamenti sociali* (2009/07-08) 504-510; M. P. FAGGIONI, *Sessualità matrimonio famiglia*, Bologna, 2010, 257-288: l'Autore opera anche una buona sintesi di valutazione morale.

92 M. BINASCO, *La differenza umana*, 369.

matrimoniale, ma nella sua abolizione. Rimane proprio vero che la realtà è più importante dell'idea. Come papa Francesco insegna, in *Evangelii gaudium*, tale affermazione è il terzo dei quattro pilastri che sostengono la dottrina sociale della Chiesa. «Questo implica di evitare diverse forme di occultamento della realtà: i purismi angelicati, i totalitarismi del relativo, i nominalismi dichiarazionisti, i progetti più formali che reali, i fondamentalismi antistorici, gli eticismi senza bontà, gli intellettualismi senza saggezza. [...] L'idea – le elaborazioni concettuali – è in funzione del cogliere, comprendere e dirigere la realtà. L'idea staccata dalla realtà origina idealismi e nominalismi inefficaci, che al massimo classificano o definiscono, ma non coinvolgono. [...] La realtà è superiore all'idea. Questo criterio è legato all'incarnazione della Parola e alla sua messa in pratica: “In questo potete riconoscere lo Spirito di Dio: ogni spirito che riconosce Gesù Cristo venuto nella carne”» (EG 231-233)⁹³. Solo il fondamento del e sul reale permette di «uscire verso il popolo di Dio per difenderlo dalle colonizzazioni ideologiche che gli tolgono l'identità o la dignità umana»⁹⁴.

93 Per un approfondimento del principio, cf. G. CAVALCOLI, *La dipendenza dell'idea dalla realtà nell'Evangelii gaudium di papa Francesco* in *Path* 13 (2014/2) 287-316.

94 FRANCESCO, Discorso «Cari fratelli», in *Avvenire* martedì 19 maggio 2015, 1.5, qui 5.

VARIANZE DI GENERE ED INTERSESSUALITÀ

PASQUALE STANZIONE

SESSO E GENERE NELL'IDENTITÀ DELLA PERSONA

SOMMARIO: 1. Da Dio all'uomo: l'interrogativo solipsistico su sé medesimo. – 2. Sesso e genere: rapporto di genus a species?. – 3. Il cd. fenomeno transessuale. – 4. Unioni omosessuali e “diritto alla differenza”. – 5. Bilanciamento di interessi contrapposti e ridefinizione del rapporto sesso/genere.

“Dio creò l'uomo a sua immagine; a immagine di Dio lo creò; maschio e femmina li creò”.

1. Con un linguaggio poetico ma concettualmente chiaro, il Libro della Genesi (I, 27) introduce nella storia del pensiero culturale e religioso il delicato quanto complesso tema dell'identità dell'Uomo, *rectius* della creatura. Di una creatura, per l'esattezza, che ripete il sembiante del Creatore e ne attua il disegno. Di una creatura, ancora, la cui identità sessuale rinviene nella diversità (*“uomo e donna li creò”*) il suo tratto essenziale e nella realizzazione della dimensione spirituale della vita la sua ragione prima¹. Il corpo, “la carne”, che nelle pagine del Vecchio e del Nuovo Testamento, indicano la persona nella sua totalità, non sono, infatti, “per l'impudicizia, ma per il Signore, e il Signore è per il corpo”, come scriverà Paolo nella lettera ai Corinzi (6, 13). Ed è significativo che un medesimo verbo, il verbo “conoscere”, venga indistintamente impiegato per indicare sia la più alta espres-

¹ Si legge, così, nel Vangelo di Matteo (19, 4-6): “Ed egli rispose loro: «Non avete letto che il Creatore, da principio, *li creò maschio e femmina* e che disse: “*Perciò l'uomo lascerà il padre e la madre, e si unirà con sua moglie, e i due saranno una sola carne*”? Così non sono più due, ma una sola carne; quello dunque che Dio ha unito, l'uomo non lo separi»”.

sione della comunione col Signore (1 Corinzi 2:11-13)², sia il concretarsi del rapporto sessuale³.

Eppure, all'alba di un *monde désenchanté*, la riflessione su Dio, origine e fine ultimo di ogni cosa, sembra piuttosto cedere il passo oggi all'interrogativo solipsistico dell'uomo *sur soi*, su se medesimo⁴. Il dibattito sull'identità personale, nelle variegate espressioni in cui si articola, ha smarrito, in altri termini, la sua dimensione per così dire 'mistica' ed in una rinnovata veste laicale compenetra il pensiero contemporaneo. Si assiste così al tentativo, non di rado spasmodico, di riassumere entro poche rassicuranti categorie le fattezze essenziali della persona – quelle nelle quali, a ben vedere, si risolverebbe l'identità della stessa – e di sussumerle quindi sotto le fattispecie astratte di un diritto che possa tutelarle. Compito, quest'ultimo, per certo non agevole specie ove si rifletta sul rischio – che sottilmente pervade l'intera tematica dei diritti della personalità in senso lato intesi – di incorrere in un'identificazione tra diritto soggettivo ed oggetto del diritto, tra potere riconosciuto e pretesa (*Anspruch*), e, dunque, in definitiva nella teorizzazione di un diritto *su se medesimo* spettante al soggetto.

L'enucleazione del contenuto dei diritti della personalità, del resto, ha da sempre rappresentato una problematica "ostica"⁵, in relazione alla quale gli assolutismi della pandettistica tedesca sono stati mitigati dalla dottrina italiana solo attraverso la rivisitazione della categoria dei beni delineata dall'art. 810 c.c.; rivisitazione che ha consentito di superare il riferimento

2 Nella Lettera ai Corinzi 1, 2:11-13, scrive San Paolo: "11. Infatti, chi, tra gli uomini, *conosce* le cose dell'uomo se non lo spirito dell'uomo che è in lui? Così nessuno conosce le cose di Dio se non lo Spirito di Dio. 12. Ora noi non abbiamo ricevuto lo spirito del mondo, ma lo Spirito che viene da Dio, per *conoscere* le cose che Dio ci ha donate; 13. e noi ne parliamo non con parole insegnate dalla sapienza umana, ma insegnate dallo Spirito, adattando parole spirituali a cose spirituali".

3 Si legge così nel Libro della Genesi (4,1) che "Adamo *conobbe* Eva, sua moglie, la quale concepì e partorì Caino". All'uomo, alla donna viene, del resto, richiesto di essere fecondi e di moltiplicarsi (Genesi, 1, 22) per volontà di un Signore che li unisce in una sola carne (Matteo 19, 4-6) e che punisce ogni *akatharsia* giacché "*né fornicatori, né idolatri, né adulteri, né effeminati, né sodomiti, né ladri, né avari, né ubriachi, né oltraggiatori, né rapinatori erediteranno il regno di Dio*" (1 Corinzi 6:9,10).

4 La riflessione è di A. BERNARD, *Fleurs de papier, fleurs de tombeaux*, in AA.VV. *L'identité de la personne humaine*, J. Puosson-Petit (a cura di), Bruxelles, 2002, 13.

5 Per riprendere l'aggettivazione di V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in Dig. IV, disc. priv. sez. civ., 1995, XIII, 436.

letterale alla *res* materiale⁶, per ricondurre all'ambito applicativo della norma anche la realtà che non si trova 'al di fuori' ma 'al di dentro' dell'uomo e come tale attiene al suo essere⁷. Il giurista, in altri termini, recepisce e fa sua la distinzione husserliana tra "corpo fisico" e "proprio corpo vivente", tra *Körper* e *Leib*, e scinde la considerazione del corpo oggettivato dalla scienza – che si offre all'indagine anatomico-fisiologica – da quella del corpo com'è concretamente vissuto e sperimentato dall'esistenza⁸.

Riguardata da una simile prospettiva sotto certi aspetti intimistica, la questione diventa allora quella di definire, ove possibile, l'*identité substantielle* della persona, in quel pendolo di opportunità che oscilla tra l'immutabilità dell'essere ed il suo divenire. Il diritto, invero, animato da esigenze di ordine e di certezza, ha finito non di rado con il confondere individuo ed identità, ritenendo di poter cristallizzare l'essenza, dell'uno come dell'altra, in categorie empiriche derivate dall'osservazione della realtà. L'uomo, vissuto in maniera statica, è così apparso all'interprete come dotato di caratteristiche definitivamente acquisite, sottratte alla mutevolezza dell'esistere ed improntate al principio secondo cui "l'essere è ciò che è ed il non essere non è".

Eppure *tutto scorre e nulla permane* e dunque alla stasi parmenidea la società attuale contrappone l'immagine eraclea dell'individuo che non può bagnarsi "nello stesso fiume per due volte, perché né l'uomo né le acque del fiume sono gli stessi". Sul piano giuridico l'enunciata conclusione si traduce in un avvicinamento di tipo casistico al tema dell'identità personale e dell'identità sessuale in particolare: la loro configurazione e corretta ricostruzione sconta, in altri termini, i condizionamenti del punto di vista adottato, dell'epoca considerata, del contesto sociale indagato. Preponderante si impone allora in dottrina la convinzione che "ogni soggetto è simile e non uguale agli altri⁹" e questa verità immanente alla persona non può che tradursi in un bisogno di affermazione individuale nella vita di relazione. Si assiste, pertanto, alla "proiezione sociale" dell'identità –

6 Recita l'art. 810 c.c. "Sono beni le *cose* che possono formare oggetto di diritti". Siffatta definizione era ignota al codice del 1865, che si limitava, all'art. 406 c.c. previg., ad individuare le tipologie di proprietà, pubblica e privata, che possono interessare i beni. Di qui l'aprirsi del dibattito sulla definizione generale dei beni in senso giuridico. In argomento si v. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile*, vol. II, *I diritti reali*, Torino, 1999, 2 ss.

7 Lo sottolinea con precisione P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XXIII, 2.

8 U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, 2009, 19^a ed., 284.

9 In questi termini G. BAVETTA, *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, 1970, XIX, 953.

per riprendere l'espressione cara al De Cupis¹⁰ – per effetto della quale la persona rivendica il diritto ad essere se stessa. Il corollario è il frantumarsi delle identità, il loro moltiplicarsi e trascorrere dalla sfera interiore e soggettiva a quella esteriore ed oggettiva, in cui alla dimensione solitaria rivendicata dall'uomo per sé si sovrappone o meglio si aggiunge quella modellata per e dagli altri (la c.d. *identité pour autrui*, secondo formula propria della dottrina d'oltralpe¹¹).

2. Il descritto sdoppiamento si apprezza con maggiore evidenza in relazione alla sfera sessuale dell'individuo, per la quale il ricorso alla partizione sesso/genere consente di spiegare le disarmonie che, spesso, interessano la persona. Il pensiero corre a situazioni quali l'omosessualità, il transessualismo, l'ermafroditismo in cui appunto serpeggia, più o meno latente, più o meno risolto, un conflitto tra ciò che l'uomo è e ciò che di lui appare. Nelle ipotizzate condizioni la crasi è *in ipsa re*, sol che si rifletta sulla circostanza per cui l'accertamento del sesso avviene all'atto della nascita, a séguito di un esame delle caratteristiche sessuali esterne¹², e come tale prescinde in un momento iniziale da valutazioni di tipo psichico, legate alla percezione che l'individuo ha di sé.

Il profilo interno ed intimo inizia a delinearsi solo in epoca successiva, più o meno remota nel tempo¹³, con il progressivo acquisto della maturità di giudizio e con la crescente consapevolezza delle proprie attitudini e tendenze sessuali. Ed è in questa fase che l'eventuale rompersi dell'armonico binomio tra anatomia esteriore e convincimento interiore, determina quello

10 L'espressione è di A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, CICU, MESSINEO e MENGONI (a cura di), 1982, 399.

11 Il riferimento è nuovamente a A. BERNARD, *Fleurs de papier, fleurs de tombeaux*, cit., 15.

12 Sul punto, si rinvia a A. MUSIO, F. NADDEO, *Delle registrazioni relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli naturali*, in A.A.V.V. *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, a cura di P. STANZIONE, Milano, 2001, 141 ss.

13 Il manifestarsi di gusti e tendenze sessuali divergenti rispetto alla propria sessualità esteriore può avvenire in diverse fasi della vita, differenti da soggetti a soggetto. La casistica giurisprudenziale offre esempi di situazioni in cui sin dall'infanzia si assiste al manifestarsi di inclinazioni non consone al genere sessuale di appartenenza, sia esso, rispettivamente, maschile o femminile: cfr. Trib. Lucca, 17 aprile 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 374 ss. Emblematica si pone, poi, la vicenda discussa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 novembre 1980, in *Foro it.*, 1981, IV, 49 ss., ove all'attenzione dei giudici veniva presentato il caso di un bambino nel quale la sindrome di transessualismo si era manifestata già all'età di cinque anni.

che con formula, non di rado critica, è definito “fenomeno transessuale”¹⁴. Insegna, infatti, la scienza medica che il transessualismo era definito, un tempo, come una sindrome caratterizzata dal fatto che un soggetto, geneticamente e fenotipicamente di un sesso determinato, ha la consapevolezza di appartenere al sesso o meglio al genere opposto¹⁵. Oggi, tuttavia, la comunità scientifica preferisce rivolgere uno sguardo meno patologizzante su tale condizione, descrivendola altresì come *varianze dell'identità di genere*.¹⁶ Il sesso, precisamente, si presenta quale fatto composito in cui gli elementi biologici sono strettamente collegati a quelli psicologici e giuridico-sociali¹⁷.

Lungi, dunque, dal configurarsi giuridicamente e socialmente irrilevante, specie in una società come quella attuale tutta protesa verso la parificazione, esso connota a tal punto l'essere dell'individuo da (im)porsi in termini di prerogativa soggettiva meritevole di tutela in quanto avente ad oggetto l'affermazione dell'identità sessuale ossia “l'esigenza di vivere nella famiglia e nella società in modo corrispondente al sesso cui *egli* (n.d.r.) sente di appartenere”¹⁸. Di qui la sua duplice valenza: pubblica, da un lato, per ciò che concerne la necessità di accertare in maniera sicura l'essere uomo o donna della persona; privata, dall'altro, per tutti quegli aspetti, peraltro prevalenti, che riguardano la sfera intima dell'uomo ed il suo equilibrio

14 Sia consentito in argomento il rinvio al mio scritto *Transessualità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 874.

15 Anche in dottrina, in passato, si ripeteva spesso che il transessualismo fosse un'alterazione dell'istinto sessuale per cui individui che presentano una costituzione fisica normale sentono di appartenere al sesso opposto e desiderano, irrinunciabilmente, cambiar sesso, quasi sempre invocando e sottoponendosi a complicati interventi chirurgici ed a trattamenti estetici ed ormonali, nonché adoperando gli abiti del sesso a cui aspirano. Si sottolineava altresì la sostanziale analogia delle definizioni fornite dai vari autori, anche se esse, sul piano terminologico, riflettono il maggior risalto dato all'uno o all'altro dei profili in cui si articola la complessa sindrome. Cosicché da taluno si discorreva di “transvestimento”, inquadrandolo negli stati sessuali intermedi, da altri di “transvestimento innato o genuino”, da altri ancora di “metamorfosi sessuale paranoica”. *Amplius* P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, *Transessualismo e tutela della persona*, cit., 15.

16 R. VITELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO. (2013), *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?* in *Comunità omosessuali: Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 221-243.

17 Riprova ne è lo stesso uso polimorfo del termine, i cui tratti vengono specificati dalle più svariate aggettivazioni: sesso cromosomico, gonadico, morfologico, psicologico, legale.

18 In questi termini S. PATTI, *Transessualismo*, in *Dig. it., disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, 416.

psicofisico. Ma se, davvero, esista un diritto all'identità sessuale costituzionalmente riconosciuto è affermazione che solo *prima facie* una sottile ed attenta opera di *Drittwirkung* dell'art. 2 cost. suggerisce. Voci autorevoli¹⁹, al contrario, arrestano l'elenco dei diritti della personalità alle note e tradizionali categorie della vita, della libertà, dell'onore, del nome, o da ultimo dell'identità genetica²⁰, della *privacy* e via enumerando; mentre l'identità sessuale viene degradata ad interesse sia pure di natura complessa²¹.

Sia consentito, tuttavia, dubitare del rigore della conclusione. Lasciata alle spalle "l'epoca della ritrosia"²², si delinea in maniera sempre più netta una nuova concezione della persona all'interno dell'ordinamento costituzionale, con riflessi che si irradiano in ogni materia che la riguardi o che implichi la sua protezione. La tutela apprestata dal legislatore e dal costituente in maniera prevalente alla persona si snoda, in particolare, lungo una duplice direttiva, statica e dinamica: la prima (artt. 2 e 3, comma 1, cost.) costituita dalla dignità umana; la seconda (artt. 2 e 3, comma 2, cost.) rappresentata dallo svolgimento della personalità²³. L'itinerario prescelto, se conduce alla posizione apicale dell'essere uomo all'interno dell'ordinamento giuridico (*omne ius hominum causa constitutum est*), ha, al tempo stesso, precise conseguenze sul piano metodologico e su quello applicativo. Così, la riscoperta primazia della persona, non solo, da un lato, giustifica il principio ormai noto e condiviso della subordinazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali, nelle quali in via primaria si esprimono l'essere e l'agire di ciascuno; ma, dall'altro, condiziona con i suoi contenuti l'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali e delle altre norme.

Se si muove da tali premesse deve essere interpretato, per quanto qui d'interesse, il dettato della legge n. 164/82 sul transessualismo, onde assicurare protezione alla dignità della persona e quindi dei transessuali e

19 Si veda G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Il Codice civile commentato*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1999, 1996, 156 ss. e l'ampia bibliografia ivi citata.

20 Il diritto all'identità genetica ha natura e contenuti differenti rispetto al "diritto" all'identità sessuale. Specificamente, esso concerne la protezione del genoma, ossia il patrimonio genetico di ogni singolo individuo e si sviluppa nella duplice direzione del diritto a conoscere il proprio patrimonio ed in quello a non vederlo manipolato.

21 In tal senso, senza dubbio, S. PATTI, *Transessualismo*, cit., 416.

22 Le problematiche concernenti i diritti della personalità ed il loro oggetto sono stati affrontati in maniera critica, tra i primi, da A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, Torino, 1901.

23 Sul punto v. *amplius* la mia voce *Persona fisica (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1991, XXIII, 1 ss.

“consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità, l'umiliazione che troppo spesso li accompagna nella loro esistenza, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana di cui ricerca la tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale²⁴”.

Se così è, dunque, non sembra erroneo sostenere, salve le precisazioni di cui si dirà, che il sesso sembra smarrire nella generalità dei casi la sua autonomia rilevante per il diritto e rilevare piuttosto alla stregua di un mero dato organico destinato, in un rapporto di *genus ad species*, ad essere risolto e spiegato nella più ampia categoria di “genere”. Del resto, una volta ammesa la separabilità logica e filosofica del corpo-cosa (*Körperding*) dal corpo vivente (il *Leib*, di cui si diceva) è di agevole constatazione il dato per cui il sesso resti circoscritto alle connotazioni anatomiche e fisiologiche, mentre il genere ricomprenda tutto ciò che d'innato e di acquisito si trova nella sessualità umana e soprattutto il momento psicologico e culturale. Di qui il ricorso alle nozioni di “identificazione del genere” come consapevolezza di appartenere all'uno o all'altro sesso e di “ruolo del genere” come inequivoco comportamento che il soggetto tiene nella società. Non è un caso, pertanto, che il termine oggi sempre più usuale di *gender* abbia progressivamente smarrito il significante di “categoria grammaticale che distingue il maschile dal femminile²⁵” per assumere quello di “categoria concettuale che raggruppa cose o persone che hanno in comune proprietà essenziali (e differiscono per proprietà essenziali)²⁶”. Ed è singolare osservare come il concetto di *gender identity* si affievolisca soltanto in quelle aree, quali i Paesi anglosassoni, in cui è consentito alla persona di vivere la propria identità sessuale senza scontare i condizionamenti derivanti dal c.d. sesso ufficiale quale dichiarato all'atto di nascita²⁷.

Ma anche in un ordinamento quale il nostro che non risente nella specie delle suggestioni di *common law*, l'inadeguatezza del richiamo ai soli caratteri sessuali anatomici ad esaurire il discorso sull'identità sessuale è comprovata dal rilievo centrale che la sessualità assume nella definizione della personalità dell'individuo, fino a condizionarne tutte le manifestazioni della vita. Lo strappo tra *res cogitans* e *res extensa*, che aveva indotto già Husserl a discorrere di “errori seducenti” nei quali erano incorsi Cartesio

24 Come chiariscono M. BESSONE, G. FERRANDO, voce *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 193 ss.

25 In questi termini L. PALAZZANI, *Identità di genere?*, Roma, 2008, 30.

26 Così, ancora, L. PALAZZANI, *op. cit.*, 30.

27 Lo riprova l'assenza, nei paesi di *common law*, di documenti d'identità che accertino caratteri e generalità del soggetto.

ed i suoi successori²⁸, si ricuce, sul piano giuridico, attraverso il riconoscimento in capo al singolo di un diritto a realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, in quanto “aspetto e fattore di svolgimento della personalità” (art. 2 cost.)²⁹. Si impone così all’attenzione dello studioso il problema del cambiamento del sesso come problema della libertà umana intimamente collegato alla situazione materiale della sessualità³⁰.

3. Racconta Platone nel Simposio che Zeus, dopo avere tagliato a metà ciascuno dei tre generi di cui si componeva la specie umana, si premurò di sanarne la ferita, chiedendo ad Apollo di intervenire e di “guarire il resto” affinché gli uomini fossero più tranquilli e non smettessero, al tempo stesso, di inseguire la loro unità perduta. Secoli più tardi la società si ritrova, invece, ad affidare la mai sopita ricerca di completezza ed unicità della persona alla penna del legislatore affinché ponga il sigillo della giuridicità sul trattamento medico-chirurgico necessario ad un adeguamento dei caratteri sessuali della persona (art. 3, comma 1, l. n. 164/1982). Ma se nel mito l’intervento divino tocca indistintamente l’umanità tutta ancorché “colpevole” di avere suscitato l’invidia degli dei, tanto non è a dirsi in relazione alla legge n. 164/1982. E ciò non solo per l’ovvia constatazione che il suo ambito resta pur sempre circoscritto alla particolare situazione contemplata ma perché rimane comunque esclusa dalla sua sfera di applicazione la regolamentazione di alcune altre fattispecie, distinte dal transessualismo, nelle quali, parimenti, si registra una discrasia della sessualità. Valga per tutte il riferimento all’omosessualità.

La conclusione segue, non senza difficoltà, ad un dettato normativo che, a dispetto della corrispondente legge tedesca, la *Transsexuellengesetz*, si limita a discorrere, all’art. 1, di attribuzione di sesso diverso a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali e nulla precisa in ordine a situazioni quali l’ermafroditismo e lo pseudoermafroditismo. L’interpretazione restrittiva sembra, tuttavia, da preferire alla luce in particolare dell’art. 3 l. n. 164/1982 che individua nell’intervento chirurgico la via obbligata per risolvere in via definitiva il dramma somato-psichico di chi non si riconosce nell’appartenenza a quel sesso esteriore imposto dalla natura. Di là, peraltro, da un giudizio in ordine all’adeguatezza delle “tecniche

28 E. HUSSERL, *Cartesianische Meditationem und Pariser Vorträge*, (1931), trad. it., *Meditazioni cartesiane*, Milano, 1960, § 2, 6.

29 La conclusione si legge già in Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Foro it.*, 1985, I, 2167.

30 Come precisa A. FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 485.

impiegate alla realizzazione del valore³¹ – tecniche che finiscono sostanzialmente con il rinnegare un “diritto alla ritrasformazione” – l’autorizzazione del tribunale al trattamento medico segna il punto più delicato della materia, quello in cui, più che in ogni altro, il legislatore mostra di far proprio “un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero «normalmente» evolutisi, sia pure con l’ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale”, sul presupposto per cui il sesso è un “dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l’equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori determinanti”³².

È, infatti, nella decisione del ricorso alla chirurgia che confluiscono, da un lato, le aspirazioni più alte della persona e le sue scelte soggettive, la valutazione dell’interesse obiettivo del soggetto, di terzi e dell’intera collettività, dall’altro. In simile scenario, il parametro normativo di riferimento non è più offerto dall’art. 5 c.c., ma dagli artt. 2, 3 e 32 cost. È solo, infatti, dalla lettura costituzionalmente orientata della legge n. 164/1982 che è consentito il superamento della disposizione codicistica e ciò sia perché la vicenda modificativa del sesso non può risolversi in un mero atto di disposizione del corpo, con le implicazioni che inevitabilmente rischierebbero di sorgere al cospetto di interventi meramente demolitivi, sia perché, a ben vedere, lo stesso trattamento medico è, nella logica dell’ordinamento, un mero passaggio sia pure obbligato per il perseguimento del fine più alto dello svolgimento della personalità dell’individuo. Tant’è che – ricorda la giurisprudenza di merito – l’assenza del momento ricostruttivo, *recte* la rinuncia, sia pur momentanea, alla ricostruzione anatomica degli organi genitali, “non assume un valore essenziale e decisivo rispetto alla valutazione che il tribunale è chiamato a compiere sulla disarmonia esistenziale della persona e sui necessari rimedi”. La persona è, infatti, “l’unione di soma e psiche”; pertanto “è indubbio che è l’aspetto psicologico ed emotivo a dominare la connotazione sessuale, affettiva e sociale di un individuo e che in caso di insuperabile dissonanza tra i due elementi, è il soma a doversi adeguare alla psiche, nella misura necessaria e sufficiente ad assicurare alla

31 In questi termini P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 101.

32 Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161, in *Dir. fam. pers.*, 420 ss.

persona il conseguimento della propria armoniosa identità”³³. Riecheggia il monito della Dottrina della Chiesa: *Corpore et anima unus*³⁴.

Se, dunque, il luogo d’elezione dell’unità ideale del soggetto, la psiche appunto, già contiene in sé “il principio della separazione, perché come coscienza di sé, la psiche comincia a pensarsi *per sé*, e quindi a separarsi dalla propria corporeità³⁵”, è in essa che si annida, si realizza e deve conseguentemente ricercarsi l’identità, altresì, sessuale del soggetto. Già Agostino, del resto, ammoniva che “l’uomo non è un’anima separata, né un corpo separato; ma un’anima che si serve di un corpo³⁶”. L’ilemorfismo aristotelico, ripreso dalla patristica e perfezionato dalla scolastica attraverso il pensiero di Tommaso d’Aquino culmina così, nella riflessione della Chiesa, nella concezione della irriducibilità del corpo a pura materia e ciò in quanto il corpo “è spiritualizzato, così come lo spirito è tanto profondamente unito al corpo da potersi qualificare uno spirito corporeizzato³⁷”.

Da questa sintesi di interiorità ed exteriorità nasce e si giustifica, nelle maglie della più volte richiamata legge n. 164/1982, il divieto di ogni forma di “costringimento al bisturi³⁸”, la funzione di garanzia affidata al tribunale, il diritto ad ottenere la rettificazione degli atti dello stato civile con l’attribuzione del nuovo sesso e di un nome che lo rifletta.

Vero è però, sotto altro profilo, che l’uomo, pur nella sua unitarietà, non è un essere solitario né potrebbe esserlo; egli “per sua intima natura è un essere sociale, e non può vivere né esplicitare le sue doti senza relazioni con gli altri³⁹”. “Domanderò conto della vita dell’uomo all’uomo” si legge, non a caso, nella Genesi (*Gen.* 9,5), con espressione che chiarisce come la prospettiva personale ed interiore del soggetto sia destinata a perfezionarsi e specificarsi nella dimensione relazionale e sociale, la quale a sua volta si precisa in una molteplicità di legami e di rapporti distinti per natura, intensità, continuità, *affectio*.

La Carta costituzionale, come è noto, indica nella famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 cost.) la formazione sociale per eccellenza nella quale

33 Sul punto Trib. Monza, 18 gennaio 2005.

34 L’espressione è del PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Roma, 2005, 68.

35 La conclusione è di U. GALIMBERTI, *op. cit.*, 22.

36 Cfr. E. GILSON, *Lo spirito della filosofia medievale*, Brescia, 1969, 225.

37 GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, 2 febbraio 1994, Città del Vaticano 1994, n. 19.

38 Per riprendere l’espressione di S. PATTI, *Transessualismo*, cit., 418.

39 Così, del resto, il CONCILIO VATICANO II, Cost. past. *Gaudium et spes*, 12: AAS 58 (1966) 1034.

si realizza e si sviluppa la personalità dei singoli componenti in un “equilibrio delle libertà⁴⁰” o meglio dei diritti fondamentali, destinati a modellarsi, ad espandersi o, dove occorra, a “comprimersi” nell’ottica del rispetto reciproco e della solidarietà⁴¹. È innegabile tuttavia che al modello tradizionale dell’unione tra l’uomo e la donna, si affianchino oggi “convivenze tra giovani per ragioni di studio, tra persone mature per darsi sostegno reciproco nel progredire degli anni; convivenze tra parenti, tra fratelli e sorelle⁴²”. Dall’*affectio coniugalis* si differenziano dunque altri e non meno profondi sentimenti (amicizia, cordialità, condivisione, assistenza, solidarietà, mutuo aiuto) espressione a loro volta di relazioni sempre più desiderose di attenzione da parte del diritto. Il legame tra persone dello stesso sesso, tra queste, accompagna da sempre la storia dell’umanità.

4. Dell’omosessualità si rinvencono testimonianze già all’epoca della III dinastia egizia nel 2500 a.c. e riferimenti normativi sin dalla legge ittita del 1400 a.c. che consentiva addirittura il matrimonio omosessuale. E ciò a tacere delle esperienze note del mondo greco e di quello romano. Nell’Antico Testamento si rinvencono richiami a tipi di unione – sol che si rifletta sulla vicenda di Gionatan che “fece di nuovo giurare Davide; perché egli l’amava come la *sua stessa vita*” (1 Samuele 20:17) -; e tuttavia ad essi si annette una rilevanza puramente amicale, punendo con la morte le pratiche amorose tra persone dello stesso sesso.

Abbandonato il rigore delle antiche scritture, il pensiero cattolico si è successivamente trovato spesso ad affrontare la tematica dell’omosessualità: già nella *Dichiarazione su alcune questioni di etica sessuale*, del 29 dicembre 1975, la Congregazione per la dottrina della fede ha sottolineato il dovere di cercare di comprendere la condizione omosessuale e la necessità di giudicare con prudenza gli atti omosessuali. Comprensione, dunque, e ponderazione, cautela nell’approccio ad un profilo complesso che invita il giurista a dismettere il proprio giudizio morale ed a temperare le differenti situazioni giuridiche coinvolte, i diversi valori in gioco, i distinti principi interessati. Già, poiché nella specie il diritto all’affermazione personale della propria identità, il principio di autodeterminazione devono confrontarsi con le scelte di valore del sistema, con le regole della sua tra-

40 L’espressione è di G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 146.

41 In argomento altresì, G. SALITO, *Profili giuridici di una “nuova solidarietà familiare”*, in *Famiglia e diritto: profili evolutivi di un rapporto giuridico complesso*, Milano, 2007, 239 ss.

42 Per riprendere le parole di G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 163.

dizione, con le prerogative dei terzi, se ed in quanto meritevoli di tutela, e con quelle della società.

E' così che la proiezione relazionale del diritto all'identità sessuale dell'individuo, lungi dal ricevere piena attuazione, assiste, sul piano formale, al (ri)assurgere del sesso a scriminante del riconoscimento di una serie di diritti e di doveri che per tradizione millenaria il nostro ordinamento riserva al concretizzarsi *sub specie* di matrimonio del rapporto uomo-donna. Ciò in quanto in discussione non è il valore del "genere" e, correlativamente, il diritto dell'individuo a scegliere, nel modo ritenuto più opportuno, la propria identità di genere (senza peraltro con ciò indulgere verso teorie *queer* o concetti di "fluidità del genere"⁴³); a venire in rilievo sono, invece, le concrete possibilità di realizzazione della persona, e, quindi, gli strumenti che il diritto può apprestare allo scopo, ponendosi quale bilanciare tra l'io e l'altro da sé. La valutazione giuridica non può, peraltro, prescindere da una constatazione di fatto, dalla circostanza per cui sul piano relazione solo la diversità sessuale è in grado di assicurare alla persona il pieno sviluppo biologico, essendo l'eterosessualità condizione obiettiva per l'apertura alla procreazione⁴⁴. In quest'ottica si comprende perché il sesso, *recte* l'identità di sesso, operando come limite naturale, rilevi anche come limite giuridico. Emblematico, in tal senso, il dettato degli artt. 29-30 cost. che, nell'esprimere il *favor* per la famiglia legittima, riservano l'istituto del matrimonio all'unione dell'uomo e della donna. Ad essi soltanto, in quanto "idonei a procreare secondo natura", è dedicato il significativo disposto dell'art. 30 cost. "La legislazione italiana – che ne attua i principi – è tutta improntata in tal senso. Il codice civile, in primo luogo, indica nella diversità di sesso uno dei requisiti necessari per contrarre matrimonio (pena, a giudizio di taluni, l'inesistenza del matrimonio medesimo o la sua nullità⁴⁵). La legge 1 dicembre 1970, n. 898 (art. 5, commi 1 e 2), a sua volta, include tra le cause di scioglimento del vincolo matrimoniale proprio il venire meno della diversità sessuale tra i coniugi. Sì che è agevole conve-

43 La teoria *queer* è una teoria critica sul sesso e sul genere che nasce intorno agli inizi degli anni novanta, con l'intento di mettere in discussione la naturalità dell'identità di genere, dell'identità sessuale e degli atti sessuali di ciascun individuo, sul presupposto per cui gli stessi sarebbero interamente o in parte costruiti socialmente. Pertanto, secondo tale impostazione, gli individui non potrebbero essere realmente descritti usando termini generali come "eterosessuale" o "donna". In argomento, sul tema, tra gli altri T. DE LAURETIS, *Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities. An Introduction*, in *Differences*, 1991, 3, 2, pp. III-XVIII.

44 La conclusione trova d'accordo L. PALAZZANI, *Identità di genere?*, cit., 65.

45 Sul punto sia consentito il rinvio ad P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2009, 366.

nire sul fatto che l'intera disciplina dell'istituto, vigente nell'ordinamento, postula la diversità di sesso tra marito e moglie, nel quadro di "consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio"⁴⁶.

Esclusa, quindi, dall'identità di sesso tra i *partner* la possibilità di sancire con il crisma della giuridicità le unioni omosessuali, non può, tuttavia, negarsi qualsivoglia garanzia sul piano del diritto a siffatti legami: espressione comunque della dimensione relazione dell'individuo, del *Mitdasein* in cui realizza se stesso. Sovviene sul punto la disciplina dell'art. 2 cost. che assicura tutela ad "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri"⁴⁷. Si tratta, infatti, pur sempre di un legame tra una persona con un'altra che, anche se omosessuale, "deve essere pienamente rispettata nella sua dignità e incoraggiata a seguire il piano di Dio"⁴⁸, ricevendo dal diritto tutela come singolo e come membro di una formazione sociale idonea a favorirne lo sviluppo. In tal senso decisivo si rivela per la regolamentazione degli aspetti strettamente legati allo svolgersi della quotidianità all'interno delle convivenze tra persone dello stesso sesso sia il ricorso a sperimentate soluzioni di diritto comune, sia il rinvio al formante dottrinale e giurisprudenziale affinché traccino le coordinate per la regolamentazione del fenomeno⁴⁹. Tanto sul presupposto per cui anche in queste ipotesi è dato riscontrare il fondamento comune di tutte le forme di convivenza: personalismo, solidarismo, democraticità.

46 Trib. Venezia, 3 aprile 2009, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 9, 1, 911.

47 Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. e dir.*, 2010, 7, 653 ss.

48 Cfr. Catechismo della Chiesa, 2357-2359, il quale sottolinea la necessità di un "impegno particolare nell'esercizio della castità". Il PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, cit., 128, a sua volta precisa che "il doveroso rispetto non significa legittimazione di comportamenti non conformi alla legge morale né, tanto meno, il riconoscimento di un diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, con la conseguente equiparazione della loro unione alla famiglia".

49 In argomento si v. P. STANZIONE, G. AUTORINO, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Unioni di fatto. Affidato condiviso. Patto di famiglia. Prospettive e riforme*, Trattato di diritto di famiglia, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Torino, 2006, 27.

5. È dunque la necessità di tutelare la persona, anche allorquando “l’io registra dentro di sé un bisogno-desiderio che lo apre ad un «fuori di sé»⁵⁰”, che giustifica e spiega il riconoscimento di diritti alle unioni nelle quali la persona medesima opera e si afferma. Non si vuole per tale via negare la rilevanza che comunque assume sul piano biologico – prima ancora che su quello sociale o giuridico – l’appartenenza all’uno piuttosto che all’altro sesso. La crisi del modello assimilazionistico e di quello universalistico ha, infatti, dimostrato che l’affermazione dell’eguaglianza passa in ogni caso attraverso il riconoscimento di un “diritto alla differenza” che tenga conto, teoricamente, delle diversità tra gli esseri umani e che si faccia carico, in particolare, della diversità sessuale⁵¹. In quest’ottica non stupisce pertanto la precisazione dell’art. 230 *bis*, comma 2, c.c. secondo cui “il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell’uomo”. Né, parimenti, si vuole disconoscere il valore che la differenza sessuale assume nell’individuare anche socialmente la persona. Ogni relazione interpersonale, in altri termini, risente del sesso, maschile o femminile, del soggetto: “così non può esserci confusione tra l’essere *padre* o *madre* e neppure tra *fratello* e *sorella* infine neppure tra *amico* e *amica*”⁵².

Al contrario, proprio muovendo da una tale considerazione e dalla comprensione di tutto quell’ordito di situazioni, legami, sentimenti che essa sottende, si comprende perché l’aprirsi dell’individuo alla relazione con altri soggetti determina un ridimensionamento del suo diritto a vedere affermata e riconosciuta la propria identità sessuale; ridimensionamento giustificato e, sotto certi aspetti imposto, dal prevalere di interessi ulteriori ritenuti dall’ordinamento meritevoli di tutela. Allorquando il diritto della persona ad “essere se stesso”⁵³ collida con il pari diritto di terzi a non subire un pregiudizio nello sviluppo armonico ed equilibrato della loro personalità, si impone un ri-baltamento del rapporto sesso/genere. In simili eventualità, è la vita di relazione a definire “la dimensione umana da proteggere”⁵⁴ e che prevale, pertanto, su quella monadica del singolo.

50 Per riprendere l’espressione di G. MARENGO, *Libertà e identità sessuale*, in *Evangelizzare nella cultura del pansessualismo*, Roma, 2004, 67.

51 L. PALAZZANI, *op. cit.*, 15.

52 Così, ancora, G. MARENGO, *Libertà e identità sessuale*, cit., 68.

53 In questi termini si esprime la stessa Cassazione. Si veda così Cass. pen., 16 aprile 1993, in *Giur. pen.*, 1994, II, 77.

54 Sottolinea, così, la necessaria socialità dei diritti della personalità G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto alla identità personale*, in *Giur. merito*, 1984, 471.

L'operare così di un principio di responsabilità spiega la ridefinizione del rapporto tra *sesso* e *genere* ed il prevalere della prima delle due categorie nella regolamentazione di taluni istituti del diritto positivo. Il sesso, in altri termini, nelle situazioni in cui la relazionalità ha precisi riflessi sulla condizione di soggetti esterni, perde il suo carattere di componente naturale del più ampio *genus* in cui si riassumono le fattezze fisiopsichiche dell'uomo e si impone quale presupposto indefettibile dello stesso configurarsi di situazioni giuridiche. Emblematica in simile scenario è la disciplina della filiazione: la tutela nella specie dell'interesse prevalente del minore, infatti, giustifica la richiesta della diversità di sesso prima ancora che di ruoli che deve caratterizzare i genitori affinché il figlio riceva quel modello educativo completo e bivalente necessario e funzionale al suo armonico sviluppo. Si comprende in quest'ottica la scelta del legislatore del 1975 di riconoscere in capo ad entrambi i genitori l'esercizio della potestà, quale corollario doveroso quanto scontato dell'eguaglianza dei coniugi in seno alla famiglia. Si spiega, parimenti, nella medesima prospettiva il divieto di adozione posto dalla legge per le persone non unite in matrimonio, salvi i casi particolari, di cui all'art. 44 della legge 4 maggio 1983, n. 184, – ma con effetti limitati rispetto all'adozione legittimante – e le speciali circostanze di cui all'art. 25, commi 4 e 5, della medesima legge.

Vero è, tuttavia, che se è all'interesse prevalente del minore che si intende avere riguardo, deve rilevarsi come esso non si presti ad essere spiegato, nella sua complessità, attraverso il ricorso a definizioni generali ed universali, valevoli per i differenti contesti culturali e familiari all'interno dei quali il minore medesimo si trovi a svolgere la propria esistenza. Non può non evidenziarsi, infatti, come “l'interesse del minore – clausola generale, nozione a contenuto variabile o porta aperta alla discrezionalità del giudice come taluno criticamente afferma – sia concetto di difficile ma non impossibile determinazione⁵⁵”. Il minore, del resto, incarna una personalità *in fieri* di cui va rispettata la volontà che non sia frutto di arbitrio, moda o capriccio, ma che si modelli nel tempo ed in relazione alle circostanze concrete.

Di qui la necessità di una valutazione casistica alla luce della quale stemperare, altresì, il rigore del bilanciamento di interessi del genitore a vivere liberamente la propria identità anche sessuale e del figlio a ricevere un modello educativo bigenitoriale basato sulla diversità dei sessi tra padre e madre. Ne deriva che il transessualismo non costituisce *tout court* motivo di turbamento o di conseguente, necessario, allontanamento del genitore,

55 In questi termini G. AUTORINO, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 195.

ma la sua incidenza sulla serenità e sulla crescita del minore va determinata sulla base della particolarità di ogni esperienza, con riguardo all'età ed alla maturità dei soggetti coinvolti. La giurisprudenza, dal canto suo, mostra ormai di considerare giuridicamente irrilevanti ai fini dell'affidamento della prole le condizioni personali o le condotte del genitore, le quali, ancorché contraddistinte da illegalità o contrarietà alla morale corrente, non incidano sul rapporto con i figli e con lo sviluppo armonico della loro personalità. In tal senso, la stessa omosessualità del genitore non è vista come un ostacolo alla continuazione del legame con il figlio⁵⁶, quante volte il genitore medesimo sia comunque in grado di svolgere il proprio ruolo.

È, così, alle singole concrete vicende che occorre avere riguardo ed ai riflessi che ciascuna situazione ha sul minore: altro, infatti, è, ad esempio ai fini dell'affidamento, se il transessuale non si sia risposato né si risposi; altro se sia intervenuto nuovo matrimonio. Altro ancora è poi se il minore sia abituato a vedere il genitore in un determinato ruolo, essendo in simile ipotesi più traumatico per lui il cambiamento che osserva nella vita e nella condotta di quella figura parentale. Ne deriva allora che “non sono certo le tendenze sessuali che determinano la capacità di una persona ad essere genitore, posto che rileva unicamente l'idoneità a sapere educare, istruire e mantenere i figli, in un ambiente sereno e tale a determinare per loro un armonico sviluppo della personalità”⁵⁷.

La conclusione non sorprende. La persona, “ens sibi” – come ricorda Tommaso d'Aquino – “centro di valori”, esige riconoscimento e protezione “nella sua irripetibile ed ineliminabile singolarità” dal momento che essa esiste anzitutto come *soggettività*, come centro di *coscienza* e di *libertà*⁵⁸. E, dunque, le inclinazioni e le tendenze sessuali perdono di rilevanza allorché non si pongono quale limite al corretto svolgersi della sfera di terzi o quale pretesa per l'accesso ad istituti fondati – per tradizione, cultura, politica, religione – e riservati a persone di sesso differente. Inclinazioni e tendenze sfumano in quell'insieme di dettagli che nel loro articolato complesso concorrono a delineare l'individualità e, quindi, l'identità di ognuno. Il “genere”, in tal senso, rappresenta un momento successivo, una delle possibili e molteplici espressioni dell'io destinata a ricevere tutela, nella sua unitarietà, quante volte la stessa sia, a giudizio dell'ordinamento, possibile, perché in armonia con i valori e le regole che improntano il sistema.

56 Da ultimo Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2007, 6, 1581 ss.

57 Così A. FIGONE, *Nota a Cass. 17 ottobre 1995, n. 10833*, in *Fam. e dir.*, 1996, 1, 25.

58 Lo ricorda il PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, cit., 70.

Ed, infatti, come insegna la filosofia tomistica, “il fine ultimo e primario della società civile” resta in ogni caso “l’appagamento morale dell’animo umano”⁵⁹, di quell’animo che esprime e ripete il sembiante del suo Creatore (“*Dio credè l’uomo a sua immagine; a immagine di Dio lo credè*”: Gen. I, 27) e che consente di concludere che *l’homo est Dei capax*⁶⁰.

59 Sul punto per la ricostruzione del pensiero tomistico R. PIZZORNI, *Diritto etica e religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d’Aquino*, Bologna 2006, 542.

60 Così il *Catechismo della Chiesa Cattolica*, titolo del c. 1°, sez. 1^a, parte 1^a.

STEFANO CELENTANO

LA LEGGE N. 164/1982. LA RETTIFICAZIONE DI ATTRIBUZIONE DI SESSO*

SOMMARIO: 1. La norma. 2. Le questioni processuali. 3. La giurisprudenza. 4. Il c.d. “divorzio imposto”.

1. La domanda di rettificazione di attribuzione di sesso, disciplinata dalla L. 164/1982, si propone al tribunale del luogo di residenza dell’attore. La disciplina prevede che parti necessarie del giudizio siano il coniuge e la prole del soggetto istante, ove vi siano, e il pubblico ministero, parte obbligatoria ex art. 70 c.p.c., atteso che il procedimento incide sullo *status* delle persone.

La disciplina, come ormai disciplinata dall’art. 31 del D.Lgs 150/2011 (norma che ha abrogato, quanto al rito indicato, gli artt. 2 e 3 della L. 164/82) prevede che, se risulti necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzarsi mediante trattamento medico chirurgico, esso è autorizzato con sentenza emessa dal Tribunale. A tale “prima fase”, una volta accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, si procederà, con una “seconda fase” di giudizio, volta alla rettificazione anagrafica, consistente nell’ordine impartito all’ufficiale dello stato civile di effettuare la rettifica presso i registri dello stato civile del luogo di nascita del soggetto.

Va precisato che, secondo la norma, la sentenza non ha effetti retroattivi, e provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, ove il soggetto sia coniugato, seppur con le precisazioni che si diranno in seguito a seguito dell’intervento della Corte Costituzionale su tale disposto normativo¹.

* Il presente contributo è la riproposizione dell’intervento orale tenuto dall’Autore al Convegno (28/29 novembre 2014), di cui si pubblicano gli Atti. Gli aggiornamenti sono stati riportati nelle note.

1 La legge 20.5.2016 n. 76, ai commi 26 e 27 dell’art. 1 prevede la conversione del matrimonio in unione civile tra persone dello stesso sesso, ove alla sentenza di rettificazione anagrafica di sesso di uno dei due coniugi segua la concorde volontà degli stessi di rimanere uniti in vincolo pubblico (si sanano così le anomalie

Per la tutela della riservatezza del richiedente, tutte le successive attestazioni di stato civile conterranno soltanto la indicazione del nuovo sesso e del nome nuovo, senza attestare la pregressa diversa attribuzione di sesso.

Va ancora precisato che l'accoglimento della domanda di rettificazione anagrafica estingue i reati a cui abbia eventualmente dato luogo il trattamento medico chirurgico effettuato prima.

Sulla scorta di questa disciplina, possiamo enucleare gli aspetti più salienti della disciplina a cui farò breve cenno.

In primo luogo, va evidenziato che questo procedimento dà luogo, spazio e spessore ad uno dei più importanti diritti personalissimi, e cioè quello all'identità personale, che non è solo un concetto composto dagli elementi formali come quelli anagrafici, ma da esigenze primarie e sostanziali che comprendono in primo luogo la percezione del sé.

Dunque il procedimento è un luogo di altissimo esercizio dei diritti della persona, e che ha come contenuto quello di assicurare al soggetto richiedente la conformità del proprio stato sociale (concetto a cui corrisponde ovviamente anche la esteriorità dei caratteri sessuali e dunque la percezione che i terzi hanno di se stessi) alla propria identità e dunque al contenuto della propria percezione del sé.

È un momento storico della vita delle persone assimilabile ad una sorta di rinascita, in cui lo Stato deve dimostrarsi nella sua primaria funzione di garante pubblico delle persone, e dunque in questo caso del diritto personalissimo a raggiungere il proprio benessere mediante una rettificazione della propria identità sessuale ed anagrafica che porti equilibrio tra l'esteriorità e la percezione del sé, e che dunque porti linearità nei rapporti giuridici privati e pubblici, dando la possibilità di opporre validamente e pubblicamente, con il riconoscimento dello stato, la propria identità di genere ove differente dal sesso biologico piovuto in modo naturale alla nascita.

In quest'ottica, va rimarcata, nel corso del procedimento, l'importanza centrale del colloquio tra il giudicante e il ricorrente, e la necessità che sia assente ogni approccio morboso, ed ogni atteggiamento che possa essere percepito da quest'ultimo come giudicante ed invasivo; il colloquio è dunque il momento processuale in cui il racconto di una vita diventa esercizio di un diritto, in cui il pudore, il sospetto, la diffidenza, e la stanchez-

riscontrate dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 15138/2015, e da quella Costituzionale con la pronuncia n. 221/2015); al contrario, la rettificazione di sesso di uno dei due soggetti uniti civilmente, ove seguita da analoga e comune volontà degli stessi di rimanere comunque uniti in un vincolo di natura pubblica, non produce invece la opposta ipotesi di conversione dell'istituto dalla unione civile in matrimonio.

za dell'essere giudicati e sondati nel proprio io, debbono lasciare il posto all'orgoglio di chi esercita un diritto a piena ragione ed è cosciente che dall'altra parte c'è un ascolto ed una attenzione finalizzati proprio all'esito positivo dell'esercizio pieno di questo diritto.

In questo senso, il contatto tra il giudicante e il ricorrente rappresenta per il giudice un'esperienza professionale caratterizzata da uno straordinario impatto umano ed emotivo. Fuori dai riflettori delle aule penali, si è di fronte ad una luce accecante che illumina la vita delle persone e che rende soprattutto il dialogo con l'attore un momento di ascolto difficile, ma intenso perché richiede assenza di giudizio, predisposizione alla comprensione, ed una forte dose di immaginazione ed immedesimazione nella vita dell'altro, mantenendo una inevitabile relazione empatica, senza tuttavia incorrere in dinamiche relazionali che ledano il dogma della equidistanza e dell'imparzialità, essenza caratterizzante la professione del giudice.

Il gioco è complesso, perché non essendoci parti contrapposte, il procedimento è caratterizzato non dall'esame di tesi contrapposte, ma dalla costruzione del diritto alla propria identità cucito addosso al richiedente che è il protagonista unico del giudizio.

Devono dunque rimarcarsi, proprio per le peculiarità di questo procedimento, e per il vaglio delle circostanze personali ad esso sotteso, la centralità della funzione giurisdizionale nelle questioni che attengono ai diritti personalissimi: la irreversibilità delle decisioni, e la necessità assoluta che a tale giudizio debba darsi una struttura di assoluto rigore, tutti elementi che impongono di guardare con estrema diffidenza alle soluzioni legislative che, in materia di procedimenti sullo stato delle persone, formulino proposte e soluzioni tendenti alla loro degiurisdizionalizzazione.

2. Ciò posto, i punti più interessanti e al contempo controversi delle questioni processuali sottese al procedimento in esame attengono in primo luogo alla necessità o meno di disporre la consulenza tecnica d'ufficio nella prima e nella seconda fase del procedimento, alla sua struttura necessariamente bifasica, e soprattutto agli effetti della sentenza di rettificazione anagrafica sul pregresso rapporto di coniugio del richiedente.

Quanto al primo aspetto, nei procedimenti ascrivibili alla cd. "prima fase", e dunque ad intervento non ancora eseguito, al ricorso è bene allegare oltre alla documentazione relativa alla residenza, allo stato civile, ed alla copia integrale dell'atto di nascita, una perizia psichiatrica o psicodiagnostica che attesti il disturbo dell'identità di genere (*rectius*, la disforia) e dunque la necessità dell'intervento.

Questa documentazione (che nelle strutture sanitarie a Napoli è completa, ben argomentata, e rilasciata spesso al termine di un percorso cronologico di osservazione psicodiagnostica del soggetto) è sufficiente per evitare che si disponga la CTU finalizzata ad acquisire al giudizio i medesimi temi di indagine; altrimenti, in mancanza di tale allegazione di parte, sarà obbligatorio per l'istruttoria disporre CTU al fine appunto di verificare il disturbo dell'identità di genere e la necessità dell'intervento di rettificazione finalizzato al migliore equilibrio psicofisico del soggetto.

Nei casi più complessi, cioè quelli in cui vi è un nucleo familiare del richiedente, con coniuge e prole, la CTU può rendersi comunque necessaria per acquisire elementi ulteriori di giudizio circa la dinamica familiare, le modalità di percezione della crisi familiare conseguente alla decisione del richiedente, e quindi all'effettivo spessore del disturbo di identità e quindi alla forza ed alla particolare determinazione del proprio proposito di mutare sesso.

La prima fase si chiude con l'autorizzazione, con sentenza, a sottoporsi all'intervento di adeguamento dei caratteri sessuali a quelli del sesso biologico opposto rispetto a quello di nascita. È bene ricordare che la legge non specifica che tipologia di intervento, ma dà soltanto atto che esso ha la finalità di adeguamento dei caratteri sessuali, così come evidenziato in precedenza; circa l'entità di questo adeguamento, ci soffermeremo in seguito sullo stato della giurisprudenza di merito e di legittimità.

Nella seconda fase, invece, la CTU dovrebbe essere finalizzata all'accertamento medico dell'avvenuto adeguamento. Tale indagine risulta assolutamente inutile se vi è idonea documentazione medica rilasciata al termine dell'intervento, oppure, laddove l'intervento non sia completamente demolitivo e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali di origine e di approdo, un adeguato supporto di perizia psichiatrica che attesti l'idoneità dei trattamenti effettuati (dunque di parziale adeguamento) rispetto al raggiungimento dell'equilibrio psicofisico del richiedente che, secondo la giurisprudenza che esamineremo in seguito, resta l'unico ed esclusivo obiettivo da perseguire.

E così, all'esito della seconda fase, sarà emessa una nuova pronuncia che disporrà la rettificazione anagrafica con nuova attribuzione del nome proprio corrispondente al sesso biologico di approdo.

Dunque, è evidente come la struttura bifasica, nell'intera dinamica del procedimento in esame, sia assolutamente necessaria nelle ipotesi in cui il soggetto richiedente, per ottenere la rettificazione anagrafica, intenda sottoporsi ad intervento chirurgico che incida sui suoi caratteri sessuali; in tale ipotesi infatti (lasciata la scelta al richiedente), la seconda pronuncia

(di rettificazione anagrafica) può avvenire soltanto dopo gli interventi di adeguamento, e dunque all'esito di una verifica ulteriore dopo la autorizzazione a compierli, che può avvenire soltanto nell'ambito di una fase processuale ulteriore e diversa rispetto alla prima, che accerti in modo definitivo il raggiungimento dell'equilibrio e del benessere psicofisico, presupposti per la rettifica anagrafica.

Ciò detto, i problemi applicativi della disciplina in esame sono fondamentalmente legati al periodo transitorio.

La norma prevede che il cambiamento di sesso e di nome avvengano soltanto a conclusione del procedimento esaminato, ragion per cui non esiste un *real life test* che permetta, anche per un periodo circoscritto, di avere piena autocoscienza della propria condizione e di viverla pubblicamente senza aver effettuato trasformazione chirurgiche irreversibili.

L'esperienza europea ci dice che esistono soluzioni alternative, dette "*piccole soluzioni*" che permettono di ottenere il cambio solo del nome, ma non anche della attribuzione di sesso, nel senso che sui documenti apparirà un nome conforme al proprio aspetto esteriore (pensiamo alle persone transessuali), ma sul certificato di nascita e sugli atti pubblici che concorrono a formare lo stato delle persone, rimarrà l'indicazione del sesso biologico della nascita, fino a che con sentenza non si intervenga.

Tale facoltà, nei paesi ove è prevista, può essere esercitata a tempo determinato o indeterminato.

In Italia, in passato, si è registrata una proposta di legge in tal senso (239/2002), finalizzata esclusivamente ad adeguare il nome, sui soli documenti di identità, al genere sessuale in cui si appare e si vive, soprattutto quando vi è grossa differenza tra l'aspetto fisico apparente ed il nome indicato sui documenti.

Tale soluzione non avrebbe mutato il genere di appartenenza del soggetto, e neanche il suo *status* di maschio o femmina, secondo il sesso biologico di nascita, ma avrebbe permesso a chi non ha più caratteri esteriori del sesso biologico proprio, di presentarsi pubblicamente, e dunque di apparire, con un nome congruo e conforme al proprio aspetto esteriore.

Il naufragio del dibattito istituzionale su tale proposta è un elemento di amara considerazione, che si ripete con identica cadenza per tutto ciò che attiene ai diritti civili ed agli ambiti della sessualità e della affettività globalmente intesi.

3. È ora utile compiere una breve rassegna giurisprudenziale su alcune tematiche sostanziali e processuali del procedimento in esame. Possono

dunque elencarsi in sintesi alcune questioni, ed indicarsi le più interessanti relative pronunce:

1. Mancata autorizzazione al trattamento chirurgico e rettifica anagrafica: pronunce recenti, emesse dal Tribunale di Brescia nel 2004 affermano che, poiché l'autorizzazione giudiziale deve necessariamente precedere l'intervento chirurgico, la domanda di rettificazione proposta dopo l'intervento chirurgico non autorizzato, andrebbe rigettata.

In precedenza vi sono state invece altre pronunce di segno contrario a questo principio, che hanno affermato che l'intervento, autorizzato non è un presupposto di fatto per la rettificazione anagrafica, e che in ogni caso la mancanza di autorizzazione non è idonea a sacrificare il diritto alla identità personale che presiede a questa normativa, e che ne è la *ratio* (Vicenza 2000, Salerno 1998, Pistoia 1996, Genova 1990).

2. Intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali, ed entità dello stesso: su tale tema, si prendono le mosse da vecchie pronunce dei primi anni 80 che prevedevano la necessità di intervenire sempre e comunque in modo definitivo ed irreversibile.

In seguito, il dibattito giurisprudenziale si è incentrato sul problema fondamentale sotteso a tale tema, e cioè il ritenere o meno che la norma imponga un adeguamento dei caratteri sessuali primari e secondari rispetto al sesso al quale si approda.

Il punto di partenza per affrontare tale dibattito è rappresentato dalla formulazione letterale della norma che prevede che la rettifica anagrafica si dispone dopo l'intervento, *se necessario*. Sembrerebbe dunque che l'intervento di adeguamento non sia costantemente necessario. Tuttavia, vi è da evidenziare che parte della giurisprudenza ha ritenuto che la locuzione "se necessario", si riferisca esclusivamente alle ipotesi in cui l'intervento di adeguamento, al momento della domanda di rettifica, fosse già avvenuto.

Una recente pronuncia del Tribunale di Rovereto ha poi definitivamente aperto la strada ad un differente ambito di interpretazione: invero, già la Corte costituzionale chiamata a decidere sulla legittimità della norma, ne aveva confermato la conformità della costruzione, intendendo che l'identità sessuale non è ancorata biologicamente al sesso, ma è un complesso della personalità, determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere ricercato o agevolato l'equilibrio.

Precedentemente, alcune pronunce del Tribunale di Bologna proponevano un discutibile riferimento al concetto di salute, intesa come obiettivo da raggiungere con l'azzeramento delle funzioni sessuali del sesso di origine, in nome del quale vi sarebbe stata una sorta di coazione all'intervento chirurgico anche se avvertito negativamente dall'attore.

Dal 1997 in poi, una folta schiera di pronunce di merito (Roma, Catanzaro, Monza, Pavia, Milano, Rovereto) stabilisce il principio per cui: *“il trattamento medico chirurgico è indispensabile nel solo caso in cui occorra assicurare al soggetto uno stabile equilibrio psicofisico, ossia nel solo caso in cui la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali; ove non sussista tale conflittualità, a fini della rettifica dell’atto di nascita, non si rende necessario l’intervento chirurgico.”*

Le argomentazioni a sostegno della bontà di questa tesi sono sostanzialmente due: in primo luogo, come già evidenziato, il dato letterale della norma – che non chiarisce che tipo di intervento, se incisivo sui caratteri secondari o primari, né quando esso è effettivamente necessario per la rettificazione anagrafica conseguente – ed in secondo luogo il concetto ampio di identità sessuale come riconosciuto alla stessa Corte Costituzionale².

- 2 Con la pronuncia n. 15138 resa il 20.7.2015, la Corte di Cassazione stabilisce che *“L’identità di genere costituisce un percorso che, grazie al minor stigma sociale, prende spesso avvio già in età preadolescenziale, e che è composto da tre componenti: il corpo, l’autopercezione, il ruolo sociale. L’apparenza fisica non può essere slegata dalla autopercezione e dalla relazione che si sviluppa con la società e con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità, in una interazione costante tra cervello corpo ed esperienza. L’interazione di fattori biologici, psicologici e sociali, influenza la costruzione dell’identità di genere, e la chirurgia, in tale prospettiva, non è la soluzione, ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona. Se si perde di vista questa prospettiva socioculturale da cui emerge la domanda di giustizia, non si può procedere ad una corretta interpretazione delle norme”*; La Corte di Cassazione fissa finalmente un punto fermo nella interpretazione letterale e sistematica della L. 164/1982, con specifico riferimento al tema della necessità o meno che il processo di rettificazione di sesso debba per forza contenere in sé la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari, affermando testualmente che *“la scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari non può che essere una scelta espressiva dei diritti inviolabili della persona, sacrificabili soltanto se vi siano interessi superiori di carattere collettivo da tutelare espressamente indicati dal legislatore”*. Dunque, in mancanza di tali interessi superiori, il trattamento chirurgico, senza o contro la volontà del ricorrente, diverrebbe una sorta di trattamento sanitario obbligatorio, inumano e degradante, che il ricorrente sarebbe obbligato a subire pur di raggiungere il suo prezioso obiettivo di vita. Dunque, sostiene la Cassazione, il sistema creato con la l. 164/82 in realtà non prevede alcuna correzione chirurgica sui caratteri sessuali primari come presupposto necessario per la rettificazione di sesso, e la norma in questione va invece interpretata – sul presupposto della collocazione del diritto all’identità di genere all’interno dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale – operando un adeguato bilanciamento tra tale ultimo diritto e l’interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche,

4. Tra le più importanti questioni connesse al procedimento in questione, vi è quella attinente alla sorte del vincolo matrimoniale precedentemente contratto dal soggetto che si accinge a mutare il proprio sesso.

La questione è di particolare attualità, ed è stata affrontata dalla Corte Costituzionale con la nota pronuncia n. 170/2014, a seguito di ordinanza di rimessione proveniente dalla Corte di Cassazione, la quale, in relazione agli artt. 2 e 4 della L. 164/82 aveva sollevato questione di legittimità costituzionale ritenendo che la norma in esame – che prevede il travolgimento automatico degli effetti civili del matrimonio precedentemente contratto dal soggetto che muta il proprio sesso – ponesse non pochi problemi di costituzionalità.

In particolare secondo quanto argomentato dal giudice rimettente, il c.d. “divorzio imposto” si sarebbe posto in contrasto: a) con il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative alla identità personale, di cui la sfera sessuale assume carattere costitutivo; b) con il diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità nel tempo propri del vincolo matrimoniale; c) con il diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio, e con il diritto dell’altro coniuge di scegliere se continuare o meno la relazione coniugale.

Dunque il quesito posto dalla Corte di Cassazione ha riguardato il vaglio della adeguatezza del sacrificio imposto all’esercizio di tali diritti (tutti di rango costituzionale) dall’imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi.

ma senza ricorrere a trattamenti ingiustificati e discriminatori, “*pur rimanendo ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica*”. –

La Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 221/2015, ha poi affermato l’importante principio secondo cui la corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico è recessiva rispetto alla prevalente tutela della salute dell’individuo, con la conseguenza che l’intervento chirurgico non può mai essere un prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione anagrafica, ma solo un possibile mezzo per il conseguimento della salute intesa in senso lato.

Le due suddette pronunce incidono in modo rilevante anche sulla struttura processuale del giudizio di rettificazione, atteso che, secondo la giurisprudenza di merito che si sta formando, a modifica di un precedente orientamento, potrebbe ritenersi ormai superata la natura cosiddetta “bifasica” del giudizio, con conseguente pronuncia di un’unica sentenza che autorizzi l’intervento necessario (ove richiesto), e contestualmente ordini le conseguenti rettificazioni anagrafiche.

La Corte costituzionale, con la pronuncia richiamata, ha sancito la “*illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 L 164/82 nella parte cui non consente, ove entrambi i coniugi lo richiedano, di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.*”

Tale pronuncia, di carattere “additivo”, ha accolto alcune argomentazioni proposte dalla avvocatura di stato (tuttavia senza ritenere infondata la questione di legittimità, come richiesto dalla avvocatura stessa).

Ed infatti, l’avvocatura aveva chiesto di rigettare la questione di legittimità argomentando sulla natura esclusivamente eterosessuale del matrimonio come ribadito dalla Corte Cost con sent. 138/2010, ragion per cui il matrimonio durante il quale uno dei due coniugi muti sesso diventerebbe giuridicamente inesistente.

L’avvocatura stessa aveva poi precisato che tuttavia, ferma restando la inesistenza sopravvenuta del matrimonio, due coniugi ove lo volessero, avevano però diritto a mantenere il loro vincolo relazionale ma sotto altre forme, che, allo stato sono mancanti, e che comunque avrebbero dato analoga tutela e riconoscimento alla volontà di mantenere in piedi il loro vincolo affettivo e relazionale.

Appare utile ripercorrere, in modo esegetico ed al contempo critico, le argomentazioni proposte dal giudice delle leggi.

In primo luogo, la Corte afferma che l’eterosessualità sarebbe requisito essenziale nel nostro ordinamento per l’istituto del matrimonio, e che dunque il mutamento di sesso di uno dei due coniugi, in costanza di matrimonio, renderebbe di fatto caducato il matrimonio medesimo; contestualmente si afferma tuttavia che la situazione in cui i due coniugi vogliano però rimanere insieme non può essere equiparata alla unione affettiva e relazionale tra due persone dello stesso sesso, perché non possono essere cancellati tutti i reciproci diritti e doveri acquisiti e maturati nel precedente vissuto matrimoniale, che, anche se non più declinabili all’interno del matrimonio (che decade), non possono però essere tutti sacrificati dinanzi alla sopravvenienza del mutamento di sesso di uno dei due coniugi.

Dunque, sostiene la Corte, il parametro di riferimento della intera questione non è l’art. 29 della Carta, perché il diritto a formarsi una famiglia al coniuge che cambia sesso è in ogni caso garantito nel futuro dalla possibilità di farsene una nuova, sempre secondo il parametro eterosessuale laddove voglia accedere all’istituto del matrimonio.

Tale prima argomentazione segna davvero il passo dinanzi ad una semplice constatazione evidentemente non affrontata dal collegio; il diritto alla

vita familiare che qui viene in gioco non ha evidenze astratte, ma nel concreto attiene alla volontà ed al desiderio dei due soggetti protagonisti di una pregressa vita matrimoniale, a mantenere in piedi, con tutti i suoi caratteri di riconoscibilità pubblica, proprio quel vincolo, nonostante l'intervenuto mutamento di sesso di uno di loro. Dunque se l'art. 29 garantisce e protegge il diritto a formarsi una famiglia, esso non può che essere declinato garantendo non ipotesi astratte di schemi familiari, ma compagini concrete che diano riconoscimento a relazioni affettive specifiche e confacenti ai desideri ed alle aspirazioni dei singoli.

La Corte afferma altresì che non vi sarebbe violazione degli artt. 8 e 12 della CEDU, (che regolano il diritto alla vita familiare, e quello al matrimonio) perché anche laddove la CEDU abbia esteso tali diritti anche in favore delle coppie omosessuali, più volte dichiarati titolari degli stessi, tale statuizione non ha alcuna efficacia immediatamente vincolante ed impositiva sugli stati membri, a cui è lasciata invece libertà nel ricercare modelli giuridici che tutelino tali diritti anche alternativi al matrimonio.

Secondo la Corte, inoltre, non vi sarebbe neanche violazione del diritto di difesa, ex artt. 3 e 24 Cost., poiché non essendoci diritto della coppia a rimanere uniti nel vincolo matrimoniale, non vi sarebbe alcuna posizione giuridica di vantaggio da difendere.

Pertinente invece, secondo il giudice delle leggi, è il richiamo all'art. 2 Cost: l'unione omosessuale è una formazione sociale, come già detto nel 2010, che ha diritto di vivere liberamente la dimensione di coppia, ottenendone riconoscimento giuridico con connessi diritti e doveri, ma va precisato che tale diritto non può essere esercitato con l'equiparazione automatica del matrimonio, per la natura eterosessuale del suo modello, ragion per cui dovrà essere il legislatore ad esercitare la sua discrezionalità nell'individuare forme e garanzie alternative per il riconoscimento delle suddette unioni.

Le argomentazioni della pronuncia in esame prestano il fianco a diversi spunti critici.

Il primo punto di crisi è il rispetto del paradigma eterosessuale del matrimonio da una parte, e dall'altra l'illegittimità di sacrificare tutto il vissuto matrimoniale nelle situazioni in cui i coniugi vogliano continuare la loro dimensione affettiva pur dopo la rettifica del sesso.

Il bilanciamento tra i due interessi non può arrivare dal consentire di statuire il divorzio solo a domanda delle parti, perché ove ciò non accadesse, permanerebbe un vincolo matrimoniale tra due persone dello stesso sesso, a cui la Corte stessa non aderisce, ma deve invece essere ritrovato, con estrema sollecitudine, dal legislatore, nel consentire che, laddove i coniugi

vogliano rimanere legati tra loro, tale volontà sia consacrata in altra forma di unione.

Dunque, la soluzione – di evidente compromesso – è quella di dichiarare la illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevede che tale ipotesi possa essere sanata dalla previsione di forme di vincolo relazionale differenti dal matrimonio.

La corte, nell'affrontare le diverse tematiche sottese al tema, sembra dimenticare quanto già affermato dalla Corte di Cassazione, con la nota pronuncia n. 4284/2012, proprio in relazione al paradigma eterosessuale del matrimonio; in tale sede, con motivazione particolarmente approfondita e ricca di spunti di diritto comparato, si era giunti alla conclusione che la diversità di sesso tra i nubendi non è più un requisito essenziale del matrimonio, e che dunque dinanzi ai diritti delle coppie formate da persone dello stesso sesso, il legislatore fosse colpevolmente inerte nel non approntare tutela pubblica a tali unioni.

Sul punto inoltre, la stessa Corte Costituzionale, nel 2010, aveva sancito che *la costituzione non ha mai inteso cristallizzare la nozione di matrimonio nei suoi elementi costitutivi* (basti pensare alla indissolubilità, venuta meno con la legge istitutiva del divorzio, nel 1970).

Nel complesso, la pronuncia nulla sembra aggiungere rispetto alla ambiguità dello scenario successivo dalla pronuncia 138/2010.

Ciò che si evince, in primo luogo è l'esistenza di una sollecitazione, se non di un vero e proprio vincolo per il legislatore di creare la soluzione alternativa al matrimonio

In secondo luogo, stante la natura additiva della pronuncia, vi è la necessità di ricercare una soluzione intermedia nelle more che il legislatore provveda a introdurre nell'ordinamento schemi differenti dal matrimonio per l'unione affettiva di persone dello stesso sesso: la costituzionalista Barbara Pezzini propone che allo stato gli articoli dichiarati incostituzionali restino *tout court* inefficaci, e che pertanto l'ipotesi di "divorzio imposto" resti fuori dell'ordinamento comunque almeno fino a che non ci sarà una norma alternativa di convivenza pubblica tra coniugi ritrovatisi nel corso del matrimonio ad essere di sesso analogo. Si tratterebbe dunque di una illegittimità costituzionale *tout court* delle norme, sottoposta alla condizione risolutiva della concreta individuazione da parte del legislatore di forme di tutela pubblica di tali unioni. Vi è poi una differente corrente di pensiero che invece ritiene che, anche se allo stato non vi è predisposizione alcuna da parte del legislatore di forme di tutela del vincolo relazionale alternative al matrimonio, quest'ultimo non possa comunque rimanere i piedi, proprio perché la Corte ha rimarcato la natura

esclusivamente eterosessuale del matrimonio. La soluzione al caso è ora affidata alla Corte di Cassazione, a cui la questione è ritornata a seguito della pronuncia del giudice delle leggi.

Infine, va evidenziato che, secondo la Corte, l'inerzia del legislatore non può trascinare con sé il rispetto dei diritti fondamentali, per cui ella rivendica comunque il suo compito di pronunciare in ogni caso la illegittimità delle norme, seppur con i limiti come in questo caso, a prescindere dalla inerzia del legislatore nel ricercare soluzioni pratiche che soddisfino i diritti stessi, essendo un potere – dovere della Corte delle leggi sanare le situazioni di illegittimità e di pregiudizio.

Ma l'argomentazione più debole esposta dal giudice delle leggi, è quella relativa alla presunta necessità che un istituto fondante della società non venga snaturato nel suo paradigma eterosessuale, argomentazione “annacquata” con l'enunciazione di mero principio per cui comunque altre forme di convivenza debbono trovare riconoscimento tutela, seppur in forme differenti al matrimonio. In buona sostanza, si afferma una sorta di etica di Stato, impermeabile di fronte ad una società che evolve. Ciò che, *a contrariis*, la corte non evidenzia nel suo ragionamento è quale sia l'interesse costituzionalmente protetto che giustifica il divieto del matrimonio *same sex*, divieto che si giustificerebbe soltanto ipotizzando, ove vi fosse il matrimonio tra persone dello stesso sesso, nel rischio di compromissione di altri interessi (quali?) o di pregiudizio per altri soggetti (quali?) e non certo ipotizzando ed affermando l'esistenza di una volontà conservatrice dello stato, che oltre ad essere frutto di una visione politica di parte, non ha alcuna valenza costituzionale.

Stupisce poi non poco la superficialità dell'approfondimento europeo del tema: la CEDU viene richiamata soltanto per l'affermazione secondo cui gli stati mantengono un margine di apprezzamento notevole sul tema, restando loro affidate le scelte politiche sulle forme di tutela a approntare alle coppie *same sex*, ma si tace su tutti gli altri principi di diritto e di costume enucleati alla giurisprudenza della CEDU nel tempo, che partono proprio dallo sgretolamento del paradigma eterosessuale del matrimonio, tra cui il richiamo continuo agli artt. 8 12 CEDU (diritto alla vita familiare e diritto al matrimonio e alla costituzione di una famiglia) ampiamente riconosciuti alle coppie omosessuali dalla CEDU stessa.

La Corte non sembra dunque aver recepito che la nozione di matrimonio oggi accolta nel sistema della convenzione europea contiene in sé il *same sex marriage*, e al contempo dimentica che le norme CEDU, secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale con le pronunce 348 e 349 del 2007 integrano, come norme interposte, il parametro espresso dall'at 117,

comma I Cost., entrando dunque a far parte del patrimonio normativo cui deve conformarsi la legislazione ordinaria.

Dunque, se la stessa Corte Costituzionale, in alcune pronunce, prima del 2011, enuncia il diritto fondamentale al matrimonio facendolo poggiare anche sull'art. 12 CEDU, non può poi ignorare che l'interpretazione europea di tale norma ricomprenda in sé, in modo esplicito e reso chiaro da numerose pronunce, anche il matrimonio *same sex*.

Forse era più coerente ipotizzare che la regola eterosessuale del matrimonio poteva in questo caso essere derogata, consentendo di regola la continuazione del vincolo, e relegando il divorzio soltanto "a domanda di parte", considerato che è la Corte stessa a dire che questa situazione non è quella di una coppia omosessuale, ma di una coppia ex eterosessuale, con un vissuto peculiare, e che ha caratteri di eccezionalità assoluta. La conseguenza è che i coniugi cadranno in un limbo non regolamentato, pur avendo alle loro spalle un vissuto che andava sicuramente mantenuto anche nella sua forma esteriore.

Inoltre, tale pronuncia introduce il rischio evidente per cui, laddove mai il legislatore introducesse forme alternative al matrimonio, avremo una serie infinita di modelli legali di famiglia: quella etero fondata sul matrimonio, quella omosessuale fondata su non si sa cosa, e quella "ex etero", fondata a sua volta su non meglio precisati modelli pubblici.

Il giudizio su tale pronuncia è dunque necessariamente di poca modernità e di poca attenzione ai valori di librazione dell'individuo; vi è invece un rigurgito di postmodernità regressiva e discriminatoria, molto deludente e figlio di un approccio superficiale e poco rispettoso della dignità relazionale del singolo³.

3 Con successiva pronuncia del 21.4.2015, la Corte di Cassazione, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale in questione, nel dare attuazione alla declaratoria di illegittimità della norma per le motivazioni analizzate, ha poi definitivamente accolto il ricorso delle due donne riconoscendo valido ed efficace il perdurare del loro vincolo matrimoniale fino a quando il legislatore non consentirà loro un analogo forma di riconoscimento pubblico della loro unione, che ne possa adeguatamente tutelare diritti e doveri. La successiva entrata in vigore della legge n. 76 del 20.5.2016, regolante le Unioni Civili di persone dello stesso sesso, ha poi definitivamente risolto la questione posta all'attenzione della Corte Costituzionale, stabilendo, ai commi 26 e 27, che alla rettificazione anagrafica di un soggetto unito in matrimonio, ove vi sia comune volontà degli sposi di mantenere in forma pubblica il proprio vincolo, il matrimonio *illo tempore* contratto subirà una pubblica conversione nell'istituto della unione civile. Resta invece paradossalmente non disciplinata la ipotesi inversa, con conseguente disparità di trattamento tra situazioni analoghe e sovrapponibili, non essendo stabilito *a contrariis* che la rettifica anagrafica di uno dei due soggetti uniti civilmente, ove gli stessi vogliano rimanere pubblicamente vincolati tra loro determini la conversione della unione civile in matrimonio.

ROBERTO VITELLI

LE VARIANZE DI GENERE E LA LORO INSCRIZIONE ALL'INTERNO DEL SAPERE MEDICO – PSICHIATRICO: UNA BREVE DISAMINA STORICA E CRITICA

SOMMARIO: 1. Le radici storico culturali del processo di inclusione delle varianze di genere entro il novero dei disturbi mentali. 2. Il DSM-5: polemiche e revisioni. 3. L'Organizzazione Mondiale della Sanità e i lavori di preparazione della XI Edizione dell'*International Statistical Classification of Disease and Related Health Problems (ICD-11)*: la *depsichiatriizzazione* delle varianti di genere. 4. Dell'ineffabilità del concetto di Disturbo Mentale, ovvero della possibilità di dirlo in molti modi. 5. Dispositivi psichiatrici e processi di soggettivazione.

1. In un senso molto generale, con l'espressione *Gender Identity Variance (GIV)*¹, *varianze dell'identità di genere*, ci si riferisce abitualmente ad un insieme eterogeneo di possibilità esistenziali poste al di là del rigido binarismo di genere. In altre parole, a *vissuti* ed a *possibilità espressivo/comportamentali* divergenti rispetto alle caratteristiche del sesso biologico stabilito alla nascita o, comunque, poste al di là delle categorie storico/socio/culturali riferite al genere sessuale. Testimonianze di siffatte possibilità esistenziali sono rintracciabili all'interno della letteratura sia antica che moderna, così come delle rappresentazioni mitologiche più antiche: dai soggetti descritti dal poeta latino Marco Manilio (29 a.c. – 14 d.c.) nella letteratura antica, alla protagonista del romanzo di Julie Anne Peters², *Luna*, in quella moderna giusto per fare qualche esempio; dall'Androgino platonico, ad Ermafrodito, descritto ne *'Le metamorfosi'* di Ovidio, dal mito di Attis e Cibele, alla figura di Venere Castina³, per quel che concerne l'ambito

-
- 1 H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *From mental disorder to iatrogenic hypogonadism: dilemmas in conceptualizing gender identity variants as psychiatric conditions*. Archives of Sexual Behavior, 39, 2010, 461-476.
 - 2 J. A. PETERS, *Luna*. tr. it., Milano, 2009.
 - 3 G. HERDT (a cura di) *Third sex, third gender: beyond sexual dimorphism in culture and history*. New York, 1996.

mitologico antico⁴. Allo stesso modo, tradizioni culturali diverse hanno contemplato, ed in alcuni casi contemplano ancora oggi, all'interno del proprio contesto sociale ed al di fuori di qualsivoglia qualificazione patologica, la presenza di soggetti caratterizzati da una siffatta condizione: giusto per fare qualche esempio, i *Femminielli* presenti nel contesto sociale napoletano⁵, i *Kathoeys*, presenti nel contesto indonesiano, i "Two-Spirits" degli indiani Mohave del Nord-America, i *Travesti* o *Pasivo* brasiliani, gli *Hijras*, del sub-continente indiano^{6,7}. Cionondimeno, oggi, in Occidente, tali possibilità esistenziali appaiono *ritrascritte*, *attraversate* e, in un certo qual modo, *prodotte* da regimi discorsivi diversi, in primo luogo quello medico/psichiatrico⁸: in tal modo, la loro possibilità d'essere, la loro posizione all'interno legame sociale, la loro funzione e il loro ruolo all'interno di questo, vengono ad essere *risignificate* alla luce di tali *nuovi* regimi discorsivi. È in particolare a partire dalla fine del XIX secolo che le varianze di genere hanno cominciato ad essere oggetto di attenzione da parte della Scienza Medica, venendo ad essere incluse entro il registro dei Disturbi Mentali: come indicato da Michel Foucault nel primo volume della sua *Storia della Sessualità*, era questa un'epoca di «incitazione ai discorsi» sul sesso, di riarticolazione dell'area tematica della sessualità quale correlato della *scientia sexualis*⁹. Come nella più tradizionale operazione di ritaglio e sistematizzazione entro i sistemi nosografici che la psichiatria andava allestendo, soprattutto dopo la lezione kraepeliniana, le varianze di genere vennero, in tal modo, ad essere progressivamente differenziate da condizioni apparentemente simili, in primis l'omosessualità, e riconosciute nella loro specifica modalità di presentazione: sebbene alcuni riferimenti alle condizioni in oggetto siano presenti

-
- 4 Riferimenti a tale ambito è possibile trovarli anche all'interno di differenti ambiti culturali. Si pensi, ad esempio, alla leggenda del re trasformato in donna presente nel Mahābhārata, uno dei più grandi poemi epici indiani, oltre che importantissimo testo sacro della religione induista. Cfr.: G. HERDT (a cura di) *Third sex, third gender: beyond sexual dimorphism in culture and history*. New York, 1996.
 - 5 E. ZITO & P. VALERIO (a cura di). *Genere: Femminielli – esplorazioni antropologiche e psicologiche*. Napoli, 2013.
 - 6 G. HERDT (a cura di) *Sex, third gender*, New York, 1996, *op. cit.*
 - 7 S. NANDA, *Cross-Cultural Issues*. In D. L. ROWLAND & L. INCROCCI (a cura di). *Handbook of Sexual and Gender Identity Disorders* (pp.457-485). Hoboken, New Jersey, 2008.
 - 8 D. B. BILLINGS & T. URBAN, *The socio-medical construction of transsexualism: an interpretation and critique*. Originally published in: *Social Problems*, 1982, 29, 266-282. Ripubblicato in R. EKINS & D. KING (a cura di), *Blending genders: social aspects of cross-dressing and sex-changing*. London: 1996.
 - 9 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, 1976 Tr. it., Milano 1978.

nelle opere di Rudolf Arndt, Wilhelm Griesinger e Jean-Étienne Dominique Esquirol, è nello studio sulla sensibilità sessuale invertita (*könträre Sexualempfindung*) di Carl Friedrich Otto Westphal¹⁰ che è possibile rintracciare una loro prima effettiva descrizione. A partire dal lavoro dello psichiatra e neurologo tedesco, numerosi, quindi, sono gli autori, alcuni dei quali a buon ragione possono essere considerati veri e propri *padri fondatori* della Scienza Psichiatrica, che vennero ad occuparsi dell'argomento, proponendo differenti modalità di etichettamento nosografico e più o meno sottili differenziazioni delle modalità di presentazione fenomenica: da Richard von Krafft-Ebing¹¹, a Magnus Hirschfeld^{12, 13, 14}, ed Harry Benjamin¹⁵. È in particolare proprio attraverso l'opera di quest'ultimo^{16, 17} che il significato «transessuale», nella sua forma sostantivale e non aggettivale¹⁸, viene a

10 C. WESTPHAL, C., *Die konträre Sexualempfindung*. *Archiv für Psychiatrie*, 2, 1870, 73-108.

11 R. VON KRAFFT-EBING, *Psychopathia sexualis*. 1931, Tr. it. Milano, 1966.

12 M. HIRSCHFELD, *Die Transvestiten, eine Untersuchung über den erotischen Verkleidungstrieb mit umfangreichem casuistischem und historischem Material*. Berlin, 1910.

13 M. HIRSCHFELD, *Sexualpathologie. Ein Lehrbuch für Ärzte und Studierende*. Bonn, 1922.

14 M. HIRSCHFELD, *Die intersexuelle Konstitution. Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen*, 23, 1923, 3 – 27.

15 Per una dettagliata ricostruzione delle tappe e degli spostamenti concettuali che si verificarono, in particolare nella prima metà del secolo passato, cfr. R. VITELLI, *Gender Dysphoria in adults and adolescents as a mental disorder... But, what is a mental disorder? A Phenomenological/Existential analysis of a puzzling condition*. In: B. L. MILLER (a cura di), *Gender Identity: Disorders, Developmental Perspectives and Social Implications* (pp. 55-90). New York, 2014.

16 H. BENJAMIN, *Transvestism and transsexualism*. *International Journal of Sexology*, 7, 1953, 12-14

17 H. BENJAMIN, *Il fenomeno transessuale*, 1966. Tr. it., Roma 1968.

18 L'introduzione, nel gergo psichiatrico, della forma sostantivale costituisce, senza ombra di dubbio, uno spostamento importante: d'ora in poi, infatti, *transessuale* non indicherà più una semplice predicazione di una "qualità" del soggetto, la specificazione di un suo tratto comportamentale, ma il soggetto *tout court*, in altri termini una nuova possibilità esistenziale in qualche modo prodotta dallo stesso regime discorsivo psichiatrico. Tale termine, inoltre, è quello che principalmente si è imposto nell'immaginario collettivo. Ancora l'ultima edizione del DSM, la quinta, pubblicata di recente, e su cui ci soffermeremo più avanti, ne riporta la seguente definizione: «Transessuale indica un individuo che desidera attuare o ha attuato una transizione sociale da maschio a femmina o da femmina a maschio, che, in molti casi, anche se non in tutti, comporta una transizione somatica per mezzo di un trattamento con ormoni del sesso opposto e chirurgia degli organi genitali (chirurgia della riassegnazione sessuale)». Cfr.: AMERICAN PSYCHIATRIC

guadagnarsi il suo posto nella storia della Scienza, come anche nel più complessivo immaginario collettivo. In ogni caso, nonostante la pubblicazione nel 1966, in particolare, del testo di Benjamin «*Il fenomeno Transessuale*» e l'ormai acquisita iscrizione dei soggetti con varianza di genere all'interno del dispositivo medico-psichiatrico, tale condizione resta per diversi anni a margine dei sistemi di classificazione ufficiali prodotti dall'APA, l'*Associazione Psichiatrica Americana*. Vi entra soltanto nel 1980, a partire, cioè, dalla terza edizione del *DSM*, il celebre *Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*, edizione che vede allo stesso tempo l'eliminazione della categoria diagnostica dell'omosessualità, almeno nella sua variante *egosintonica*. La decisione di includere le *varianze di genere* all'interno del Manuale giunse, infatti, solo a seguito dei lavori di altri autorevoli ricercatori dell'epoca: oltre a Benjamin, anche John Money, Robert J. Stoller, e Richard Green avevano, infatti, trattato ampiamente l'argomento, contribuendo a definirne la modalità di presentazione e a delinearne alcune ipotesi *etiopatogenetiche*. L'atto di inclusione di tali condizioni nel manuale statunitense costituisce, senza ombra di dubbio, un evento capitale nello sviluppo del dispositivo che viene a definirsi intorno a tale nuova forma di soggettività, quella *transessuale*, come anche nella definitiva legittimazione delle pratiche medico-chirurgiche allestite intorno ed in funzione di essa. È bene ricordare, infatti, come proprio a partire da tale terza edizione, il manuale statunitense verrà a definirsi come una vera e propria *Bibbia* del sapere psichiatrico, orientando in tutto il mondo le modalità diagnostiche e, indirettamente, quelle di cura dei disturbi mentali¹⁹. Parallelamente alle successive periodiche revisioni del testo, le modalità di denominazione e la definizione dei criteri atti a definire la categoria diagnostica relativa alle varianze di genere muteranno nel tempo. Questo è il modo con cui Zucker e Spitzer riassumono tali spostamenti sino alla IV edizione rivisitata: «nella terza edizione del Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali²⁰, per la prima volta vengono incluse due diagnosi psichiatriche concernenti la disforia di genere nei bambini, negli adolescenti e negli adulti: Il Disturbo dell'Identità di Genere dell'Infanzia (*Gender Identity Disorder of Childhood- GIDC*) e il Transessualismo (quale categoria valida per gli adolescenti

ASSOCIATION (APA), *DSM-5. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, 2013. Tr. it., Milano, 2014.

19 S. KIRK & H. KUTCHINS, *The selling of DSM: The rhetoric of science in psychiatry*. New York 1992.

20 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *DSM III. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*. 1980. Tr. it., Milano, 1983.

e gli adulti). Nel DSM-III-R²¹ fu aggiunta una nuova categoria diagnostica: il Disturbo dell'Identità di Genere dell'Adolescenza e dell'Età Adulta, tipo non-transessuale²². Nel DSM-IV^{23, 24}, quest'ultima diagnosi fu eliminata e le categorie *GIDC* e Transessualismo furono riunite all'interno di un'unica categoria denominata Disturbo dell'Identità di Genere (*Gender Identity Disorder – GID*), comprendente un set differenziato di criteri diagnostici, rispettivamente per l'età infantile e per l'età adolescenziale ed adulta». ²⁵ L'edizione rivisitata del Manuale, pubblicata nel 2000 (*DSM IV-TR*), non presentò particolari novità, fatta eccezione per la definizione di alcuni sottotipi stabiliti sulla scorta degli studi di Ray Blanchard^{26, 27, 28, 29, 30} sulla *autogynephilia*, ovverossia sulla possibile occorrenza, tra alcuni soggetti biologicamente maschi (*MtF*), di fenomeni di eccitamento erotico derivato dal pensiero o dall'immagine mentale di sé come soggetti di sesso femminile.

2. Giusto recentemente l'APA³¹ ha pubblicato una nuova edizione del Manuale Diagnostico, il *DSM-5*, che ha suscitato numerose polemiche sia all'interno che all'esterno della comunità scientifica sin dalle fasi della sua

-
- 21 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *DSM-III R. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, 1987. Tr. it., Milano, 1988.
 - 22 Tale categoria diagnostica intendeva identificare coloro che, pur presentando un quadro disforico di genere, non richiedevano alcun intervento chirurgico volto all'adeguamento delle sembianze del corpo sessuato al vissuto soggettivo di appartenenza al genere sessuale opposto a quello attribuito alla nascita.
 - 23 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *DSM-IV. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, 1994. Tr. it., Milano, 1988.
 - 24 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *DSM IV-TR. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, 2000. Tr. it., Milano, 1995.
 - 25 K. J. ZUCKER & R. L. SPITZER R.L., *Was the Gender Identity Disorder of childhood diagnosis introduced into DSM-III as a backdoor maneuver to replace homosexuality? A historical note*. *Journal of Sex & Marital Therapy*, 31, 2005, 31-42, 32.
 - 26 R. BLANCHARD, *The classification and labeling of non-homosexual gender dysphorias*. *Archives of Sexual Behavior*, 18, 1989a, 315-334.
 - 27 R. BLANCHARD, *The concept of autogynephilia and the typology of male gender dysphoria*. *Journal of Nervous and Mental Disease*, 177, 1989b, 616-623.
 - 28 R. BLANCHARD, *Clinical observations and systematic studies of autogynephilia*. *Journal of Sex and Marital Therapy*, 17, 1991, 235-251.
 - 29 R. BLANCHARD, *The she-male phenomenon and the concept of partial autogynephilia*. *Journal of Sex and Marital Therapy*, 19, 1993a, 69-76.
 - 30 R. BLANCHARD, *Varieties of autogynephilia and their relationship to gender dysphoria*. *Archives of Sexual Behavior*, 22, 1993b, 241-251.
 - 31 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), 2013, *op. cit.*

preparazione^{32, 33}. Relativamente all'argomento qui trattato oggetto del dibattito sono stati l'effettiva liceità del processo di inclusione delle condizioni di varianza di genere entro il novero dei disturbi mentali e le conseguenze sul piano psicologico e sociale di tale operazione. In particolare da parte di molti rappresentanti dell'attivismo *LGBT*, veniva affermato (viene affermato) che il loro mantenimento all'interno del manuale nosografico avrebbe contribuito (contribuirebbe) alla ulteriore stigmatizzazione dei soggetti *gender variant*, in ragione della qualificazione della loro condizione come *patologica*, ed in particolare dell'associazione di essa con il campo della malattia mentale, da sempre oggetto di stigma e marginalizzazione sociale. D'altra parte, altri membri della medesima comunità e diversi rappresentanti di quella scientifica ribattevano (ribattono) a tale obiezione, sottolineando le possibili conseguenze pratiche dell'operazione di esclusione, in particolare il possibile conseguente mancato accesso a quelle forme di assistenza sanitaria gratuita ad oggi assicurate da numerosi paesi, proprio in virtù del riconoscimento della condizione come patologica, dunque necessitante, per il suo trattamento, di specifici interventi psicologici, ma soprattutto endocrinologici e chirurgici: quali sarebbero state, ci si chiedeva (ci si chiede), infatti, a quel punto, in caso, cioè, di eliminazione della condizione dal manuale, le ragioni per l'addebito alla più ampia comunità delle spese necessarie alla effettuazione di tali interventi? Perché uno Stato si sarebbe dovuto accollare tali spese, se gli interventi richiesti fossero stati intesi non come un *atto curativo*?

È proprio quest'ultima posizione che alla fine ha finito per prevalere. La sottocommissione dell'APA incaricata di rivedere l'intera sezione del manuale dedicata ai Disturbi della Sessualità e dell'Identità di Genere, infatti, ha deciso di mantenere la condizione, mutando, tuttavia, la sua collocazione, la denominazione e le caratteristiche descrittive: separato dalle condizioni parafiletiche³⁴ e posto in un capitolo a se stante, la modalità di denominazione delle varianti di genere è divenuta *Disforia di Genere*. I criteri diagnostici adottati, per l'età adolescenziale ed adulta, sono, così, divenuti i seguenti:

-
- 32 A. FRANCES, *Primo, non curare chi è normale. Contro l'invenzione delle malattie*, 2013. Tr. it., Torino, 2013.
- 33 A. FRANCES, *La diagnosi in psichiatria. Ripensare il DSM-5*, 2014. Tr. it., Milano, 2014.
- 34 Parafiletiche sono quelle condizioni già in passato denominate perversioni sessuali: ad esempio, il disturbo voyeristico, quello esibizionistico, il disturbo da masochismo sessuale, e così via.

A) Una marcata incongruenza tra il genere esperito/espresso da un individuo e il genere sessuale assegnato, della durata di almeno 6 mesi, che si manifesta attraverso almeno due dei seguenti criteri:

- 1) Una marcata incongruenza tra il genere sessuale esperito/espresso da un individuo e le caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie (oppure, in giovani adolescenti, le caratteristiche sessuali secondarie attese);
- 2) Un forte desiderio di liberarsi delle proprie caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie a causa di una marcata incongruenza con il genere sessuale esperito/espresso di un individuo (oppure, nei giovani adolescenti, un desiderio di impedire lo sviluppo delle caratteristiche sessuali secondarie attese);
- 3) Un forte desiderio per le caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie del genere opposto;
- 4) Un forte desiderio di appartenere al genere opposto (o un genere alternativo diverso dal genere assegnato);
- 5) Un forte desiderio di essere trattato come appartenente al genere opposto (o un genere alternativo diverso dal genere assegnato);
- 6) Una forte convinzione di avere i sentimenti e le reazioni tipici del genere opposto (o di un genere alternativo diverso dal genere assegnato)

B) La condizione è associata a sofferenza clinicamente significativa o a compromissione del funzionamento in ambito sociale, lavorativo o in altre aree importanti.

Sottotipi:

Con un disturbo dello sviluppo sessuale [...].

Specificare se:

Post-transizione: L'individuo è passato a vivere a tempo pieno il genere desiderato (con o senza riconoscimento legale del cambiamento di genere) e si è sottoposto (oppure si sta preparando a sottoporsi) ad almeno una procedura medica di riassegnazione sessuale o a un protocollo di trattamento, vale a dire un regolare trattamento con ormoni del sesso opposto o un intervento chirurgico di riassegnazione del genere in accordo al genere desiderato (per es., penectomia, vaginoplastica in un individuo nato maschio; mastectomia o falloplastica in un individuo nato femmina).³⁵

35 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), 2013, *op. cit.*, 528-529.

Ora, se confrontata con la condizione descritta nell'edizione precedente del manuale³⁶, appare evidente che le novità apportate sono di un certo rilievo, risultando esse, in buona parte, una sorta di compromesso tra le diverse rivendicazioni e posizioni espresse nel dibattito a cui prima si faceva riferimento. Tra i principali cambiamenti, oltre alla rimozione della condizione dal capitolo dei *Disturbi Sessuali*, in altre parole la sua più chiara separazione dalle *condizioni parafiletiche* e dalle *Disfunzioni Sessuali* (utile ad una riduzione dello stigma), è sicuramente degno di nota, ma non privo di una profonda contraddizione interna, il cambiamento di denomi-

36 Nella edizione precedente del DSM (APA) (2000), i criteri diagnostici di quello che veniva denominato *Disturbo dell'Identità di Genere*, erano i seguenti:

A. Una forte e persistente identificazione col sesso opposto (non solo un desiderio di qualche presunto vantaggio culturale derivante dall'appartenenza al sesso opposto). Nei bambini il disturbo si manifesta con quattro (o più) dei seguenti sintomi:

1) desiderio ripetutamente affermato di essere, o insistenza sul fatto di essere, dell'altro sesso;

2) nei maschi, preferenza per il travestimento o per l'imitazione dell'abbigliamento femminile; nelle femmine, insistenza nell'indossare solo tipici indumenti maschili;

3) forti e persistenti preferenze per i ruoli del sesso opposto nei giochi di simulazione, oppure persistenti fantasie di appartenere al sesso opposto;

4) intenso desiderio di partecipare ai tipici giochi e passatempi del sesso opposto;

5) forte preferenza per i compagni di gioco del sesso opposto.

Negli adolescenti e negli adulti, l'anomalia si manifesta con sintomi come desiderio dichiarato di essere dell'altro sesso, farsi passare spesso per un membro dell'altro sesso, desiderio di vivere o essere trattato come un membro dell'altro sesso, oppure la convinzione di avere sentimenti e reazioni tipici dell'altro sesso.

B. Persistente malessere riguardo al proprio sesso o senso di estraneità riguardo al ruolo sessuale del proprio sesso.

Nei bambini, l'anomalia si manifesta con uno dei seguenti sintomi: nei maschi, affermazione che il proprio pene o i testicoli li disgustano, o che scompariranno, o affermazione che sarebbe meglio non avere il pene, o avversione verso i giochi di baruffa e rifiuto dei tipici giocattoli, giochi e attività maschili; nelle femmine, rifiuto di urinare in posizione seduta, affermazione di avere o che crescerà loro il pene, o affermazione di non volere che crescano le mammelle o che vengano le mestruazioni, o marcata avversione verso l'abbigliamento femminile tradizionale.

Negli adolescenti e negli adulti, l'anomalia si manifesta con sintomi come preoccupazione di sbarazzarsi delle proprie caratteristiche sessuali primarie o secondarie (per es. richiesta di ormoni, di interventi chirurgici o altre procedure per alterare fisicamente le proprie caratteristiche sessuali, in modo da assumere l'aspetto di un membro dell'altro sesso) o convinzione di essere nati nel sesso sbagliato.

C. L'anomalia non è concomitante con una condizione fisica intersessuale.

D. L'anomalia causa disagio clinicamente significativo o compromissione della area sociale, lavorativa o di altre importanti aree del funzionamento.

nazione della condizione da *Disturbo dell'Identità di Genere* a *Disforia di Genere*. Il senso di tale cambiamento, infatti, come indicato dalla stessa Associazione Americana³⁷ è da rintracciarsi nel tentativo di alleggerimento dello stigma connesso alla malattia mentale: «in parte la rimozione dello stigma può derivare dalla scelta delle parole giuste. Sostituire, all'interno dell'etichetta diagnostica, la parola “disturbo” con la parola “disforia” non solo è più appropriato e maggiormente congruente (*consistent*) con la più consueta terminologia sessuologica, ma in più rimuove l'idea che il paziente (“*the patient*”) sia “disturbato” (“*disordered*”)». Senza ombra di dubbio è evidente la contraddizione insita nel fatto di continuare a considerare la condizione espressione di un disturbo mentale, per poi eliminare la parola *Disturbo* e sostituirla con quella, maggiormente ‘neutrale’ e *politically correct*, di *Disforia*³⁸, ma almeno l'intenzione è apprezzabile. Le novità, della nuova edizione del manuale, comunque, non finiscono qui: tra le più interessanti, vi è quella relativa al riconoscimento della possibilità di esistenza, di forme di soggettivazione poste al di là del binarismo di genere, attraverso il riferimento alla possibilità di identificazione da parte del soggetto con un genere *alternativo* a quello assegnato alla nascita, fatto, questo, che rinvia alla pluralizzazione delle declinazioni identitarie al di là del binarismo di genere, e la rimozione della sottotipizzazione basata sull'orientamento sessuale, da tempo da più parti contestata. L'aggiunta della necessità di indicazione della «fase» rispetto al processo di «transizione», utile ad indicare quei soggetti che, avendo da tempo assunto un

37 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *Gender Dysphoria*, 2013, <http://www.dsm5.org/documents/gender%20dysphoria%20fact%20sheet.pdf>. Consultato nel mese di settembre 2014.

38 L'espressione *Disforia di Genere* costituisce una delle molteplici modalità di denominazione adottate in passato per indicare la condizione in oggetto. In particolare essa fu proposta per la prima volta nel 1973 da Norman Fisk per enfatizzare il disagio derivato al soggetto dal genere sessuale assegnatogli/le alla nascita e le caratteristiche anatomiche del proprio sesso. Tale denominazione rimuove ogni riferimento a questioni inerenti l'«identità personale», riferimento che, invece, poteva ancora rintracciarsi nella precedente denominazione di *Disturbo dell'Identità di Genere* (Cfr.: N. Fisk, *Gender Dysphoria Syndrome (The How, What, and Why of a Disease)*. In D. Laub, & P. Gandy (a cura di) *Proceedings of the second interdisciplinary symposium on gender dysphoria syndrome*. Stanford, CA, 1973). Tale questione appare particolarmente interessante, rinviando all'articolazione del genere sessuale con l'identità personale. Questioni di spazio ci impediscono di approfondire tale tema. Per quanti siano interessati, comunque, ci permettiamo di rinviare al nostro “Adult Male-to-Female Transsexualism: A Clinical Existential-Phenomenological Inquiry”, *Journal of Phenomenological Psychology*, 2015, 46, 33-68.

*ruolo di genere*³⁹ opposto al sesso riconosciuto alla nascita, sottopostisi o in procinto di sottoporsi ad interventi medico-chirurgici di Affermazione del Genere (interventi anche detti di *Riattribuzione Chirurgica del Sesso*), continuano comunque a necessitare di trattamenti ormonali, consulenze psicologiche, e così via, invece, più chiaramente rinvia a necessità, ancora una volta, di carattere eminentemente *pragmatico*: più precisamente, alla questione del rimborso delle spese da parte dello Stato, alla gratuità di tali interventi: se l'intervento chirurgico ha una funzione *curativa*, ci si sarebbe infatti potuti chiedere, come si giustificerebbero eventuali altri interventi, principalmente di tipo endocrinologico? Il Manuale taglia la testa al toro ed afferma che, semplicemente, il soggetto, presentando ancora una condizione di Disforia di Genere, è in fase di *post-transizione*⁴⁰.

In definitiva, l'*American Psychiatric Association*, nella stesura della nuova edizione del manuale diagnostico, come detto, sembra aver cercato una sorta di compromesso tra le diverse posizioni espresse durante le sue fasi di preparazione; in particolare, essa ha tenuto conto delle osservazioni delle associazioni volte alla difesa dei diritti delle persone *gender variant*. Certamente resta il fatto che, alla fine, essa ha ribadito che tali soggetti sono affetti da un *disturbo mentale*.

Le cose, comunque, sembra che andranno in maniera diversa per quel concerne l'*ICD*, il sistema di classificazione delle malattie redatto dall'*Organizzazione Mondiale della Sanità*, la cui nuova edizione è prevista per il 2017.

39 Quest'ultimo concetto era stato introdotto da John Money nel 1955 a proposito del ruolo sociale *maschile* o *femminile* (*gender role*), e dell'identità che a tale ruolo è legata (Cfr.: J. MONEY, *Hermaphroditism, gender and precocity in hyperadrenocorticism: Psychologic findings*. Bulletin of the Johns Hopkins Hospital, 96, 1955, 253–264).

40 È una questione complessa: la gran parte delle persone che si sottopongono agli interventi chirurgici, infatti, successivamente a questi, si identificano pienamente e si dicono *'donne'* o *'uomini'* in senso pieno, rigettando completamente eventuali altre modalità di definizione di sé, in particolare etichette quali *transessuale* o *disforia di genere*. Quest'ultima, infatti, dovrebbe essere risolta attraverso le procedure chirurgiche. Almeno, così viene affermato. La questione è che, più verosimilmente, tali interventi *riducono* la componente disforica di genere, che, viceversa, continua a necessitare di un continuo controllo, per via ormonale, del funzionamento biologico del corpo.

3. Anche l'*Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)* è, infatti, attualmente impegnata nel processo di revisione dell'*International Statistical Classification of Disease and Related Health Problems (ICD)*, la cui XI Edizione, come detto, dovrebbe essere ultimata per il 2017. La *Council of Europe Commissioner for Human Rights*⁴¹ ed il *Parlamento Europeo*⁴² hanno in questi ultimi anni, invitato l'OMS a rimuovere, all'interno di tale prossima edizione del testo, le condizioni caratterizzate da una discordanza tra il genere ed il sesso dalla sezione del Manuale relativa ai Disturbi Mentali. Ad esempio, con la risoluzione del 28 settembre 2011, il Parlamento Europeo ha affermato che esso «condanna fermamente il fatto che l'omosessualità, la bisessualità e la transessualità siano ancora considerati espressione di un disturbo mentale da molti paesi, compresi alcuni dei paesi membri. Viceversa il Parlamento fa appello agli Stati affinché si impegnino a combattere tale posizione (*and calls on states to combat this*); in particolare, auspica la depsiichiatriizzazione dell'esperienza transessuale/transgender, la libera scelta delle modalità di cura da parte degli individui interessati, la semplificazione delle procedure per il cambio dell'identità anagrafica, l'addebito delle spese necessarie». Il documento, inoltre, in maniera ancora più precisa, afferma: «si richiama la Commissione e l'Organizzazione Mondiale della Sanità affinché si provveda ad eliminare i Disturbi dell'Identità di Genere dalla lista dei Disturbi Mentali e del Comportamento, e ad operare una riclassificazione non patologizzante di tali condizioni (*and to ensure a non-pathologizing reclassification*) all'interno della prossima 11a edizione dell'*International Classification of Diseases (ICD-11)*».

Oltre che dalla Commissione del Consiglio d'Europa per i Diritti Umani e dal Parlamento Europeo, il gruppo di lavoro attualmente impegnato nella revisione della sezione del manuale relativa al capitolo dei Disturbi Sessuali e della Salute Sessuale (*ICD Working Group on Sexual Disorders and Sexual Health*) ha ricevuto analoghe sollecitazioni da numerose associazioni ed organizzazioni professionali. Tra queste è possibile ricordare: la *Agnodice Foundation* (Svizzera), l'*Aktion Transsexualität und Menschenrecht* (Germania), la *Global Action for Trans Equality (GATE)*, la

41 COUNCIL OF EUROPE. COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Issue Paper: Human Rights and Gender Identity*. 2009. Consultato nel mese di Settembre 2014 dal sito <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>.

42 EUROPEAN PARLIAMENT: *28 September 2011 on human rights, sexual orientation and gender identity at the United Nations*. 2011. Consultato nel mese di settembre 2014 dal sito www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0427+0+DOC+XML+V0//EN

LGBT Denmark, la *Société Française d'Etudes et de prise en Charge du Transsexualisme* (SoFECT, Francia), e la *World Professional Association for Transgender Health – WPATH*⁴³. Anche in virtù delle pressioni sociali e politiche ricevute, dunque, tale Gruppo di Lavoro, oltre a proporre un cambiamento di denominazione della condizione con l'adozione dell'espressione *Gender Incongruence*, *Incongruenza di Genere*, sembra effettivamente intenzionato a rimuovere tale condizione dalla sezione relativa ai *mental and behavioral disorders*, ed a collocarla all'interno di un nuovo capitolo, eventualmente denominato «*Sexual Health and Sexual Disorders*». In un loro recente contributo Jack Drescher, Peggy Cohen-Kettenis e Sam Winter, membri di tale gruppo di lavoro, hanno esposto le ragioni poste a giustificazione dei cambiamenti che, almeno per il momento così sembra, sembrano intenzionati a proporre⁴⁴. Per quanto la citazione sia abbastanza estesa, vale la pena riportarla per intero.

La stigmatizzazione della condizione *transgender* e l'essere essa considerata un disturbo mentale crea una situazione doppiamente gravosa per i soggetti interessati, con gravi ripercussioni sul loro stato di salute, ed un'evidente violazione dei diritti umani. Ad esempio, alle persone *transgender* è molto facile che possa venir negato l'accesso ad eventuali cure mediche o ai differenti servizi sociali, essendo inteso lo specialista in psichiatria come l'unico competente anche per condizioni cliniche o sociali che nulla hanno a che fare con la condizione *transgender*. Per molte persone *transgender*, la difficoltà di accesso ai servizi dedicati al processo di transizione si traduce spesso in un aumentato rischio per la salute, ad esempio in un aumento dell'esposizione al rischio di infezione da HIV a seguito della autosomministrazione per via iniettiva di ormoni acquistati, per disperazione, al mercato nero. Ciò, con ovvie conseguenze anche per la più generale salute pubblica. In aggiunta, sul piano giuridico, la presenza di una diagnosi psichiatrica potrebbe, in taluni casi, poter portare a dubitare della capacità della persona di intendere e di volere. Molti paesi hanno palesato un evidente pregiudizio rispetto alla libera possibilità di un individuo di veder modificati i propri dati anagrafici sui documenti, ad esempio sul passaporto o la patente di guida. Un giudice potrebbe esprimersi in senso avverso nei confronti di una persona *transgender* su argomenti quali l'affidamento dei figli quando la questione della diagnosi psichiatrica venisse ad essere utilizzata per porre in dubbio le capacità genitoriali del soggetto. Queste sono alcune

43 G. KNUDSON, G. DE CUYPERE & W. BOCKTING, *Second Response of the World Professional Association for Transgender Health to the Proposed Revision of the Diagnosis of Transvestic Disorder for DSM 5*. *International Journal of Transgenderism*, 13, 2011, 9-12.

44 J. DRESCHER, P. COHEN-KETTENIS & S. WINTER, *Minding the body: Situating gender identity diagnoses in the ICD-11*. *International Review of Psychiatry*, 24(6), 2012, 568-577.

delle ragioni che ci spingono oggi a considerare sempre più l'ipotesi di una derubricazione delle condizioni *transgender* dalla sezione del manuale relativa ai Disturbi Mentali.

Considerato il fatto che la missione primaria dell'OMS è quella della promozione di una condizione di salute per il più ampio numero di persone, tale Organizzazione deve ben valutare, infatti, se una politica (*policy*) che si riveli avere conseguenze negative per la salute (o sul godimento dei diritti umani fondamentali) di un determinato gruppo di persone non venga ad essere in contraddizione con i propri stessi principi ispiratori.⁴⁵

Ora, per quanto molte delle considerazioni riportate dagli autori appaiano decisamente condivisibili, una questione inevitabilmente viene comunque a porsi: ma che genere di Disciplina Scientifica è la Psichiatria se essa giunge a definire il proprio campo sulla base di argomentazioni di tal fatta? Più specificamente, le domande che si pongono sono due: ma cos'è effettivamente un disturbo mentale? Come è possibile definirlo sul piano, per così dire, ontologico ed epistemologico?

4. È stato fatto notare come il dibattito animatosi negli ultimi anni intorno al tema della legittimità dell'operazione di inclusione delle condizioni di varianza di genere entro il novero dei disturbi mentali richiami gli eventi che, nel secolo scorso, precedettero ed accompagnarono la rimozione dell'omosessualità, in un primo momento dal *DSM*, e, quindi, successivamente dall'*ICD*^{46,47}. Le tappe principali che portarono a tale cancellazione furono le seguenti: dopo le rivolte di Stonewall del 1969 a New York City, alcuni attivisti gay e lesbiche, ritenendo che le teorie psichiatriche contribuissero enormemente a determinare lo stigma sociale esistente intorno all'omosessualità, nel 1970 e nel 1971, interruppero alcune delle sessioni degli incontri annuali dell'*APA*, al fine di richiamare l'attenzione sugli effetti negativi della *psichiatrizzazione* dell'omosessualità per le persone interessate. Nel corso dell'incontro annuale del 1972 alcuni attivisti gay e John Fryer, un medico che si presentò come il *Dr. H Anonymous*, uno 'psichiatra omosessuale', spiegò agli astanti, molti dei quali si trovarono ad ascoltare queste cose per la prima volta, quali fossero gli effetti delle

45 J. DRESCHER, P. COHEN-KETTENIS & S. WINTER, cit., p. 573.

46 J. DRESCHER, *Queer diagnoses: parallels and contrast in the history of homosexuality, gender variance, and the diagnostic and statistical manual*. Archives of Sexual Behaviour, 39, 2010, 427-460.

47 H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *From mental disorder to iatrogenic hypogonadism: dilemmas in conceptualizing gender identity variants as psychiatric conditions*. Archives of Sexual Behavior, 39, 2010, 461-476.

loro teorie, e in particolare lo stigma che veniva a cadere sulle persone omosessuali in ragione del fatto di essere considerate affette da un disturbo mentale^{48, 49, 50}. Fu proprio dopo questi eventi che l'APA avviò una discussione interna volta a chiarire l'effettiva natura patologica o meno dell'omosessualità. Quando Robert Spitzer, ebbe a concludere che in assenza di *disagio soggettivo* o di una *compromissione generalizzata del funzionamento*, i due criteri da egli identificati come caratterizzanti in senso generale i disturbi mentali⁵¹, si dovesse procedere all'eliminazione dell'omosessualità dal DSM III, dopo una serie di passaggi tra diverse commissioni interne all'Associazione, fu infine deliberato di procedere a tale eliminazione. A fronte di tale decisione, Irving Bieber⁵² e Charles Socarides⁵³, due rinomati psichiatri appartenenti alla tradizione psicoanalitica nordamericana, contestarono quanto deliberato e chiesero che venisse indetto un referendum tra i membri dell'Associazione per confermare o invalidare la deliberazione del *Board of Trustees*. Il referendum fu effettivamente bandito ed al termine dello scrutinio delle schede risultò che il 58% degli votanti si era espresso a favore della rimozione dell'omosessualità dall'elenco dei disturbi mentali, sia pure solo per quel che concerneva la variante egosintonica⁵⁴.

48 B. GITTINGS, *Show and tell*. Journal of Gay and Lesbian Mental Health, 12(3), 2008, 289–294.

49 F. KAMENY, *How it all started*. Journal of Gay & Lesbian Mental Health, 13(2), 2009, 76–81.

50 C. SILVERSTEIN, *The implications of removing homosexuality from the DSM as a mental disorder* (Letter to the editor). Archives of Sexual Behavior, 38, 2009, 161–163.

51 R. L. SPITZER, *The diagnostic status of homosexuality in DSM III: Are formulation of the issues*. American Journal of Psychiatry, 138, 1981, 210–215.

52 I. BIEBER, *On arriving at the American Psychiatric Association decision on homosexuality*. In H. T. ENGELHARDT & A. L. CAPLAN (a cura di), *Scientific controversies: Case studies in the resolution and closure of disputes in science and technology* (pp. 417–436). New York, 1987.

53 G. SOCARIDES, *Homosexuality: A freedom too far*. Phoenix, AZ, 1995.

54 Almeno in un primo tempo, contestualmente all'eliminazione della categoria omosessualità, fu inserita una nuova categoria – il cosiddetto *Disturbo dell'Orientamento Sessuale* – la quale sostanzialmente andava a comprendere le condizioni di omosessualità egodistoniche, ovverossia quei casi in cui la condizione omosessuale veniva ad essere vissuta con disagio dal soggetto. Questa categoria sarebbe stata successivamente rimossa e, dunque, l'omosessualità definitivamente bandita dal manuale solo a partire dalla terza edizione rivisitata. Relativamente agli eventi che stiamo richiamando, è giusto far notare, come attentamente ricostruito qualche anno fa da Jack Drescher (Cfr.: J. DRESCHER, 2010, *op. cit.*), che il processo di depatologizzazione dell'omosessualità fu, in realtà, storicamente reso possibile dalla convergenza di numerosi fattori, e non solo dalla azione dell'atti-

Ora, se i due criteri individuati da Spitzer fossero ancora oggi considerati adeguati da soli a definire l'essenza dei disturbi mentali, appare ovvio che la questione della natura patologica delle varianti di genere non dovrebbe proprio porsi: moltissime persone presentanti tale condizione, infatti, la vivono senza problemi e non hanno alcun problema in ambito sociale, lavorativo, affettivo, e così via; se pure la loro condizione è accompagnata da disagio o da difficoltà di vario genere, è molto probabile che ciò non derivi dalla condizione in sé, bensì dalle reazioni del contesto ambientale al loro stesso essere. La questione, però, è che, per quanto strano possa sembrare, i due criteri identificati da Spitzer si sono rivelati col tempo non pienamente adeguati a descrivere l'intera classe dei disturbi mentali: molti di questi, infatti, non sono affatto accompagnati da un disagio soggettivo, né da specifiche e marcate difficoltà sul piano del funzionamento⁵⁵. La stessa nuova edizione del manuale statunitense afferma:

vismo omosessuale: in primo luogo, dal diffondersi delle teorie antipsichiatriche che nella questione omosessuale vedevano la conferma dell'idea della psichiatria come istituzione sociale deputata al controllo ed alla marginalizzazione di specifici gruppi di individui; in secondo luogo, dal numero crescente di studi scientifici che dimostravano, da una parte la diffusione di un orientamento omosessuale in popolazioni non-cliniche di soggetti (Cfr.: A. KINSEY, W. POMEROY & C. MARTIN, *Sexual behavior in the human male*. Philadelphia, 1948; A. KINSEY, W. POMEROY, C. MARTIN & P. GEBHARD, *Sexual behavior in the human female*. Philadelphia, 1953), e dall'altra l'assenza di sintomi psicopatologici di rilievo in campioni di soggetti omosessuali (Cfr.: E. A. HOOKER, *The adjustment of the male overt homosexual*. *Journal of Projective Techniques*, 21, 1957, 18–31). Per un'analisi più dettagliata degli eventi che portarono alla eliminazione dell'omosessualità dal DSM, cfr. S. KIRK & H. KUTCHINS, 1992, *op. cit.*; H.F.L MEYER-BAHLBURG, 2010, *op. cit.*; D. BOLTON, *What is mental disorder? An essay in philosophy, science, and value*. Oxford, UK, 2008/2009; D. BOLTON, *What is Mental Illness?* In K. W. M. FULFORD, M. DAVIES, R. G. T. GIPPS, G. GRAHAM, J. Z. SADLER, G. STANGHELLINI, & T. THORNTON (a cura di), *The Oxford Handbook of Philosophy and Psychiatry* (pp. 434-450). Oxford (UK), 2013.

- 55 Lo stesso Spitzer, del resto, ricorda così il lavoro da egli svolto per la definizione dei criteri atti a definire un disturbo mentale: «giunsi alla conclusione che, con l'eccezione dell'omosessualità e forse di alcune altre "deviazioni sessuali", tutti i disturbi mentali determinano sempre un disagio soggettivo o una compromissione generalizzata del funzionamento sociale» (Cfr.: R. L. SPITZER, 1981, *op. cit.*, 211, enfasi mia). Oltre ad alcune condotte parafiliche che, effettivamente, non sono sempre accompagnate da disagio soggettivo e/o da compromissione del funzionamento sociale e lavorativo, vi sono altre condizioni la cui natura pone in discussione i criteri di Spitzer: basti pensare, giusto a titolo di esempio, all'alcolismo, ad alcune forme di Anoressia Nervosa o al cosiddetto Disturbo Fittizio, un disturbo caratterizzato dalla falsificazione di segni o sintomi fisici o patologici o da un'autoinduzione di un infortunio o di una malattia, associato a un inganno accertato. Va, tuttavia, detto che, i criteri del «disagio clinica-

Benché nessuna definizione possa cogliere tutti gli aspetti della gamma di disturbi contenuta nel DSM-5, sono richiesti i seguenti elementi:

Un disturbo mentale è una sindrome caratterizzata da un'alterazione clinicamente significativa della sfera cognitiva, della regolazione delle emozioni o del comportamento di un individuo, che riflette una disfunzione nei processi psicologici, biologici o evolutivi che sottendono il funzionamento mentale. *I disturbi mentali sono solitamente associati a un livello significativo di disagio o disabilità in ambito sociale, lavorativo o in altre aree importanti.* Una reazione prevedibile o culturalmente appropriata a un fattore stressante o a una perdita comuni, come la morte di una persona cara, non è un disturbo mentale. Comportamenti socialmente devianti (per es., politici, religiosi o sessuali) e conflitti che insorgono primariamente tra l'individuo e la società non sono disturbi mentali, a meno che la devianza o il conflitto non sia il risultato di una disfunzione a carico dell'individuo, come descritto precedentemente⁵⁶.

Ancora oggi, dunque, non esiste una chiara e definitiva definizione operativa dei confini dei disturbi mentali e, per certi versi, la *questione omosessualità* continua a porsi come una vera *spina nel fianco* del sapere psichiatrico. Tant'è vero che, ancora nel 2008, Kenneth S. Kendler e Peter Zachar, scrivevano:

*mente significativo o della compromissione del funzionamento sociale, lavorativo o di altre aree importanti del funzionamento», fu inserito, all'interno della terza edizione rivisitata del DSM, in riferimento ai quadri di fobia sociale, di fobia semplice e del disturbo ossessivo-compulsivo. Ciò perché forme attenuate dei sintomi che caratterizzano le tre condizioni sono comunemente riscontrabili nella popolazione generale, senza che essi abbiano una specifica valenza psicopatologica. A partire dalla IV Edizione del Manuale, tale criterio è stato aggiunto a circa la metà dei Disturbi inclusi nel manuale, come risposta alle critiche che erano state formulate di iperinclusività delle categorie proposte (D.F. KLEIN, *A proposed definition of mental disorder*. In D.F. KLEIN, E R.L. SPITZER (a cura di). *Critical Issues in Psychiatric Diagnosis* (pp 41–72). New York: 1978; R.L. SPITZER & J.B.W. WILLIAMS. *The definition and diagnosis of mental disorder*, in W.R. GOVE (a cura di), *Deviance and Mental Illness: Sage Annual Reviews of Studies in Deviance*, vol 6 (pp 15–31). Beverly Hills, California: 1992; J. C. WAKEFIELD, *The concept of mental disorder – on the boundary between biological facts and social value*. *American Psychologist*, 47, 1992, 373–88), e, dunque, al fine di minimizzare il rischio di falsi positivi nei processi diagnostici (Cfr.: R. L. SPITZER & J. C. WAKEFIELD, *DSM-IV Diagnostic Criterion for Clinical Significance: Does It Help Solve the False Positives Problem?* *American Journal of Psychiatry*, 156, 1999, 1856–1864).*

56 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *Gender Dysphoria*, 2013, <http://www.dsm5.org/documents/gender%20dysphoria%20fact%20sheet.pdf>. Consultato nel mese di settembre 2014, enfasi mia.

Gli psichiatri hanno dovuto fronteggiare le aspre critiche che sono state mosse alla loro disciplina per il fatto di aver derubricato l'omosessualità dal novero dei Disturbi Mentali a seguito di un referendum realizzato all'interno della propria comunità. La nosografia psichiatrica, infatti ci si è chiesto, costituisce uno sforzo fatto all'interno del campo scientifico o piuttosto l'espressione di cangianti venti politici? I problemi della psichiatria non sono limitati alla sola questione dell'orientamento sessuale. Il *cross-dressing* va considerato un Disturbo Mentale? E gli adolescenti che manifestano comportamenti oppositivi e provocatori sono da considerare mentalmente disturbati? Le condizioni sottosoglia vanno trattate farmacologicamente? È d'aiuto per la causa degli psichiatri il fatto che gli astronomi abbiano posto a votazione se continuare a considerare Plutone un pianeta, ma la decisione degli astronomi di riscrivere la definizione di 'pianeta' non ha rimosso i persistenti dubbi sulla legittimità scientifica della nosologia psichiatrica^{57, 58}.

Non è una faccenda di poco conto. Come affermato qualche anno fa da Somogy Varga, infatti,

Il concetto di malattia mentale costituisce il fondamento della scienza psichiatrica (*the concept of mental disorder is at the foundation of psychiatry*). Sebbene la questione della definizione adeguata dei disturbi mentali sia alquanto spinosa, per le sue ricadute sul piano della ricerca psichiatrica, della diagnosi e degli interventi socio-politici, almeno a partire dalla terza edizione del DSM si è stabilito un ampio consenso sulla necessità di una delucidazione convincente del concetto ad essi relativo. In più, per molti, la credibilità della psichiatria come disciplina medica in una certa misura dipende proprio da una siffatta definizione convincente.⁵⁹

57 K.S. KENDLER & P. ZACHAR, *The incredible insecurity of psychiatric nosology*. In: K. KENDLER, & J. PARNAS (a cura di). *Philosophical issues in psychiatry: explanation, phenomenology, and nosology* (pp. 368-383). Baltimore, 2008, p. 368.

58 Su tale argomento gli autori sono tornati anche di recente, nuovamente operando un raffronto tra gli eventi connessi all'eliminazione dell'omosessualità dal DSM e quanto accaduto qualche anno fa in campo astronomico con l'eliminazione di Plutone dal novero dei pianeti (Cfr. K.S. KENDLER & P. ZACHAR, *The incredible insecurity of psychiatric nosology*. In: K. KENDLER & J. PARNAS (a cura di). *Philosophical issues in psychiatry: explanation, phenomenology, and nosology* (pp. 368-383). Baltimore, 2008; P. ZACHAR & K.S. KENDLER, *The removal of Pluto from the class of planets and homosexuality from the class of psychiatric disorders: a comparison*. *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*, 7, 4, 2012.)

59 S. VARGA, *Defining mental disorder. Exploring the "natural function" approach*. *Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine*, 21(6), 2011, 1. Consultato nel mese di settembre 2014 dal sito <http://www.peh-med.com/content/pdf/1747-5341-6-1.pdf>, p. 1.

Non è solo una questione, dunque, per così dire, *ontologica*, bensì anche *epistemologica*, *etica*, *giuridica* e, certamente, *pragmatica*. Come afferma da Robert Evan Kendell:

La questione fondamentale, ma anche quella più controversa, è se le malattie (*diseases*) mentali e le differenti forme di disagio psichico (*illness*) debbano più correttamente essere intese quali concetti normativi fondati su giudizi di valore, o se essi siano termini scientifici, privi di qualunque riferimento a criteri normativi (*valuefree*); in altre parole se essi siano termini biomedici o termini biopolitici⁶⁰

Non v'è alcun dubbio, come affermato da Kirk & Kutchins⁶¹, che giusto la problematica omosessuale abbia contribuito a quel capovolgimento radicale del modo di intendere il campo psichiatrico che ha avuto il suo battesimo proprio con la pubblicazione della terza edizione del manuale diagnostico statunitense. In qualche modo, infatti, è stato proprio il riconoscimento della possibile *interferenza* di giudizi di valore nella qualificazione patologica di specifici tratti psicologici o comportamentali, che ha posto all'Associazione degli psichiatri americani l'imperativo di una ricerca di criteri operazionali diagnostici il più possibile obiettivi, *valuefree*, di un approccio rigorosamente descrittivo, a-teorico, di tipo *neo-krepeliniano*. Il problema è che tale impostazione si mostra chiaramente problematica: come anche noi abbiamo già in passato avuto modo di specificare richiamandoci alle riflessioni di Giovanni Stanghellini^{62, 63, 64}, i Disturbi Mentali sono *enti di cultura* e non *enti di natura*. Se in medicina, la condizione di malattia è definita dalla conoscenza degli specifici processi fisiopatologici sottostanti il quadro sintomatico, se non addirittura dell'etiologia dello stesso, in psichiatria ciò non accade: qui ci si muove solo ed esclusivamente, come riconosce lo stesso manuale, ad un *livello sindromico*, dunque in assenza di conoscenze precise e di prove incontrovertibili sulle basi somatiche delle condizioni descritte. D'altro canto, ciò che definisce i disturbi sono pur sempre elementi quali i pensieri, gli affetti, i

60 R. E. KENDELL, *What are mental disorders?* In A.M. FREEDMAN, R. BROTMAN, I. SILVERMAN, E D. HUTSON (a cura di). *Issues in psychiatric classification: science, practice and social policy* (pp 23-45). New York, 1986, p. 25.

61 S. KIRK & H. KUTCHINS, 1992, *op. cit.*

62 G. STANGHELLINI, *Psicopatologia del senso comune*, Milano, 2006.

63 R. VITELLI, *Spettri di Witmer: la domanda di psicologia clinica tra continuità e cambiamento*, Rivista di Psicologia Clinica, 3, 2007, 284-292.

64 R. VITELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO, *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?* In F. CORBISIERO (a cura di), *Comunità omosessuali: Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013.

comportamenti, le credenze, i desideri, le motivazioni: elementi impalpabili, riferibili all'esperienza vissuta del soggetto e, soprattutto, all'insieme di quei fattori contestuali storico-sociali, rispetto ai quali soltanto, di volta in volta, è possibile stabilire una linea di demarcazione tra la 'norma' e la 'patologia'. La questione, allora, diviene quella di stabilire dei criteri che possano effettivamente reggere all'accusa di arbitrarietà, di azione violenta volta alla marginalizzazione di soggetti che, semplicemente, vengano a caratterizzarsi per un modo altro di funzionamento della mente. Jerome C. Wakefield, Professore di Scienze Sociali, e dei Fondamenti Concettuali Psichiatrici presso la Scuola di Medicina della *New York University*, uno degli autori maggiormente influenti all'interno dell'attuale dibattito sulla più corretta modalità di definizione del costrutto di malattia mentale, proprio nel tentativo di fronteggiare tale obiezione, ha proposto, già da molti anni, una propria teoria che da molti continua ad essere considerata la più adeguata a definire l'esatta natura di un disturbo mentale⁶⁵. Egli definisce quest'ultimo come una '*disfunzione dannosa*' (*harmful dysfunction*). Più precisamente, scrive:

Una condizione costituisce un disturbo se, e solo se (a) la condizione determina alla persona interessata qualche danno o svantaggio (*some harm or deprivation of benefit*) in riferimento agli standard propri alla cultura del soggetto (*il criterio di valore*) (*the value criterion*), e (b) la condizione deriva dal deficit di funzionamento di qualche meccanismo interno rispetto alla sua funzione naturale, laddove quest'ultima va intesa in riferimento alla spiegazione evolutivista dell'esistenza e della modalità di funzionamento della struttura (*il criterio esplicativo*) (*the explanatory criterion*)⁶⁶.

In questo modo, l'autore considera un modello complessivo nel quale due sono le variabili in gioco per la qualificazione di una condizione psicologica come patologica: da una parte le norme socioculturali, e, dall'altra, una più sfuggente anomalia delle funzioni dell'apparato psichico, cioè, della struttura cerebrale (l'*hardware*), o delle funzioni e delle disposizioni mentali, ad esempio, dei meccanismi motivazionali, cognitivi, affettivi e percettivi (il *software*), selezionatisi nel corso dell'evoluzione della specie in ragione dei vantaggi da essi apportati per la sopravvivenza degli indi-

65 Come ricordava Rachel Cooper (Cfr.: R. COOPER, *Psychiatry and philosophy of science*. Stocksfield, 2007), l'approccio di Wakefield in qualche modo avrebbe influenzato lo stesso approccio dell'APA nella definizione concettuale dei disturbi mentali.

66 J. C. WAKEFIELD, *The concept of mental disorder – on the boundary between biological facts and social value*. *American Psychologist*, 47, 1992, 373–88, p. 384.

vidui e per la trasmissione del materiale genetico alla progenie^{67, 68, 69}. Ora,

- 67 Il ragionamento di Wakefield si colloca entro una linea di pensiero di tipo *neo-darwiniano*. La componente *disfunzionale*, infatti, viene da egli intesa come un termine scientifico *fattuale* basato sulla biologia evuzionistica (Cfr.: J. C. WAKEFIELD, *The concept of mental disorder: diagnostic implications of the harmful dysfunction analysis*. World Psychiatry, 6(3), 2007 149-156). Tale linea di pensiero ha avuto una notevole influenza anche nell'opera di altri importanti autori: lo stesso Krafft-Ebing, uno dei padri fondatori della moderna scienza sessuologica che tanta parte ha avuto nel processo di psichiatrizzazione delle varianze di genere, procedette alla sistematizzazione nosografica delle differenti condotte sessuali non convenzionali, proprio a partire dalle teorie darwiniane del XIX secolo: in tal modo, tutti comportamenti sessuali non aventi una chiara finalità procreativa vennero ad essere da lui considerati espressione di quadri psicopatologici. Più di recente autori importanti quali Robert Kendell e Christopher Boorse (Cfr.: C. BOORSE, Health as a theoretical concept. *Philosophy of Science*, 44(4), 1977, 542-573, e C. BOORSE, A Rebuttal on health. In J. F. HUMBER, & R. F. ALMEDER (a cura di). *What is Disease?* (pp. 1- 134). Totowa: New Jersey, 1997) si sono mossi sostanzialmente sulla stessa linea di pensiero. Relativamente a Kendell, occorre ricordare, infatti, come, già negli anni sessanta, rifacendosi alle coeve riflessioni di Scadding (Cfr.: J. G. SCADDING, *Diagnosis: the clinician and the computer*, Lancet, 2, 1967, 877-882), si riferì alla malattia mentale come a qualcosa in grado di conferire all'individuo uno svantaggio biologico in termini di aumentata mortalità e ridotta fertilità (Cfr. R. E. KENDELL, *The Role of Diagnosis in Psychiatry*. Joboken, New Jersey, 1975). Per quel che concerne il pensiero di Boorse, cfr.: R. VITELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO, Milano, 2013, *op. cit.*
- 68 WAKEFIELD, J.C., *Realtà e valori nel concetto di salute mentale: il disturbo come disfunzione dannosa*. Psicoterapia e Scienze Umane, 38(4), 2004, 439-464.
- 69 Qualche anno più tardi, Wakefield avrebbe riassunto la sua concezione nel seguente modo: «un disturbo mentale può essere definito come una “disfunzione dannosa”, dove “dannoso” è un termine valoriale (*a value term*), da riferirsi a condizioni giudicate negativamente sulla base degli standard socioculturali di riferimento e “disfunzione” è un termine scientifico fattuale (*a scientific factual term*)». (2007, 149) Proprio sulla base di tali assunti, in un articolo scritto con Michael B. First (Cfr.: J. C. WAKEFIELD & M. B. FIRST, *Classifying the distinction between disorder and nondisorder: Confronting the overdiagnosis (false positive) problem in DSM-V*. In K. A. PHILIPS, M. B. FIRST, & H. A. PINCUS, (a cura di). *Advancing DSM: Dilemmas in psychiatric diagnosis* (pp. 23-56). Arlington, WA, 2003; J. C. WAKEFIELD, *DSM-5: An overview of changes and controversies*, Clinical Social Work Journal, 41(2), 2013, 139-154, l'autore giunge ad affermare che, a rigore, il Disturbo dell'Identità di Genere non può essere considerato un disturbo mentale, mancando una delle due condizioni necessarie alla definizione di quest'ultimo, ovverossia il disagio soggettivo (in altre parole quella che nella sua teoria viene detta la componente di “danno”). Le varianze di genere dunque, dovrebbero essere considerate, afferma l'autore, una *semplice disfunzione*, ma non un Disturbo Mentale. Ora la questione è che, come affermato da Heino Meyer-Bahlburg (Cfr.: H.F.L MEYER-BAHLBURG, 2010, *op. cit.*), il riferirsi alla varianza di genere in termi-

la proposta di Wakefield di definire i disturbi mentali come una *harmful dysfunction* appare alquanto problematica, non solo per la complessità del processo di determinazione degli specifici meccanismi del funzionamento mentale selezionatisi nel corso dell'evoluzione, in altre parole dell'*explanatory criterion*⁷⁰, ma anche per l'altro criterio da egli individuato: se, infatti, è certamente necessario considerare la rilevanza degli elementi contestuali, storici e culturali, la questione, però, che a quel punto si pone è la seguente: ma quali standard socioculturali occorre considerare, volendo identificare condizioni che siano riconosciute nella loro abnormità a prescindere dal contesto geografico? Agli standard propri dei paesi occidentali? È ovvio, infatti, che culture diverse, come del resto abbiamo prima visto anche il DSM-5 riconosce, producono sistemi valoriali diversi, e, quindi,

ni di *disfunzione* non è meno problematico che il riferirsi ad essa come un disturbo mentale. Più di recente, sempre Wakefield ha osservato come le novità introdotte nel DSM-5 relativamente alla Disforia di Genere chiaramente richiamino le vicissitudini dell'omosessualità, prevedendo una prossima definitiva fuoriuscita della condizione dal manuale: «la categoria “Disturbo dell'Identità di Genere” è stata eliminata dal capito relativo ai “Disturbi Sessuali e dell'Identità di Genere” e sostituita con quella di “Disforia di Genere”. Entrambi questi cambiamenti hanno il senso di prendere le distanze dall'etichettamento della condizione come disturbo (*are ways of distancing this condition from the “disorder” label*). D'altra parte, non è stato ritenuto prudente procedere alla completa eliminazione della condizione dal Manuale in ragione della necessità, per talune di queste persone, di una diagnosi che possa giustificare il rimborso delle spese necessarie per gli interventi tipo medico e chirurgico volti alla riassegnazione del sesso. La nuova modalità di denominazione, da una parte riduce lo stigma, dall'altra mantiene in vita la possibilità di accesso gratuito ai trattamenti medici. Essa, inoltre, è stata ritenuta in grado di enfatizzare l'“incongruenza di genere” e non l'identificazione cross-gender, in ogni caso, i criteri diagnostici non sono variati gran che. La questione della riduzione dello stigma è principalmente da ricondurre al cambiamento semantico. In ogni caso, l'omosessualità è stata dapprima convertita in omosessualità ego-distonica, e poi, successivamente, è stata eliminata definitivamente dal manuale, in quanto, logicamente, il fatto che uno possa essere “disforico” relativamente a qualcosa che di per sé non costituisce un disturbo, non costituisce espressione di un disturbo mentale, a meno che la disforia non raggiunga livelli di severità della depressione maggiore particolarmente elevati (*logically the fact that one feels dysphoric about something that in itself is not disordered does not constitute a mental disorder unless it reaches major depression levels of severity*). Lo stesso processo, con due passaggi progressivi verso la depatologizzazione si verificherà probabilmente anche nel caso del Disturbo dell'Identità di genere (*The same two-step process of depathologization may be occurring to gender identity disorder*)» (Cfr.: J. C. WAKEFIELD, *The concept of mental disorder: diagnostic implications of the harmful dysfunction analysis*. World Psychiatry, 6(3), 2007 149-156), p. 146.

70 D. BOLTON, 2008/2009, *op. cit.*

norme di condotta, di pensiero, e così via, profondamente diversificate. Come Derek Bolton ha detto qualche anno fa:

Se si formula il giudizio di abnormità di una condizione in termini comparativi, considerando un gruppo medio di riferimento, diviene poco chiaro a quale gruppo medio di riferimento ci si debba riferire, e perché una deviazione da tale gruppo debba essere considerata una disfunzione e non soltanto una differenza.⁷¹

In altre parole, quella che sembra essere sottesa alla posizione di Wakefield è una visione estremamente ideologica esprimibile, rifacendoci a quanto affermato alcuni anni fa da Massimo Grasso e Pietro Stampa⁷² attraverso la seguente equazione: conformismo ai valori prevalenti nel mondo occidentale = normalità = salute.

Ma allora, se neanche la proposta di Wakefield è adeguata, a cosa esattamente ci riferiamo quando parliamo di disturbi mentali?

Phillips et al.⁷³, nel loro «discorso a più voci», hanno identificato, a tal riguardo, cinque differenti posizioni. La recente edizione del DSM sembra muoversi tra di esse, a volte non senza una certa qual contraddizione interna. È interessante, dunque, vederle un po' da vicino, osservando al contempo come esse siano state articolate all'interno del manuale statunitense:

La prima è una posizione che gli autori definiscono di tipo «realistico». Secondo tale punto di vista i disturbi mentali sono qualcosa di «reale», esistente, per così dire 'là fuori' indipendentemente dall'osservatore/valutatore, in qualche modo radicato/determinato in/dalla specifiche anomalie della struttura cerebrale o nelle/dalle modalità di processamento cognitivo/affettivo delle informazioni interne e/o esterne; essi sono intersoggettivamente apprezzabili ed in futuro potranno essere riconosciuti nella loro vera natura, attraverso il riconoscimento dei loro fondamenti biologici, al di là dei meri aspetti fenomenici. Tale posizione è ben espressa dagli estensori del Manuale statunitense, i quali, come abbiamo appena visto, ci tengono a ribadire che «un disturbo mentale è una sindrome caratterizzata da un'al-

71 D. BOLTON, 2008/2009, *op. cit.*, p. 9.

72 M. GRASSO & P. STAMPA, *Chi ha slegato Roger Rabbit? Diagnosi psichiatrica e modelli di salute mentale: Osservazioni su alcune criticità metodologiche per la ricerca in psicoterapia*. Rivista di Psicologia Clinica. Teoria e metodi dell'intervento, 1, 2006, 102-117.

73 J. PHILLIPS ET AL., *The six most essential questions in psychiatric diagnosis: a pluarologue part 1: conceptual and definitional issues in psychiatric diagnosis*. Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine, 7:3, 2012. Consultato nel mese di settembre 2014 dal sito <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3305603/>

terazione clinicamente significativa della sfera cognitiva, della regolazione delle emozioni o del comportamento di un individuo, che riflette una disfunzione nei processi psicologici, biologici o evolutivi che sottendono il funzionamento mentale»⁷⁴. Secondo questa prospettiva, dunque, nella definizione di un disturbo mentale sono completamente fuori gioco giudizi di valore, e più in particolare il riferimento a fattori storico/culturali. Poco più avanti, infatti, il testo, *repetita iuvant*, recita: «Una reazione prevedibile o culturalmente appropriata a un fattore stressante o a una perdita comuni, come la morte di una persona cara, non è un disturbo mentale. Comportamenti socialmente devianti (per es., politici, religiosi o sessuali) e conflitti che insorgono primariamente tra l'individuo e la società non sono disturbi mentali, *a meno che la devianza o il conflitto non sia il risultato di una disfunzione a carico dell'individuo* [...] Approcci per validare i criteri diagnostici relativi a disturbi mentali categoriali discreti hanno incluso i seguenti tipi di evidenza: validatori antecedenti (marker genetici simili, caratteristiche familiari, temperamento ed esposizione ambientale), validatori concorrenti (substrati neurali, marker biologici, processi cognitivi ed emotivi e affinità di sintomi) e validatori predittivi (decorso clinico simile e risposta al trattamento)».⁷⁵

Dunque, secondo i sostenitori di tale punto di vista, un disturbo mentale è qualcosa di *reale* ed *obiettivo*, che concerne il singolo, e più precisamente il suo funzionamento biologico, essendo quello psicologico nient'altro che un epifenomeno del primo.

2) Una seconda posizione viene definita da Philips et al., come “nominalista”. Per quanto non sia semplicissimo stabilire in maniera precisa cosa contraddistingua per gli autori tale punto di vista, in linea generale esso sembrerebbe rimandare all'impossibilità di identificazione di un concetto univoco ed universale di 'disturbo mentale'. Come nella più classica argomentazione filosofica degli autori di scuola nominalistica sulla natura dei concetti universali, tale concetto generale, per così dire, non esisterebbe; i disturbi mentali non sarebbero che *puri nomi*, segni astratti che possono essere esclusivamente predicati dei soggetti concreti, ovverossia dei soggetti sofferenti sul piano psichico, segni, cioè, che denotano individui, i soli che possono esistere nella realtà; detto ancora in altre parole, i disturbi mentali non sarebbero altro che convenzioni verbali associate agli oggetti specifici, ovverossia appunto ai soggetti sofferenti sul piano psichico, secondo specifici schemi interpretativi. Sposando tale posizione, sostengono

74 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *DSM-5. op. cit.*, p. 22.

75 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *DSM-5. op. cit.*, pp. 22-23.

gli autori, esisterebbero, «effettivamente, lì fuori, specifiche condizioni psicopatologiche (*real psychopathology out there*), ma non abbiamo alcuna garanzia che i costrutti diagnostici siano poi effettivamente in grado di risolverle (*but we have no guarantee that their diagnostic constructs sort it out correctly*)»⁷⁶. Ed in effetti, proprio la natura elusiva delle categorie impiegate, porta alcuni autori che sposano la posizione nominalista a riconoscere l'arbitrarietà dei criteri di inclusione di alcune condizioni tra le fila dei disturbi mentali⁷⁷.

3) Punto di vista «costruzionista». Per certi versi vicino a quello precedente, ma con un riconoscimento nettamente più deciso delle componenti storiche, culturali e sociali implicate nella definizione dei disturbi mentali, gli autori che si riconoscono in tale punto di vista considerano questi ultimi nient'altro che *costruzioni sociali*. Ora tale posizione, almeno dal nostro punto di vista, appare meglio cogliere l'effettiva natura dei disturbi mentali. Appare evidente, infatti, come detto poc'anzi, che i disturbi mentali sono *enti di cultura*. Basti pensare a come determinati comportamenti, oggi considerati espressione sintomatica di specifici disturbi mentali, siano stati interpretati in passato, e possono ancora oggi essere intesi entro specifici contesti culturali, in maniera profondamente diversa, ad esempio, come effetto di possessione diabolica, dell'azione o dello speciale rapporto con forze o entità sovranaturali o, ancor meglio, come abbiamo precedentemente detto giusto al riguardo delle varianti di genere, come semplice, possibile, "normale" declinazione dell'esistente umano.

Lo stesso DSM-5, in qualche modo abbracciando *anche una posizione costruzionista*, ed in parte contraddicendo sé stesso con la contemporanea adozione di una posizione *realista*, afferma:

I disturbi mentali sono definiti in relazione alle norme e ai valori culturali, sociali e familiari. La cultura di appartenenza fornisce dei contesti interpretativi che modellano l'esperienza e la manifestazione dei sintomi, segni e comportamenti che costituiscono i criteri per la diagnosi [...] I confini fra normalità e patologia variano da una cultura all'altra per specifiche tipologie di comportamento. Le soglie di tolleranza per specifici sintomi o comportamenti differiscono tra culture, contesti sociali e famiglie. Di conseguenza, il livello al quale un'esperienza assume tratti patologici sarà differente. La decisione relativa all'attribuzione di anormalità a un comportamento e alla necessità di

76 J. PHILLIPS ET AL., *op. cit.*, p. 6.

77 A tal riguardo, si veda, ad esempio, all'interno dell'articolo che stiamo commentando di Phillips, et al., la posizione espressa da P. ZACHAR & S. G. LOBELLO, *Commentary: A Game for Every Kind of Umpire (Almost)*. In J. PHILLIPS ET AL., *op. cit.*, 2012, p. 5.

attenzione clinica dipende da norme culturali interiorizzate dall'individuo e applicate dagli altri, inclusi i membri della famiglia e i clinici.⁷⁸

Ora, però, se è vero, come abbiamo detto, che tale posizione costruzionista sembra quella più adeguata a spiegare l' 'essenza' dei disturbi mentali, la questione è che la mancanza di un' universale e ben definita linea di confine tra normalità e patologia mentale, il relativismo culturale che ne deriva, rischia di far vacillare l'intero edificio psichiatrico. Come Allen Frances ha affermato qualche anno fa:

il concetto di disturbo mentale è così amorfo, proteiforme ed eterogeneo che intrinsecamente manca di una definizione univoca. Ciò costituisce un buco al centro della classificazione psichiatrica (*This is a hole at the center of psychiatric classification*).⁷⁹

Già, un buco al centro della classificazione psichiatrica! Il punto è che il riconoscimento di una sostanziale arbitrarietà dei criteri di inclusione pone non pochi problemi: la prospettiva, cosiddetta negazionista, di cui diremo più avanti, a quel punto, infatti, ha gioco facile nell'affermare la mancanza di scientificità della disciplina, se non la possibile azione violenta di controllo e marginalizzazione di specifiche categorie di individui che attraverso di essa potrebbe venire ad essere esercitata.

4) La prospettiva «pragmatica». Gli autori che sposano tale punto di vista tendono a considerare, nel processo di valutazione di una data condizione psicologica come espressione di un disturbo mentale, in altre parole nella definizione della linea di confine tra salute e malattia mentale, le 'esigenze' dei differenti soggetti interessati (pazienti, ricercatori, compagnie di assicurazione, etc.) e le potenziali conseguenze di una determinata decisione in merito, non solo per quel che riguarda i processi di cura, ma anche per quel che concerne i procedimenti amministrativi, assicurativi e legali. Anche di tale punto di vista il manuale statunitense tiene conto nel definire il concetto di Disturbo Mentale: infatti, sempre nelle note introduttive, nella esplicitazione del concetto di disturbo mentale, viene affermato:

78 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *DSM-5. op. cit.*, p. 16.

79 A. FRANCES, *DSM in Philosophyland: Curiouser and Curiouser*. Bulletin of the Association for the Advancement of Philosophy and Psychiatry, 17(2), 2010 3-7. Consultato nel mese di settembre 2014 dal sito http://alien.dowling.edu/~cpering/aapp/bulletin_v_17_2/ Vol17N2.pdf, p. 5.

la diagnosi di un disturbo mentale dovrebbe avere utilità clinica: dovrebbe aiutare i clinici a stabilire la prognosi, i piani terapeutici e i risultati potenzialmente attesi dal trattamento per i propri pazienti⁸⁰.

In qualche modo, inoltre, come abbiamo visto, è proprio sulla base di un siffatto approccio «utilitaristico» che gli estensori di tale edizione del DSM sembra abbiano deciso di conservare la categoria relativa alle variazioni di genere, cercando allo stesso tempo di bilanciare la necessità di riduzione della stigmatizzazione della condizione derivata dall'associazione con l'area della malattia mentale e la necessità di assicurare il più possibile l'accesso gratuito alle 'cure'.

5) La posizione «nichilista» («*nihilist*»). Tale punto di vista, a cui prima già abbiamo fatto cenno, trova espressione all'interno della variegata costellazione *anti-psichiatrica*, ed ha goduto di numerosi favori soprattutto tra gli anni sessanta e settanta del secolo passato. Sebbene le motivazioni e le argomentazioni fossero diverse, tutti gli autori che si riconoscevano nel movimento tendevano a rigettare, in maniera più o meno radicale, la visione tradizionale della scienza psichiatrica^{81, 82, 83}. Thomas Szasz, probabilmente l'autore più noto a livello internazionale, affermava, ad esempio, che i disturbi mentali sono solo un *mito* della medicina, e che la psichiatria è una istituzione sociale esercitante un'azione di controllo e marginalizzazione di specifiche minoranze, camuffata da disciplina medica⁸⁴.

80 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA), *DSM-5. op. cit.*, p. 22.

81 D. ROSENHAN, *On being sane in insane places*. Sciences, 179, 1973, 250-258.

82 R. D. LAING E A. ESTERSON, *Sanity, madness and the family*. Harmondsworth, 1964-1970.

83 F. BASAGLIA, *Scritti*. Torino, 1953-1980.

84 Anche nel lavoro di J. PHILLIPS ET AL., *The six most essential questions in psychiatric diagnosis: a pluralogue part 1: conceptual and definitional issues in psychiatric diagnosis*. Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine, 7:3, 2012, che stiamo qui prendendo in considerazione, Szasz mantiene in maniera decisa la sua posizione critica verso la psichiatria ufficiale. Allo stesso tempo è degno di nota come l'autore americano abbia espresso notevoli perplessità, in maniera a tratti un po' paradossale, relativamente alla questione della completa demedicalizzazione della condizione transessuale, sia nella sua positiva recensione (1979) al celebre volume di Janice Raymond *'The transsexual empire'* (1979), sia, un anno dopo, nel suo *'Sex by prescription'* (Cfr: T. S. SZASZ, *The myth of mental illness*. American Psychologist, 15, 1960, 113-118; T. S. SZASZ, *Male and Female He Created Them: review of The Transsexual Empire: The Making Of The She-Male by Janice G. Raymond*. New York Times Book Review, June 10, 1979: 11, 39. Successivamente ristampato in: T. S. SZASZ, *The Therapeutic State*. Buffalo, 1984; T. S. SZASZ, *Sex by Prescription*. New York, 1980).

Ma allora, tenendo conto delle varie possibili posizioni descritte da Phillips et al., quale è quella più adeguata a render conto della natura dei disturbi mentali? Probabilmente, ad eccezione di quella “nichilista”, che pure in alcuni casi sembra avere le sue ragioni – e l’area delle disforie di genere ne è una dimostrazione – ognuna di esse, a nostro parere, sembra cogliere ed affermare qualcosa di effettivo, di condivisibile. Lo stesso DSM, come abbiamo visto, probabilmente giustamente, le ‘attraversa’. Che i disturbi mentali esistano sembra, infatti, fuori discussione. La follia, per dirla con Ludwig Binswanger⁸⁵, è sempre una forma di *esistenza mancata*⁸⁶, ma sembra quasi che, come abbiamo visto diceva Allen Frances e lo stesso DSM ribadisce, una definizione univoca ed universalmente valida, sembra sfuggire. Evidentemente, come affermato da Scott Lilienfeld e Lori Marino⁸⁷ in un loro celebre contributo, è per principio impossibile definire un insieme di condizioni necessarie e sufficienti perché una data condizione mentale possa essere considerata come ‘patologica’. Nelle loro parole il concetto

85 L. BINSWANGER, *Tre forme di esistenza mancata*. 1956, Tr. it. Milano, 1992.

86 In un nostro recente contributo (Cfr.: R. VITELLI, *Il Transessualismo Maschile e la Maschera: Una Lettura Daseinsanalitica*. In: R. VITELLI e P. VALERIO (a cura di). *Sesso e Genere: uno sguardo tra storia e nuove prospettive*. Naples: 2012), seguendo le preziose indicazioni forniteci al riguardo da Federico Leoni, facevano notare come, sebbene sia invalso nell’uso corrente tradurre la denominazione del testo binswangeriano del 1956, «*drei Formen missglückten Daseins*», con l’espressione «*tre forme di esistenza mancata*», il termine *missglückten* che compare nel titolo originale dell’opera ha in sé la radice *glück*, che, in realtà, significa felicità, ma non nel senso di una forma di gioia e allegria quasi conviviale, significato questo che invece in tedesco è reso dalla parola *froelichkeit*, quanto piuttosto nel senso di una felicità incontrata quasi per caso o per avventura, di una felicità che accade al soggetto come ‘*piovuta dal cielo*’. Ciò che si realizza, nelle “tre forme” descritte dallo psichiatra di Kreutzlingen, dunque, è il realizzarsi di un’esistenza che si pone come mancante, non in senso generico, ma come un’esistenza in cui ciò che viene a mancare è la possibilità d’incontro con la felicità, o a cui è mancata la felicità di un incontro. È, in fin dei conti, proprio questo il punto essenziale. «*Mancato*» qui significa un’esistenza a cui è mancata l’esperienza dell’incontro, della *transpassibilità* e della *transpossibilità* nel senso di Maldiney (Cfr.: H. MALDINEY, *Della transpassibilità*, 1991, Trad. it. Milano: 2007): un’esistenza mancata è chiusa, ed è mancata proprio perché ha mancato quel momento istitutivo della *eksistentia* che è data dalla particella *ek*, cioè quell’esser sempre rilanciati al di là di sé, nell’incontro con l’altro o col mondo. Non a caso, del resto, proprio Maldiney intravede nell’impiego binswangeriano del termine *missglückten* «un’allusione, in negativo, alla formula hegeliana della coscienza infelice» (Cfr.: H. MALDINEY, *Pensare l’uomo e la follia*. 1973, Trad. it. Torino, 2007).

87 S. LILIENFELD & L. MARINO, Mental disorder as a Roschian concept: A critique of Wakenfield’s ‘Harmful Dysfunction’ analysis. *Journal of Abnormal Psychology*, 104, 1995 411-20.

di disturbo mentale è un «*Concetto Roschiano*» («a *Roschian concept*»), qualcosa di molto vicino a quelle che Wittgenstein definiva «*somiglianze di famiglia*»⁸⁸. A parere del filosofo viennese nei paragrafi 66 e 67 delle sue *Ricerche Filosofiche*⁸⁹, per alcune categorie concettuali semplicemente è impossibile definire delle condizioni necessarie e sufficienti che possano essere considerate valide per tutti i membri della classe. Nell'esempio da egli portato, i giochi come quelli da scacchiera, di palla, i solitari, i girotondi, ecc., pur essendo tutti giochi, sono tra loro abbastanza diversi: la maggior parte di questi, infatti, ha delle regole, ma non tutti ne hanno; analogamente, la maggior parte è fonte di divertimento, ma non tutti lo sono, e così via. Invece di avere un unico tratto, comune a tutti i tipi di gioco, tra di essi sussistono piuttosto delle «*somiglianze*» che richiamano quelle che è possibile osservare tra i membri di una stessa famiglia. In una famiglia, infatti, non è possibile individuare un tratto che sia effettivamente a tutti comune; ciascuna coppia, piuttosto, in qualche modo, avrà qualcosa che

88 La denominazione "roschiano" deriva dall'opera di Eleanor Rosch, Professoressa di Psicologia presso la *University of California*, Berkeley, la quale, in una serie di lavori (Cfr.: E. ROSCH, *Principles of categorization*. In: E. ROSCH & B. LLOYD (a cura di), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, NJ, 1975; E. ROSCH, *Prototype classification and logical classification: The two systems*. In E. F. SCHOLNICK (a cura di), *New trends in conceptual representation: Challenges to Piaget's theory?*. Hillsdale, NJ: 1988) ha provveduto a rivedere l'interpretazione classica aristotelica delle categorie come definite da una serie di attributi, tutti necessari e sufficienti per definire l'appartenenza di un elemento alla categoria. Secondo la ricercatrice statunitense questo assunto può essere valido per i concetti artificiali, ma non lo è per la maggior parte delle categorie naturali: gli individui, infatti, affermano, utilizzano due fondamentali principi di categorizzazione quando hanno a che fare con i concetti naturali: il principio dell'economia cognitiva e quello della struttura del mondo percepito (Cfr.: E. ROSCH, *Prototype classification and logical classification: The two systems*. In E. F. SCHOLNICK (a cura di), *New trends in conceptual representation: Challenges to Piaget's theory?*. Hillsdale, NJ: 1988). Ai fini del nostro discorso è particolarmente importante il primo dei due, richiamandosi proprio alle considerazioni wittgensteniane: esso si riferisce alla tendenza ad ottenere, attraverso l'impiego delle categorie, il maggior numero di informazioni con il minimo dispendio di risorse cognitive. Certamente la massimizzazione della quantità di informazioni verrebbe ad essere raggiunta utilizzando quante più categorie possibili, fino all'estremo di un numero di concetti pari agli eventi del mondo. Ciò, tuttavia, produrrebbe un notevole dispendio cognitivo, ed in più le categorie perderebbero in tal modo completamente la loro utilità. Risulta quindi chiaro che, mentre da un lato è conveniente discriminare eventi diversi, è altresì opportuno unire gli stimoli sulla base delle loro *somiglianze*, nonostante le diversità che li contraddistinguono, in modo da poterli considerare come esemplari di una stessa classe.

89 L. WITTGENSTEIN, L., *Ricerche filosofiche*, 1953. Tr. it. Torino: 1967, 1995, 1999.

renderà simili due suoi membri; ciascuno, in altri termini, possiederà quella certa aria di famiglia, senza che però, appunto, sia possibile individuare un tratto comune a tutti i componenti di quest'ultima. Analoga situazione, affermano Scott Lilienfeld e Lori Marino, è quella riferibile al campo della patologia mentale. Perché una condizione possa contare come un disturbo mentale dipenderà dal grado di somiglianza con alcune condizioni considerate prototipiche, ad esempio la schizofrenia o la depressione psicotica. Condizioni psicologiche, espressive e comportamentali, che siano sufficientemente vicine a tali casi paradigmatici potranno essere considerate disturbi mentali, ma in generale, affermano gli autori, non esiste una regola precisa per stabilire la natura patologica di una data condizione.

Certamente le varianze di genere appaiono abbastanza distanti da tali casi paradigmatici, ma molte altre condizioni mentali chiaramente riconoscibili come 'patologiche' appaiono tali⁹⁰. Ed allora si torna al punto di partenza: ma come fare a stabilire se sia lecito includerle nei manuali nosografici psichiatrici? Non c'è niente da fare, la definizione del concetto di disturbo mentale sembra proprio inafferrabile, ineffabile, o, forse, per meglio dire, dicibile in molti modi. Ed allora, almeno per questo caso specifico del funzionamento e dell'espressività psichica, il criterio pragmatico, in fin dei conti adottato da Jack Drescher, Peggy Cohen-Kettenis e Sam Winter nell'articolo prima citato, sembra proprio dover avere ragione sugli altri. Del resto come fare a non essere d'accordo – ripetiamo facendo riferimento allo specifico campo delle varianze di genere – con quanto detto alcuni anni fa da Stein e coll.⁹¹:

Nel decidere di aggiungere una nuova condizione psichiatrica o la rimozione di una precedentemente inclusa, occorre considerare i possibili benefici derivanti da tale operazione (ad esempio, una migliore possibilità di cura del paziente o l'incentivazione di nuova ricerca), stando attenti a che questi siano superiori ai danni potenzialmente prodotti (ad es., il dolore inflitto a particolari individui, o l'impiego improprio di tali categorie)⁹².

90 La proposta di Lilienfeld & Marino, è bene ricordarlo, è stata da più parti criticata, non ultimo per la vaghezza che la verrebbe a caratterizzare: su tale argomento, cfr.: J. WAKEFIELD, *Evolutionary versus Prototype Analyses of the concept of disorder*. *Journal of Abnormal Psychology*, 108, 1999, 374-99; R. COOPER, *Psychiatry and philosophy of science*. Stocksfield, 2007.

91 D.J. STEIN, K. A. PHILLIPS, D. BOLTON, K.W.M. FULFORD, J. Z. SADLER & K.S. KENDLER, What is a mental/psychiatric disorder? From DSM-IV to DSM-V. *Psychological Medicine*, 40, 11, 2010 1759-1765.

92 *Ibidem*, p. 1761.

Il mantenimento delle varianze di genere all'interno dell'ICD in un capitolo diverso da quello dei disturbi mentali potrà sicuramente assicurare la gratuità delle 'cure'; le consulenze psichiatriche potranno essere utili per *escludere* la presenza di disturbi mentali ma non per diagnosticarne uno, quelle psicologico-cliniche potranno assicurare a quanti dovessero decidere di sottoporsi ad interventi medico-chirurgici di avvalersi di un percorso di accompagnamento lungo un percorso che, effettivamente, non sempre è semplice.

5. Come affermato da Meyer-Bahlburg «senza ombra di dubbio, resta sempre aperta la questione se lo stigma sociale [associato alle varianze di genere] sia effettivamente associato all'etichetta psichiatrica e non piuttosto alla atipicità di genere osservabile»⁹³. Tale osservazione ci sembra decisamente pertinente: siamo proprio certi – viene infatti da chiedersi – che la società contemporanea sia davvero pronta per (ri)accogliere i soggetti con varianza di genere come una possibilità declinativa dell'esistente umano al di fuori del discorso psichiatrico? È davvero sufficiente una derubricazione di tali condizioni dai manuali?

D'altra parte una sia pur breve analisi del dispositivo psichiatrico porta con sé anche un'altra serie di considerazioni. La questione, infatti, non è solo quella della linea di confine tra normalità e patologia da esso arbitrariamente tracciata, ma anche quella di una sua assunzione per lo più inconsapevole da parte del singolo: in altre parole, ciò che in questi casi, in realtà come in molti altri casi, viene a manifestarsi è la molteplice capacità performativa dello stesso gesto psichiatrico. Se, come ricordava Jean Paul Sartre «il possibile più individuale è solo l'interiorizzazione e l'arricchimento di un possibile sociale»⁹⁴, i dispositivi discorsivi psichiatrici si pongono quale luogo di produzione primaria di un siffatto *possibile*. Come scriveva Pier Aldo Rovatti: «è l'individuo stesso che trova, nella cultura terapeutica che lo interpella, tutti gli elementi discorsivi (con i loro effetti pratici e sociali) per costruire la propria identità di soggetto»⁹⁵. Nello specifico, la messa in circolo entro lo spazio simbolico del significante transessuale ha sicuramente prodotto, e produce ancor'oggi, effetti su quei processi attraverso cui alcuni soggetti vengono a mettere in forma i propri stessi vissuti interiori, a renderli comprensibili a sé ed agli altri⁹⁶. Se l'iden-

93 H.F.L. MEYER-BAHLBURG, 2010, *op. cit.*, p. 8.

94 J. P. SARTRE, *Critica della Ragione dialettica*, 1960, Tr. it. Milano, 1963, p. 80.

95 P. A. ROVATTI, *La filosofia può curare? La consulenza filosofica in questione*. Milano, 2006, pp. 26-27.

96 La stessa comunità transessuale sembra funzionare, sia pure inconsapevolmente, come importante cinghia di trasmissione per la diffusione del sapere psichiatrico,

tà soggettiva è, in fin dei conti, al crocevia di dimensione ante-predicative e predicative della coscienza, l'effetto del racconto che ciascuno fa a sé di sé, un'identità narrativa appunto^{97, 98, 99}, i soggetti con varianza di genere, lungi dal potersi risolvere in una originaria, ingenua e, a dire il vero, piuttosto misteriosa, 'naturalità' della condizione, sembrano, dunque, piuttosto esistere anche in forza di quel sapere psichiatrico che pure avversano: è da quest'ultimo, infatti, che essi hanno prelevato e prelevano canoni, stili e registri narrativi. Parafrasando Daniel Dennett, essi costruiscono oggi, sia pure inconsapevolmente, il proprio '*centro di gravità narrativa*'¹⁰⁰ intorno

valorizzando, in coloro che vengono ad entrarvi in contatto ravvisando entro di sé la presenza di vissuti di incertezza rispetto alla propria identità di genere, quei punti del loro racconto maggiormente congruenti con le descrizioni delle condizioni di varianza di genere allestiti in seno a tale sapere (Cfr.: D. MASON-SCHROCK, *Transsexuals' Narrative Construction of the "True Self"*. *Social Psychology Quarterly*, 59(3), 1996, 176-192; D. P. SCHROCK, e L. L. REID, *Transsexuals' Sexual Stories*. *Archives of Sexual Behavior*, 35(1), 2006, 75-86). Ancor più rilevante, tuttavia, sembra essere l'azione dei mass media: Colette Chiland, a tale ultimo proposito, riallacciandosi ad analoghe considerazioni già precedentemente formulate da Janice Raymond (Cfr.: J. G. RAYMOND, *The transsexual Empire*. Boston, 1979), parla di '*effetti mediagenetici*' (Cfr.: C. CHILAND, *Transsexualism: illusion and reality* (English Trans. by P. Slotkin.). Middletown – CT, 1997), proprio per spiegare la sempre maggiore incidenza della condizione transessuale osservata negli ultimi anni. Al di là dei cambiamenti di denominazione, il significante *transessuale*, è certamente quello che principalmente sembra essersi imposto. Sulla base di esso moltissime persone, oggi, risignificano i propri vissuti, chiedendo alla Scienza di Medica di intervenire per riallineare le sembianze del corpo sessuato ai propri vissuti di appartenenza di genere. È verosimilmente, dunque, a proprio in ragione della sempre più ampia disseminazione di tale significante che quelle modalità che per secoli hanno consentito ai soggetti di trovare un proprio posto entro il discorso sociale, *femminielli*, *Hijras*, giusto per fare qualche esempio, sembrano oggi scomparire: la Scienza impone il proprio sapere, producendo nuove soggettività, nuovi modi di dire di sé.

97 P. RICOEUR, *Tempo e racconto*, III, 1983. Tr. it. di G. Grampa, Milano, 1986.

98 P. RICOEUR, *Sé come un altro*, 1990, Tr. It di D. Iannotta, Milano, 1993.

99 D. DENNETT, *Coscienza: che cosa è?*, 1991, Tr. it. Milano, 1993.

100 Scrive Dennett: «Noi [...] siamo quasi costantemente impegnati a presentare noi stessi agli altri, e a noi stessi, e quindi a *rappresentare* noi stessi – tramite il linguaggio e i gesti, internamente ed esternamente. [...] Il nostro ambiente umano non contiene solo cibo e rifugi, nemici da combattere o evitare, cospecifici con cui accoppiarsi, ma parole, parole, parole. Queste parole sono elementi potenti del nostro ambiente che noi prontamente incorporiamo, ingeriamo, secerniamo, e che intrecciamo come ragnatele in sequenze *narrative* auto-protettive [...]. La nostra tattica fondamentale di auto-protezione, di auto-controllo e di auto-definizione non è quella di tessere ragnatele o costruire dighe, ma quella di raccontare storie, e più in particolare di architettare e controllare la storia che raccontiamo agli altri

ed in forza di tale sapere. Ora, se da una parte v'è da dire che la centratrice esclusiva intorno a tale 'centro di gravità' può sicuramente, almeno in alcuni casi, coartare le varietà dell'esperienza di vita¹⁰¹, dall'altra, in qualche modo, con tale assunzione acritica ed inconsapevole, finisce per giungere ad essi, come un'eco mortifera, anche l'idea dell'esistenza entro di sé di qualcosa di sbagliato, di deviante, di patologico. Insomma l'ombra dello stigma e del pregiudizio connessi alla malattia mentale finisce per calare su di essi: sarà, infatti, mica un caso che, come testimoniato da numerose ricerche, i tassi di prevalenza di ideazione parasuicidaria e

– e a noi stessi – su chi siamo. E proprio come i ragni non devono pensare, consciamente e deliberatamente, su come tessono le loro ragnatele; e come i castori, a differenza degli esseri umani ingegneri di professione, non pianificano consciamente e deliberatamente le strutture che costruiscono, noi (a differenza dei narratori umani *di professione*) non immaginiamo consciamente e deliberatamente quali narrazioni raccontare e come raccontarle. I nostri racconti vengono tessuti, ma per lo più noi non li tessiamo; essi ci tessono. La nostra coscienza umana – e la nostra individualità narrativa – è un loro prodotto, non la loro fonte. È *come se* queste sequenze o flussi narrativi provenissero da un'unica fonte – non soltanto nell'ovvio senso fisico di fluire da una sola bocca, o da una sola penna o matita, ma in un senso più sottile: hanno l'effetto di incoraggiare qualunque pubblico a (tentare di) postulare un agente unitario a cui appartengono le parole, a cui esse si riferiscono; in breve a postulare un centro di gravità narrativa» (*Ibidem*, p. 464). Qualche pagina più avanti, il filosofo statunitense aggiunge: «[...] i sé non sono anime-perle che esistono indipendentemente, ma risultati dei processi sociali che si creano e, come altri prodotti del genere, soggetti a improvvisi cambiamenti di status. L'unico "momento" che ottimizza la traiettoria di un sé [...] è la stabilità conferitagli dalla rete di credenze che lo costituisce». (D. DENNETT, *Coscienza: che cosa è?* 1991, Tr. it. Milano, 1993, p. 471) Relativamente alla sua nozione di *centro di gravità narrativa*, ancora poche pagine più avanti, infine, egli scrive: «Secondo la mia teoria, un sé non è un punto matematico, ma un'astrazione definita dalle miriadi di attribuzioni e interpretazioni (incluse le auto attribuzioni e le auto-interpretazioni) che hanno composto la biografia del corpo vivente di cui è il Centro di Gravità Narrativa.» (D. DENNETT, *Coscienza: che cosa è?* 1991, Tr. it. Milano, 1993, p. 474)

101 R. VITELLI, 2015, *op. cit.*

condotte suicide^{102, 103, 104, 105}, così come di disturbi dello spettro ansioso e depressivo^{106, 107, 108, 109} siano oggi particolarmente elevati tra quanti vengano a vivere tali condizioni?

Come abbiamo cercato di mostrare nel presente contributo, la strada per la depistichizzazione della condizione sembra ormai ampiamente tracciata, ma, almeno a nostro avviso, resta incerto se tale operazione sarà effettivamente in grado di eliminare lo stigma che grava su di essa. In fondo il rigetto, la marginalizzazione se non addirittura l'odio manifestato a livello sociale nei confronti dei soggetti con varianza di genere non è se non una delle molte modalità con cui la società contemporanea sembra voler espungere, rigettare le differenti forme di diversità. Ciò che oggi c'è, dunque, da auspicare è un vero e proprio rivolgimento spirituale, ciò verso cui occorre puntare è una società diversa, o per meglio dire una società che faccia della diversità qualcosa di prezioso; del suo riconoscimento ed accoglimento, un dovere di ciascuno.

-
- 102 G. P. KENAGY, *Transgender Health: Findings from Two Needs Assessment Studies in Philadelphia*. *Health & Social Work*, 30(1), 2005 19–26.
 - 103 K. CLEMENTS-NOLLE, R. MARX, R. GUZMAN & M. KATZ, *HIV prevalence, risk behaviors, health care use, and mental health status of transgender persons: implications for public health intervention*. *American Journal of Public Health*, 91(6), 2001, 915–921.
 - 104 C. DHEJNE, P. LICHTENSTEIN, M. BOMAN, A. JOHANSSON, N. LÄNGSTRÖM, *Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: Cohort study in Sweden*. *PLoS ONE*, 6(2), 2011.
 - 105 H. ASSCHEMAN, E. J. GILTAY, J. A. J. MEGENS, W. DE RONDE, M. A. A. VAN TROTSSEN-BURG & L. J. G. GOOREN, *A long-term follow-up study of mortality in transsexuals receiving treatment with cross-sex hormones*. *European Journal of Endocrinology*, 164(4), 2011, 635–642.
 - 106 U. HEPP, U. KRAEMER, N. SCHNYDER, N. MILLER & A. DELSIGNORE, *Psychiatric comorbidity in Gender Identity Disorder*. *Journal of Psychosomatic Research*, 58, 2005, 259–261.
 - 107 W. O. BOCKTING, M. H. MINER, R. E. SWINBURNE ROMINE, A. HAMILTON & E. COLEMAN, *Stigma, mental health, and resilience in an online sample of the US transgender population*. *American Journal of Public Health*, 103(5), 2013, 943–951.
 - 108 K. CLEMENTS-NOLLE, R. MARX, R. GUZMAN & M. KATZ, 2001, *op. cit.*
 - 109 G. HEYLENS, E. ELAUT, P. B. C. KREUKELS, M.C.S. PAAP, S. CERWENKA, H. RICHTER-APPELT & al., *Psychiatric characteristics in transsexual individuals multicentre study in four European countries*. *British Journal of Psychiatry*, 204, 2013, 151–156.

PAOLO VALERIO, FABIANA SANTAMARIA

BAMBINI E ADOLESCENTI CON VARIANZE DI GENERE: QUESTIONI E DILEMMI

«Arriva in Italia il trattamento ormonale per cambiare sesso ai bambini. Delirio di onnipotenza» (Tempi, 2013). «Cambio di sesso. Proposta shock: blocchiamo la pubertà e indirizziamola» (Corriere fiorentino, 2013). «Cambio di sesso. Bloccare la pubertà nei bambini? una manipolazione biologica» (La Nazione, 2013). Con questi e altri titoli, apparsi su alcune testate giornalistiche qualche anno fa, le attuali questioni relative alle varianze di genere sono diventati temi sui quali anche i media hanno cominciato ad interrogarsi sollevando questioni etiche sulle quali la Comunità Scientifica internazionale già dibatte da alcuni anni.

Ma cosa sono le varianze di genere? Con tale termine si vuole indicare, in un'ottica depatologizzante, che al di là della classica dicotomia genderista che considera i generi esistenti solamente due, maschile e femminile, vi possano esistere numerose varianze, definite appunto varianze di genere^{1, 2}. I bambini e gli adolescenti *gender variant* sono, quindi, persone la cui modalità di espressione del genere differisce da ciò che ci si aspetterebbe da loro in base al sesso biologico a cui vengono assegnati alla nascita. In quest'ottica, le varianze di genere possono essere viste come condizioni nelle quali, nel corso dello sviluppo psicosessuale del bambino/adolescente, si osserva una organizzazione dell'identità di genere atipica³. I bambini e gli adolescenti che percepiscono la propria identità di genere incongrua rispetto al proprio corpo e al ruolo di genere al quale dovrebbero conformarsi possono essere, per questo motivo, infelici per le caratteristiche fisiche e le funzioni sessuali del proprio corpo ed esprimere il desiderio di essere riconosciuti come appartenenti all'altro genere; possono preferire

-
- 1 F. SANTAMARIA & P. VALERIO, Bambini e adolescenti intersessuali: quali dilemmi? in *La Camera Blu*, n° 9, 2013, 52-65.
 - 2 F. SANTAMARIA, A. DELLI VENERI, I. PARISI & P. VALERIO, *Accettare l'impensabile. Riflessioni sul lavoro psicologico con genitori di bambini e adolescenti gender variant*. In *Minori e Giustizia* n°3, 2014, 29-36.
 - 3 D. DI CEGLIE, *Straniero nel mio corpo*, Milano, 2004.

abiti, giocattoli e giochi che comunemente sono associati all'altro genere, così come amicizie dell'altro genere. A queste caratteristiche si aggiungono difficoltà a livello emotivo e comportamentali conseguenti al loro disagio e un'enorme sofferenza per la propria condizione particolarmente in adolescenza, a causa dei cambiamenti di un corpo che non accettano e che ritengono responsabile di tutte le loro sofferenze. La cristallizzazione di tali caratteristiche, così come la presenza di alcuni criteri specifici per una durata di almeno 6 mesi, consente di porre una diagnosi di disforia di genere nel bambino o disforia di genere nell'adolescente.⁴

Una delle domande nelle quali ci si imbatte più di frequente è se *gender variant* si nasce o si diventa. In realtà, sebbene numerose ricerche abbiano cercato, e cerchino tutt'ora, di individuare i fattori plausibilmente implicati nelle variazioni di genere, ancora non si è giunti a riconoscere univocamente delle cause. Come rilevato, ad esempio, da Zucker⁵ rispetto ai fattori genetici,

4 Tale definizione è presente nel Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) che, di recente, è giunto alla sua quinta versione (DSM-5). Per quanto riguarda la diagnosi di disforia di genere nei bambini, vi sono alcuni criteri specifici necessari affinché vi si possa porre tale diagnosi:

A. Una marcata incongruenza tra il genere esperito/espresso da un individuo e il genere assegnato, della durata superiore ai 6 mesi, che si manifesta attraverso almeno sei dei seguenti criteri (di cui uno deve essere necessariamente il Criterio A1):

A1. Un forte desiderio di appartenere al genere opposto o insistenza sull'appartenere al genere opposto (o a un genere alternativo diverso dal genere assegnato);

A2. Nei bambini, una forte preferenza per il travestimento con abbigliamento tipico del genere femminile o per la simulazione dell'abbigliamento femminile; nelle bambine, una forte preferenza per l'abbigliamento tipicamente maschile e una forte resistenza a indossare abbigliamento tipicamente femminile;

A3: Una forte preferenza per i ruoli tipicamente legati al genere opposto nei giochi del "far finta" o di fantasia;

A4: Una forte preferenza per giocattoli, giochi o attività stereotipicamente utilizzati o praticati dal genere opposto;

A5: Una forte preferenza per compagni di gioco del genere opposto;

A6: Nei bambini, un forte rifiuto per giocattoli, giochi e attività tipicamente maschili, e un forte evitamento dei giochi in cui ci si "azzuffa"; nelle bambine, un forte rifiuto per giocattoli, giochi e attività tipicamente femminili;

A7: Una forte avversione per la propria anatomia sessuale;

A8: Un forte desiderio per le caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie corrispondenti al genere esperito.

B. La condizione è associata a sofferenza clinicamente significativa o a compromissione del funzionamento in ambito sociale, scolastico o in altre aree importanti.

5 K. ZUCKER, Il Disturbo dell'identità di genere in età evolutiva. In P. VALERIO, R. VITELLI, R. ROMEO & P. FAZZARI, *Figure dell'identità di genere. Uno sguardo tra*

sebbene numerosi lavori abbiano dimostrato la loro rilevanza nel determinare una varianza di genere, non è possibile attribuire un grande peso alle evidenze offerte da questi studi. Secondo Zucker, infatti, sebbene gli studi di genetica molecolare offrano un panorama altamente suggestivo per i potenziali sviluppi della ricerca, fornendo dei risultati che si pronunciano a favore di una componente *familiare*, c'è ancora molta strada da fare, poiché molti fenomeni restano ancora inspiegati. Rispetto ai fattori psicosociali implicati, sicuramente particolari dinamiche familiari possono influire sulla strutturazione dell'identità di genere, sebbene non vi siano ancora, anche in questo caso, dati certi⁶. Non va tralasciato, infine, quanto sostenuto da Boncinelli⁷ che ritiene che alla strutturazione cerebrale concorrano componenti complesse e di diversa natura, che investono il piano biologico-ormonale, quello socio-culturale, un livello psicologico profondamente fantasmatico che attiene agli scambi relazionali tra il bambino e i suoi genitori e, non ultimo, un fattore di tipo casuale, che attiene a eventi casuali presenti nella primissima infanzia del bambino che incidono sulla sua struttura cerebrale e, di conseguenza, a nostro parere, potrebbero incidere anche sulla strutturazione della sua identità di genere.

E rispetto all'evoluzione della varianza di genere? Per quanto riguarda l'età evolutiva, numerosi studi, condotti prevalentemente su bambini *gender variant*^{8, 9, 10} e l'esperienza clinica, hanno riscontrato una maggiore fluidità e variabilità negli esiti finali. Solo una piccola percentuale, 6-23%

psicologia, clinica e discorso sociale, 2013, 17-33.

6 K. ZUCKER, Il Disturbo dell'identità di genere in età evolutiva. In P. VALERIO, R. VITELLI, R. ROMEO & P. FAZZARI, *Figure dell'identità di genere. Uno sguardo tra psicologia, clinica e discorso sociale*, 2013, 17-33.

7 E. BONCINELLI, *La vita della nostra mente*, 2011

8 D. DI Ceglie, *Straniero nel mio corpo*, Milano, 2004.

9 K. ZUCKER, Il Disturbo dell'identità di genere in età evolutiva. In P. VALERIO, R. VITELLI, R. ROMEO, P. FAZZARI, *Figure dell'identità di genere. Uno sguardo tra psicologia, clinica e discorso sociale*, 2013, 17 ss.

10 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

di bambini e 12-27% di bambine^{11, 12, 13, 14, 15}, persiste in età adulta con l'idea di voler cambiare il proprio genere, il resto presenterà o un orientamento omosessuale oppure un orientamento eterosessuale con un'identità di genere conforme al proprio sesso biologico^{16, 17, 18}. Ciò significa che la varianza di genere nella maggior parte dei bambini non persisterà in adolescenza e questi bambini sono indicati come *desisters*¹⁹. Non vi è, tuttavia, alcun modo, allo stato attuale, per prevedere l'esito finale delle varianze di genere, sebbene la persistenza in adolescenza possa rappresentare un valido indizio di persistenza anche in età adulta. Tali persone non riconoscendosi nel genere attribuito loro alla nascita, talvolta possono richiedere di effettuare un lungo e delicato iter che le porterà a modificare il proprio sistema ormonale, i propri caratteri sessuali primari e secondari e i propri dati anagrafici per essere riconosciute come appartenenti al genere che sentono proprio fin dall'infanzia e per adeguarsi al rigido binarismo di genere imposto dalla società.

Rispetto all'età evolutiva vi sono alcune questioni etiche sulle quali le Comunità scientifica e sociale dibattono già da alcuni anni: l'approccio

-
- 11 P.T. COHEN-KETTENIS, Gender identity disorder in DSM. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 40 (4), 2001.
 - 12 D. DI Ceglie, *Straniero nel mio corpo*, Milano, 2004.
 - 13 K.D. DRUMMOND, S.J. BRADLEY, M. PETERSON-BADALI & K.J. ZUCKER, A follow up study of girls with gender identity disorder. *Developmental Psychology*, 44 (1), 2008, 34-45.
 - 14 K. ZUCKER, Il Disturbo dell'identità di genere in età evolutiva. In P. VALERIO, R. VITELLI, R. ROMEO, P. FAZZARI, *Figure dell'identità di genere. Uno sguardo tra psicologia, clinica e discorso sociale*, 2013, 17 ss.
 - 15 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.
 - 16 D. DI Ceglie, *Straniero nel mio corpo*, Milano, 2004.
 - 17 K. ZUCKER, Il Disturbo dell'identità di genere in età evolutiva. In P. VALERIO, R. VITELLI, R. ROMEO & P. FAZZARI, *Figure dell'identità di genere. Uno sguardo tra psicologia, clinica e discorso sociale*, 2013, 17 ss.
 - 18 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.
 - 19 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

psicologico-clinico alle varianze di genere e l'uso dei bloccanti ipotalamici con conseguente blocco della pubertà.

Per quanto riguarda l'approccio psicologico-clinico, l'*APA Task force*²⁰, qualche anno fa, aveva delineato i 3 principali approcci al trattamento delle varianze di genere²¹.

Il primo approccio era utilizzato in Canada da Zucker e collaboratori, era denominato «normativo» e lavorava con i minorenni e i genitori per ridurre la varianza di genere e limitare i comportamenti e le identificazioni *transgender*²². Il secondo approccio, utilizzato in Olanda, ad Amsterdam, dal gruppo della Cohen Kettenis, era denominato «aspetta e osserva». Secondo questo approccio non veniva messo in atto alcun tentativo direttamente finalizzato a ridurre la varianza di genere o a limitare i comportamenti atipici di genere. Il terzo approccio, infine, utilizzato in California, a San Francisco, dal gruppo della Ehrensaft, era denominato «affermativo» e consisteva nell'accogliere e sostenere le identificazioni *cross gender* del bambino o della bambina. Vediamo, ora, questi tre approcci più nello specifico.

L'approccio «normativo», attualmente non più applicato, si basava sull'assunto che l'integrazione sociale e le relazioni positive con i coetanei dello stesso sesso potessero migliorare l'autostima e ridurre le probabilità che la varianza di genere persistesse in adolescenza e divenisse Disforia di genere in età adulta. Secondo questo approccio, la persistenza era considerata un esito non auspicabile a causa dello stigma sociale e, in età adulta, dei rischi e dei costi legati alle procedure ormonali e chirurgiche. Non essendovi, tuttavia, evidenze empiriche volte a sostenere questo approccio basato sulla prevenzione della persistenza e soprattutto non essendo ritenuto etico, dopo accese polemiche che hanno portato al licenziamento

20 American Psychological Association

21 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

22 Il termine *Transgender* è utilizzato per indicare tutte quelle persone che non si riconoscono nel binarismo di genere, ovvero nel modello dicotomico maschio/femmina che la società impone, travalicando così ruoli ed atteggiamenti legati al proprio genere e non producendo alcuna domanda di modificazione dei caratteri sessuali primari o secondari. In sostanza, questo termine viene utilizzato per descrivere tutte quelle persone che non sentono di rientrare nei modelli socioculturali, rigidamente imposti, di mascolinità e femminilità. Per estensione, oggi viene anche utilizzato per riferirsi a tutte quelle condizioni di non-congruenza tra sesso e genere (transessuali, cross-dresser o travestiti, drag-queen, drag-king, ecc.), assumendo la valenza di un termine «ombrello».

dello stesso Zucker che per anni era stato fautore di questo approccio terapeutico, esso non è stato più riconosciuto valido. Attualmente, quindi, sono ufficialmente riconosciuti e utilizzati solo gli altri due approcci.

L'approccio «aspetta e osserva» presuppone che la varianza di genere presente nell'infanzia di solito non persista in adolescenza, ma che non vi sono indicatori affidabili che consentano di stabilire se essa persisterà. Per questo motivo è un approccio neutrale verso l'identità di genere e non si prefigge alcun obiettivo terapeutico; permette, infatti, lo svolgersi naturale del percorso di sviluppo dell'identità di genere, senza perseguire o incoraggiare un *outcome* specifico. Tale approccio presuppone che l'autostima possa essere danneggiata comunicando al bambino che i suoi gusti, comportamenti e modi di fare sono in qualche modo intrinsecamente sbagliati. Per tale motivo sono utilizzati interventi combinati rivolti al bambino, all'adolescente, ai genitori e alla comunità al fine di sostenere il bambino/adolescente nel fronteggiare i potenziali rischi sociali²³.

L'approccio «affermativo» sostiene la transizione *cross gender* dei bambini in età prepuberale. Esso è basato sull'assunto che alcuni esiti *transgender* siano prevedibili, per tale motivo qualora si riscontri una varianza di genere in un bambino, i clinici e i genitori possono valutare se favorire una precoce transizione sociale. Alla base di tale decisione vi è l'assunto che la transizione sociale non prevede alcun intervento medico e, quindi, qualora il bambino voglia tornare indietro, può tornare tranquillamente al genere originariamente assegnato. Se, invece, l'identificazione *cross-gender* persiste, è possibile effettuare la transizione attraverso trattamenti endocrini per rimandare la pubertà e impedire lo sviluppo dei caratteri sessuali secondari indesiderati. Non vi sono attualmente ricerche empiriche che dimostrino l'innocuità della transizione sociale da un ruolo di genere a un altro o, dopo l'eventuale scomparsa della varianza di genere, l'innocuità della transizione nella direzione opposta²⁴.

Ad eccezione dell'approccio normativo, data l'assenza di forti dati empirici relativi al miglior trattamento clinico con bambini e bambine *Gender*

23 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

24 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

Variant, ognuno dei tre approcci terapeutici delineati ha sollevato delicate questioni etiche:

È corretto utilizzare l'attività clinica per prevenire la Disforia di Genere? Tale questione, sollevata rispetto all'approccio normativo, ripropone gli antichi dilemmi etici relativi alle «terapie riparative» per le persone omosessuali²⁵ che, attualmente, tutte le maggiori organizzazioni per la salute mentale ritengono inutili se non addirittura potenzialmente dannose.

Dovrebbe essere detto ai genitori che un trattamento psicologico potrebbe ridurre il tasso di persistenza o prevenire la Disforia di Genere o c'è il rischio che si possano alimentare nei genitori false speranze?

È corretto orientare lo sviluppo del bambino sostenendo una posizione di genere variante?

Quali sono le implicazioni etiche del ritardare la transizione sociale in bambini che persistono nella loro varianza di genere?

Quali sono le implicazioni etiche legate al permettere una precoce transizione in bambini che desistono?²⁶

Tali questioni, ancora aperte, rendono molto complesso il lavoro clinico con queste persone e con le loro famiglie, soprattutto in adolescenza.

In Italia, in linea con quanto riscontrato in altri Paesi, stiamo osservando, da circa una decina d'anni, nelle cliniche specializzate nell'identità di genere, un notevole incremento di richieste di consultazione psicologica da parte di adolescenti con variazioni di genere e loro genitori.

A Napoli, presso l'Unità Operativa Complessa di Psicologia dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II", da più di vent'anni è attivo un gruppo di ricerca – intervento sulle disforie di genere²⁷.

L'incremento di richieste di consultazione psicologica da parte di adolescenti *gender variant* ci ha portato, nel 2005, ad interrogarci se era necessario riadattare il modello di intervento, che ci aveva guidato nel corso degli anni, a questa particolare e, talvolta, difficile nuova tipologia di uten-

25 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

26 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

27 P. VALERIO, M. BOTTONE, R. GALIANI & R. VITELLI, *Il transessualismo. Saggi psicoanalitici*, Milano, 2001.

za che si trovava ad attraversare questa fase evolutiva già di per sé molto complessa.

Fino ad oggi sono state seguite 87 famiglie, per lo più di adolescenti tra i 15 e i 18 anni MtF²⁸, che ci hanno consentito di ipotizzare un modello di intervento costruito a partire dai contenuti che adolescente e genitori hanno presentato durante i colloqui psicologici, in un percorso di progressiva *risignificazione* che finisce per investire direttamente gli aspetti della vita quotidiana.

Secondo il nostro approccio, in un'ottica depatologizzante²⁹, le variazioni di genere si potrebbero inscrivere in una delle possibili variazioni dei processi evolutivi. Ciò significa che l'attenzione dell'operatore dovrebbe essere sempre rivolta alla peculiare storia del singolo individuo, più che a modificare i suoi comportamenti. È in questa prospettiva che intendiamo inquadrare l'intervento psicologico con adolescenti *gender variant* ed è in questa prospettiva che condividiamo l'approccio olandese «aspetta e osserva» ritenendo fondamentale il sostegno psicologico a bambini e adolescenti *gender variant* e ai loro genitori qualunque decisione essi vogliano prendere.

Per quanto riguarda la seconda questione etica sulla quale si dibatte attualmente, relativa all'uso dei bloccanti ipotalamici e il conseguente blocco della pubertà, essi rientrano tra gli attuali trattamenti alle variazioni di genere in fase pre-puberale. Ma quali sono gli attuali interventi previsti per le variazioni di genere in pre-adolescenti e adolescenti?

Qualora si riscontri una persistenza della varianza di genere, dopo una lunga e completa valutazione degli aspetti psicologici, familiari e sociali, di durata variabile, così come secondo le linee guida internazionali del WPATH³⁰, è possibile anche per i pre-adolescenti *Gender Variant* iniziare ad intraprendere un percorso di transizione stadiale che si può dividere in interventi:

Completamente reversibili: comportano l'uso di GnRH-analoghi, bloccanti ipotalamici, ovvero di ormoni che sopprimono la produzione di estrogeni o testosterone ritardando così i cambiamenti fisici della pubertà.

28 Persone biologicamente maschi che desiderano effettuare un percorso psicologico, ormonale ed eventualmente chirurgico per adeguare il loro sesso al genere femminile a cui sentono di appartenere.

29 C. BALLARIN, *Eschimesi in amazzonia*, Milano, 2013.

30 WPATH è l'acronimo di *World Professional Association for Transgender Health*. È un'associazione professionale ed interdisciplinare *no profit* che si occupa, a livello internazionale, della salute psico-fisica delle persone transessuali e transgender.

Parzialmente reversibili: comprendono la terapia ormonale per mascolinizzare o femminilizzare il corpo, i cosiddetti ormoni *cross gender*.

Irreversibili: Si tratta di procedure chirurgiche volte ad una Riattribuzione Chirurgica del Sesso (RCS) che possono essere intraprese solo con la maggiore età.

Naturalmente interventi su minorenni, sebbene stadiali, hanno sollevato un delicato dibattito etico, scientifico e sociale basato in particolare sul rispetto di 3 principi: autodeterminazione, non arrecare danno e benefici per la persona³¹.

Attualmente una delle principali questioni sulle quali dibatte la comunità scientifica e sociale è relativa all'utilizzo dei bloccanti ipotalamici.

La somministrazione di tali ormoni prima del sopraggiungere della pubertà, bloccando la produzione di estrogeni o testosterone e portando il pre-adolescente in una condizione di neutralità, prima di tutto avrebbe la funzione di fornire al giovane, alla famiglia e agli operatori sanitari tempo e spazio psicologico per comprendere quale sia la migliore strada per quel ragazzo. Impedirebbe, inoltre, momentaneamente lo sviluppo dei caratteri sessuali secondari con alcune conseguenze sul piano fisico (riduzione degli interventi estetici e maggiore semplicità per un eventuale futuro intervento chirurgico di riattribuzione del sesso, come vedremo successivamente esclusivamente per le persone FtM), ma soprattutto sul piano psicologico (miglior adattamento e più sereno sviluppo della propria identità, soprattutto i quei casi di pre-adolescenti che vivono con una tale ansia i cambiamenti di un corpo che non accettano da rischiare di mettere in atto tentativi di suicidio).

Il blocco della pubertà può continuare per qualche anno, generalmente fino ai 16 anni circa, momento in cui l'adolescente può decidere o di sospendere tutte le terapie ormonali e di proseguire il proprio sviluppo secondo il genere concorde al proprio sesso biologico o di transitare verso un regime ormonale femminilizzante/mascolinizzante assumendo i cosiddetti ormoni *cross gender*.

È importante specificare che il blocco puberale non porta inevitabilmente alla transizione sociale o alla riassegnazione chirurgica del sesso, che si considera possa essere transitorio e, soprattutto reversibile, a differenza delle terapie ormonali femminilizzanti o mascolinizzanti che, invece, si

31 B.S. ABEL, *Hormone Treatment of Children and Adolescents with Gender Dysphoria: An Ethical Analysis*. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

dovrebbero iniziare quando la persona è sicura di voler cambiare genere³². Come emerso da un recente seminario dal titolo «Thinking and doing. Dilemmi attuali nella gestione dell'intervento nella fase iniziale della pubertà in disforia di genere» organizzato nel 2015 a Torino dall'ONIG (Osservatorio Nazionale Identità di Genere) tenuto da esperti colleghi anglosassoni del calibro di Domenico Di Ceglie e Polly Carmichael, vi sono, tuttavia, allo stato attuale, ancora molte perplessità. L'assenza di ricerche a lungo termine, prima di tutto, impedisce di conoscere le conseguenze dell'uso protratto di questi ormoni. Si sospetta, inoltre, il rischio di cristallizzare la varianza di genere e che, quindi, il desiderio di assumere in adolescenza gli ormoni *cross gender*, presente nella quasi totalità dei pre-adolescenti ai quali sono stati somministrati i bloccanti, sia dovuto all'impossibilità di un'evoluzione in senso contrario perché lo sviluppo risulterebbe "bloccato" dall'utilizzo di questi ormoni e, quindi, cristallizzato in una varianza di genere. Si presume che il blocco della pubertà porti alla sterilità, così come è possibile che vi siano conseguenze di osteoporosi a causa del "blocco" della calcificazione ossea in pubertà. Nei maschi, infine, l'uso dei bloccanti sospenderebbe anche la crescita del pene e questo potrebbe avere conseguenze sul tipo di intervento di riattribuzione chirurgica del sesso che, diversamente dal solito, dovrebbe utilizzare, per la creazione di una neo vagina, l'ansa intestinale e ciò renderebbe l'intervento chirurgico molto più complesso, ma soprattutto con una riuscita nettamente inferiore a causa delle derivanti conseguenze negative, principalmente una continua e maleodorante secrezione.

In alcuni paesi europei, come Inghilterra e Olanda, gli operatori hanno iniziato a somministrare bloccanti ipotalamici tra i 12 e i 16 anni, sostenendo che in alcuni casi, accuratamente selezionati, la valutazione dei rischi e dei benefici fa propendere verso la decisione di somministrarli. Alcune società scientifiche internazionali (WPATH, European Society of Endocrinology – ESE; European Society for Paediatric Endocrinology – ESPE, Lawson Wilkins Paediatric Endocrine Society – LWPES), inoltre, raccomandano fermamente l'utilità della somministrazione dei GnRH analoghi per sospendere la pubertà e i conseguenti cambiamenti corporei³³. Tali raccomandazioni sono basate sull'assunto che gli adolescenti *gender variant*

32 P. VALERIO, I. PARISI & F. SANTAMARIA, *Puberty blocking during developmental years: issues and dilemmas for gender-variant adolescents*. Interuniversity Center for Bioethics Research C.I.R.B. (a cura di), *Bioethical issues*, Napoli, 2013.

33 A. D. FISHER, J. RISTORI, E. BANDINI, S. GIORDANO, M. MOSCONI, E. A. JANNINI, N. A. GREGGIO, A. GODANO, C. MANIERI, C. MERIGGIOLA, V. RICCA, ITALIAN GnRH ANALOGS STUDY ONIG GROUP, D. DETTORE & M. MAGGI, *Medical Treatment in*

che esperiscono un'incongruenza tra sesso e genere possono vivere con forte ansia i cambiamenti del corpo legati alla pubertà e, in alcuni casi, ciò può portare, come già abbiamo detto, anche a tentativi di suicidio.

Naturalmente una questione così delicata ha sollevato un acceso dibattito etico:

- pur nel rispetto del principio di autodeterminazione, ci si chiede quanto decisioni delicate come l'eventuale blocco della pubertà o l'assunzione di ormoni *cross gender* possano essere prese da un minorenne, ma al contempo ci si chiede quanto sia giusto che tali decisioni possano essere prese dai genitori;
- nel rispetto del principio medico secondo il quale non bisogna arrecare danni al paziente, ci si chiede se la somministrazione di bloccanti ipotalamici o di ormoni *cross gender*, senza che al momento vi siano studi che ne conoscano gli effetti a lungo termine, possa davvero essere considerata un beneficio per la persona, soprattutto considerando che molto probabilmente renderà il bambino o la bambina sterili;
- nel rispetto del principio del beneficio per la persona, ci si chiede, quindi, se la somministrazione di bloccanti ipotalamici si possa davvero considerare un beneficio³⁴, viste anche le notevoli conseguenze negative che ne derivano;
- quali conseguenze ci possono realmente essere vista l'assenza di studi a lungo termine?
- la somministrazione dei bloccanti ipotalamici può, inoltre, come si ipotizza, contribuire alla persistenza della varianza di genere? e, infine, è veramente reversibile?

Nel 2013 anche in Italia alcuni operatori esperti nelle variazioni di genere in età evolutiva hanno iniziato ad interrogarsi sull'uso dei bloccanti ipotalamici, assumendo una posizione basata, principalmente, sul rispetto dei tre principi di autodeterminazione, non arrecare danno e benefici per il minorenne:

- La somministrazione dei bloccanti ipotalamici non causa alcun cambiamento di sesso.
- Essi sospendono temporaneamente lo sviluppo dei caratteri sessuali secondari e hanno effetti reversibili.

gender dysphoric adolescents endorsed by SIAMS-SIE-SIEDP-ONIG. In J. Endocrinol. Invest, 2014.

34 B.S. ABEL, *Hormone Treatment of Children and Adolescents with Gender Dysphoria: An Ethical Analysis*. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

- Tale terapia, allo stato, è stata prescritta in Italia solo in un caso, autorizzato da un comitato etico principalmente a causa del forte rischio suicidario che correva il giovane al quale è stata consentita. Si ritiene, infatti, che, allo stato, l'uso dei bloccanti ipotalamici necessiti di molta cautela e possa essere utilizzato solo in alcuni casi – accuratamente selezionati da parte di un'équipe multidisciplinare, esperta nell'identità di genere, in accordo con i genitori e i ragazzi stessi – e valutando caso per caso i rischi e i benefici legati alla loro somministrazione.
- Tale somministrazione ormonale, come emerso dall'esperienza dei colleghi anglosassoni, necessita di un costante e continuativo supporto psicologico al bambino/bambina/adolescente, alla sua famiglia e, nei casi in cui è necessario, all'ambiente scolastico.

Questo protocollo mira ad alleviare il profondo disagio vissuto da questi bambini, da queste bambine e da questi adolescenti rispetto alla propria condizione. È importante sottolineare, infatti, che il vissuto di appartenenza all'altro genere non è temporaneo o superficiale e che, al contrario, può interferire con il naturale sviluppo. Queste persone soffrono profondamente per i cambiamenti di un corpo che vedono diverso da come lo sentono e ciò può causare isolamento, abbandono scolastico, oltre a sviluppare in alcuni casi comportamenti autolesionistici volti ad attaccare un corpo responsabile della loro sofferenza.

È fondamentale, quindi, offrire un sostegno psicologico a bambini, bambine e adolescenti con variazioni di genere e loro genitori sebbene esso sia altamente delicato e complesso, visto che attiene ad una fase evolutiva particolarmente difficile e si colloca in una società fortemente genderista e transfobica.

L'intervento psicologico, in un'ottica depatologizzante, mira quindi, in particolar modo, a sostenere questi giovani, qualunque decisione essi vogliano prendere, aiutandoli a fare chiarezza nella propria confusione e ad aiutare i loro genitori affinché accettino la possibilità di avere un figlio diverso da come lo avevano immaginato, anche completamente diverso, che spesso soffre e che necessita dell'appoggio e del sostegno della sua famiglia.

Non essendoci al momento evidenze empiriche che consentano di stabilire quale possa essere il miglior approccio terapeutico alla varianza di genere, potrebbe essere utile dare ai genitori alcune informazioni:

Non esiste, al momento, un approccio terapeutico «migliore» al trattamento di bambini, bambine e adolescenti *gender variant* e al momento sono numerosi i dilemmi relativi non soltanto al trattamento psicologico «migliore», ma anche al trattamento ormonale «migliore»;

Attualmente non esiste alcun modo per prevedere se un bambino, una bambina o un adolescente *gender variant* persisterà o desisterà nella sua varianza di genere;

Non è chiaro se vi sia la possibilità di evitare la persistenza in età adulta della varianza di genere;

Anche se il bambino/bambina/adolescente ha effettuato una transizione sociale, c'è la possibilità che voglia tornare al suo genere originario;

Intervenire o non intervenire può sempre comportare rischi per il benessere del minore. È, quindi, importante che le famiglie valutino i rischi e i benefici prima di prendere qualunque decisione³⁵.

Nella pratica psicologico-clinica, ancora non si è giunti a delineare il miglior trattamento, ma si auspica che continui studi oltre a discussioni e dibattiti possano servire per migliorare la presa in carico di queste persone e delle loro famiglie indipendentemente dalla clinica scelta per effettuare il trattamento.

35 J. DRESCHER, Ethical Issues Raised by the Treatment of Gender-variant Prepubescent Children. In T. POWELL & M. B. FOGLIA (eds) *Special Issues: LGBT Bioethic Visibility, Disparities and Dialogue*. September-October 2014, Vol 44, Issues s4, 17 ss.

LORENZO BERNINI

ETEROSESSUALITÀ OBBLIGATORIA ED ESISTENZA INTERSEX

Quando ricevetti l'invito a intervenire sul tema dell'intersesso al *convegno Pluralità identitarie, tra bioetica e biodiritto*, organizzato a Napoli dal CIRB (Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica), ne fui lusingato, ma assieme fui molto combattuto se accettarlo o meno. Formatomi in una cultura politica che fa dell'autodeterminazione un valore non negoziabile, ero in dubbio sull'opportunità di parlare di una condizione che non mi riguarda in prima persona. Sapevo che mi sarei potuto esporre alle critiche di militanti intersex che, giustamente, ritengono sia venuto il momento di prendere la parola sui propri corpi e la propria soggettività dopo essere stati «detti» per troppo tempo da altri (pediatri, endocrinologi, chirurghi, psicologi, psichiatri, bioeticisti, giuristi, sacerdoti...). Chi continuerà a leggere potrà vedere come ho superato l'impasse: ritenendo importante che non mancassero interventi su una condizione cruciale per comprendere il funzionamento della biopolitica dei generi, e tuttavia ancora oggi poco nota ai più, ho infine accettato l'invito, ma ho scelto di affrontare la questione a partire dal *mio* posizionamento sessuale. Chi parla, nelle pagine che seguono, non è quindi uno «specialista» che fa dell'intersesso un *oggetto* di indagine, ma un «intellettuale militante», che si rivolge ai *soggetti* intersex su un piano di parità discorsiva, come a interlocutori dei movimenti LGBTQ di cui si sente parte.

Ciò che, nonostante queste mie cautele, ingenuamente non avevo previsto, è che per quel militante che dunque sono, ben altre sarebbero state le ragioni di imbarazzo, o meglio di indignazione. Nel 2014, in Italia, in un convegno organizzato da un consorzio di Università, non mi sarei aspettato infatti di sentir dire che l'omosessualità è una «discrasia della sessualità», la transessualità una «sindrome» e il lesbismo una «patologia», che chi appartiene a una minoranza sessuale è affetto da una «parafilia» o da una «perversione», che chi interviene sul proprio corpo con terapie ormonali e chirurgiche è paragonabile a un «mostro», a un «nuovo Frankenstein». Non mi sarei aspettato di assistere a una difesa della «complementarietà

ontologica della mascolinità e della femminilità» contro la «teoria del genere», e di udire che «un omosessuale non può fare il sacerdote, perché gli omosessuali che dicono di voler fare i sacerdoti in realtà vogliono pizzicare i chierichetti». Concluso il convegno – in cui tra l'altro ben poco tempo è stato concesso al dibattito, e quindi sono riuscito a rispondere ad affermazioni tanto gravi soltanto con poche battute –, i miei dubbi sono quindi stati altri. Consegnare il testo del mio intervento per la pubblicazione degli atti, oppure rifiutare, per evitare che il mio nome possa venire associato a quello di relatori che hanno espresso opinioni che giudico omobitransfobiche, e che quindi non considero validi interlocutori?

Contrariamente a quanto talvolta si dica, la democrazia non è l'ordine politico «universale» in cui tutto può essere detto e fatto. È invece un ordine politico particolare, e particolarmente fragile, fondato su un'idea di libertà molto esigente, che non è affatto spontanea o naturale e che deve essere realizzata, garantita e tutelata dall'ordine democratico stesso. Tale idea di libertà implica limitazioni precise, secondo cui possono essere criticate le opinioni, le idee, le credenze degli altri, ma gli altri non possono essere insultati e discriminati per le loro condizioni personali. La Repubblica italiana, ad esempio, istituita in seguito a una guerra mondiale che fu anche una guerra civile, non tollera la propaganda fascista e razzista, perché i costituenti sapevano bene che la «libertà» di difendere idee fasciste e razziste mina l'esistenza stessa della democrazia. La mancanza di una legge che sanzioni esplicitamente la propaganda omobitransfobica assieme a quella fascista e razzista rende dunque imperfetta la democrazia italiana: di questo sono convinto già da lungo tempo. Ciò che invece – lo ripeto, a causa della mia ingenuità – non mi aspettavo è che un centro come il CIRB potesse tollerare al suo interno posizioni discriminatorie. Che oltre a promuovere in Italia una compiuta democrazia, si prestasse a fare da cassa di risonanza a posizioni che ne ritardano la realizzazione. Una volta resomi conto di quale fosse il contesto in cui ero intervenuto, che cosa dunque dovevo fare?

In seguito a una serie di considerazioni, ho poi scelto di consegnare il testo. Innanzitutto perché le frasi sopra riportate non esprimono la posizione della totalità dei componenti del CIRB. A pronunciarle sono stati relatori di ispirazione cattolica, e per quanto dalla mia posizione di relatore a un convegno sia facile rifiutare un confronto con loro, mi rendo conto che in un paese come l'Italia è anche in virtù del dialogo che ha saputo aprire con il pensiero cattolico che il CIRB riesce a svolgere un meritorio lavoro di contrasto alle discriminazioni omobitransfobiche nelle istituzioni educative. Il valore di questa difficile attività «diplomatica», di cui personalmente non sarei mai capace, va riconosciuto. Secondariamente, spero che la storia

di Alexina, che più avanti racconterò, faccia riflettere i miei amici “laici” del CIRB, e in generale chi leggerà questo volume, sugli effetti nefasti che l’alleanza tra religione, medicina e diritto può avere sulle vite delle persone intersex in particolare e delle minoranze sessuali in generale. Ho infine posto due condizioni: che il mio intervento fosse preceduto da questa presentazione, e che potessi diffonderlo anche in altre sedi a esso più appropriate: la rivista dell’UAAR (Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti) *L’ATEO*¹ e il sito del collettivo antisessista, antirazzista e anticlassista intersexioni². Ringrazio chi cura questi atti di averle accettate entrambe.

In un celebre articolo del 1980, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*³, Adrienne Rich denunciava come tanto all’interno dei movimenti femministi quanto all’interno dei movimenti di liberazione omosessuale statunitensi nessuno spazio fosse dato alle lesbiche in quanto lesbiche e la loro stessa «esistenza» fosse misconosciuta. Nei movimenti femministi le lesbiche scomparivano perché veniva chiesto loro di militare in quanto donne; nei movimenti omosessuali perché veniva chiesto loro di militare in quanto omosessuali, e la loro presenza veniva occultata dalla maggiore visibilità degli uomini gay. In questa situazione, Rich rivendicava per l’esistenza lesbica uno statuto specifico, non assimilabile né a quello delle donne eterosessuali né a quello degli uomini omosessuali, e per questo insisteva sulla necessità che una donna omosessuale si definisse «lesbica» piuttosto che «donna omosessuale» o «donna gay». Al tempo stesso, al concetto di «esistenza lesbica» Rich accostava quello di «continuum lesbico», espressione con cui indicava una vasta gamma di relazioni tra donne che, anche senza sfociare nell’erotismo, possono sottrarle alla subordinazione agli uomini. L’obbligo di essere eterosessuali, osservava Rich, nelle società patriarcali opprime tutte le donne, non soltanto le donne lesbiche. Tale obbligo non si limita infatti a impedire alle lesbiche di esistere in quanto lesbiche, ma priva tutte le donne della possibilità di esistere al di fuori dei ruoli definiti dalla loro subordinazione agli uomini. Anziché occultare l’esistenza lesbica, quindi, per Rich il movimento femminista

1 Cfr. L. BERNINI, *Eterosessualità obbligatoria ed esistenza intersex*, in *L’ATEO*, n° 2, 2015, 13-16.

2 Il testo è già pubblicato a questo indirizzo: <http://www.intersexioni.it/eterosessualita-obbligatoria-ed-esistenza-intersex/> (ultimo accesso 15 gennaio 2015).

3 A. RICH, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*, in *Signs*, 1980, 5; trad. it. *Eterosessualità obbligatoria ed esistenza lesbica*, in *Nuova DWF*, 1985, 23-24.

dovrebbe valorizzarla, perché dalla liberazione delle lesbiche dipende la liberazione di tutte le donne.

Il 1980 è anche l'anno di uscita di un altro fondamentale saggio lesbofemminista, *The Straight Mind*⁴, in cui Monique Wittig denuncia come il divieto di esistere al di fuori dell'eterosessualità strutturi non soltanto la vita sociale ma anche la vita intellettuale. In una società eterosessista, anche il pensiero è eterosessista, e ogni mente non allenata a un esercizio di critica radicale è una «mente straight» (una «mente etero»), che segue la logica binaria secondo cui, scrive l'autrice, «tu sarai eterosessuale o non sarai». La strategia argomentativa che Wittig utilizza per mettere in scacco tale logica è, in un certo senso, antitetica a quella utilizzata da Rich. Se per Rich le relazioni politiche tra donne femministe appartengono al continuum lesbico, per Wittig autorappresentandosi come donne e uomini, lesbiche e gay continuano a pensare con la mente straight e contribuiscono al mantenimento dell'ordine eterosessuale. La conclusione di Wittig è drastica: «sarebbe scorretto dire che le lesbiche si associano, fanno l'amore, vivono con le donne, perché "donna" ha un significato solo nei sistemi eterosessuali di pensiero e nei sistemi economici eterosessuali. *Le lesbiche non sono donne* (non è più una donna chi non è in relazione di dipendenza personale con un uomo)».

Anziché contrapporre Rich a Wittig, vorrei però tentare di leggerle assieme: nell'ordine eterosessista/patriarcale, le lesbiche sono donne e *al tempo stesso* non lo sono. Qualche anno prima, anche il pensatore gay francese Guy Hocquenghem si era confrontato con l'ostracismo che i movimenti sociali degli anni settanta avevano riservato a lesbiche e gay, e nel suo libro *Le désir homosexuel* (1972)⁵ aveva osservato: «al tempo stesso l'omosessualità non esiste ed esiste. È il suo stesso modo di esistenza che rimette in questione la certezza dell'esistenza». Riformulerei quindi, provvisoriamente, l'imperativo dell'eterosessualità obbligatoria come segue: non «tu sarai eterosessuale o non sarai», secondo la formula di Wittig, ma «tu sarai eterosessuale, oppure la tua esistenza sarà impossibile», secondo quella che possiamo chiamare «formula di Hocquenghem».

Da quando Rich e Wittig scrissero questi saggi, sono trascorsi trentacinque anni, in cui i movimenti LGBTQ (lesbici, gay, bisessuali, transessuali/

4 M. WITTIG, *The Straight Mind*, in *Feminist Issue*, 1980, 1; trad. it. *The Straight Mind*, in *Bollettino del CLI*, 1990.

5 G. HOCQUENGHEM, *Le désir homosexuel*, Paris, 1972; trad. it. *L'idea omosessuale*, Roma, 1973.

transgender, queer) hanno affermato l'esistenza delle persone LGBTQ e ottenuto grandi conquiste, anche se in Italia in misura assai minore rispetto ad altri paesi d'Europa e del mondo. Le riflessioni delle due pensatrici sono tuttavia ancora attuali, e non soltanto per le lesbiche, ma per tutti quei soggetti che trasgrediscono i dettami dell'eterosessualità obbligatoria. Ciò che qui sono stato invitato a discutere è, in particolare, la condizione intersessuale. Ho accettato l'invito con piacere, ma assieme con un certo disagio, perché ritengo che una delle più preziose lezioni dei movimenti femministi e LGBTQ sia che il primo atto di disassoggettamento è la presa di parola – sono insomma imbarazzato a parlare di intersesso non essendo intersex, e in alcun modo vorrei giocare il ruolo dello «specialista» che considera le persone intersex come oggetti del proprio sapere⁶. Questa è la ragione per cui, per affrontare la questione dell'intersesso, ho introdotto alcune riflessioni maturate all'interno dei movimenti lesbici e gay, di cui invece mi sento parte.

In Italia il movimento intersex sta muovendo i primi passi: esistono pochi militanti intersex, coraggiosissimi e molto combattivi, supportati da una piccola rete di attivisti e intellettuali non-intersex, e poi esistono associazioni di pazienti che si identificano con le diverse «sindromi» che la medicina classifica come DSD (Disorders of Sexual Development), come l'Associazione Italiana Sindrome di Insensibilità agli Androgeni⁷ (AISIA) e l'Unione Italiana Sindrome di Klinefelter⁸ (UnItaSK). Queste associazioni preferiscono non utilizzare il termine «intersex», e non cercano il sostegno dei movimenti lesbici, gay, bisessuali e trans, per la deliberata

6 Si vedano, a questo proposito, gli atti del seminario *Elementi di critica trans* (a cura di L. ARIETTI, CHR. BALLARIN, G. CUCCIO, P. MARCASCIANO, Roma, 2010), il primo in Italia in cui attivisti e attiviste del movimento trans italiano hanno preso la parola senza voler essere «parlati» da medici, psicologi, psichiatri, chirurghi, sacerdoti etc...

7 Le persone con insensibilità agli androgeni hanno cromosomi sessuali XY, ma per una scarsa (si parla allora di PAIS, sindrome da parziale insensibilità agli androgeni) o del tutto mancante (CAIS, sindrome da insensibilità agli androgeni completa) reazione agli ormoni maschili, nascono con genitali internamente atipici che possono o meno essere atipici esternamente (nella CAIS i genitali esterni sono del tutto simili a quelli femminili). Durante la pubertà (nel caso di PAIS) possono subire alcuni processi di virilizzazione.

8 Con «sindrome di Klinefelter» la medicina indica quella variazione genetica di cui sono portatori individui che possiedono non due cromosomi sessuali (i canonici XX delle femmine, e XY dei maschi), ma tre: due cromosomi X e un cromosoma Y. Alla nascita, i genitali dei bambini XXY hanno la conformazione tipica maschile; quando giunge la pubertà lo sviluppo dei caratteri sessuali secondari può invece essere atipico.

scelta di non voler essere associati a quei soggetti che nelle società eterosessiste incarnano la negatività del sessuale. Il sito dell'Unione Italiana Sindrome di Klinefelter⁹, ad esempio, rassicura: «Non c'è riscontro che i maschi XXY siano più propensi verso l'omosessualità rispetto ad altri uomini. L'unica differenza sessuale rilevante fra giovani uomini XXY e altri ragazzi coetanei, consiste in una libido più moderata (i maschi XXY possono avere meno interesse per il sesso). Tuttavia le iniezioni del testosterone fatte in maniera costante possono portare a un tasso d'interesse sessuale standard...». Il sito dell'Associazione Italiana Sindrome di Insensibilità agli Androgeni¹⁰, invece, ammette che la sindrome di insensibilità agli androgeni sia «una forma intersessuale in quanto c'è un disaccordo tra il sesso genetico e la formazione dei genitali esterni». Ma al tempo stesso si affretta a puntualizzare che «questa condizione [...] è differente dalla transessualità». «Le affette da questa sindrome – precisa ancora il sito – sono dal punto di vista anatomico, psicologico, legale e sociale delle donne». E infine aggiunge «Queste donne sono dunque alle prese con il dispiacere di non potere avere figli». Secondo le due associazioni, insomma, è importante distinguere le due condizioni rispettivamente dall'omosessualità e dal transessualismo, e presentare rispettivamente le persone affette da sindrome di Klinefelter come maschi eterosessuali che con la terapia testosterone possono raggiungere l'intenso desiderio sessuale tipico degli «uomini standard», e le persone affette da sindrome di insensibilità agli androgeni come donne eterosessuali desiderose di diventare madri di famiglia.

Non sta certo a me intervenire nelle scelte delle due associazioni. Come militante gay, rivolgendomi dunque idealmente al movimento di cui faccio parte, mi sento però autorizzato a esprimere un giudizio. In un momento in cui l'esistenza intersex è negata dalle stesse associazioni che potrebbero rappresentarla, i movimenti LGBTQ italiani dovrebbero, a mio avviso, dare tutto il loro appoggio ai pochi militanti intersex presenti nel nostro paese, dare loro ascolto, promuovere le loro richieste, aggiornare in base a esse la propria agenda politica, dialogare con loro, coinvolgerli nelle proprie scelte, in modo da poter aggiungere la «I» alle altre lettere dell'acronimo. I concetti su cui mi appoggerò per sostenere la mia opinione saranno appunto quelli di «eterosessualità obbligatoria» e di «mente straight». Aniché richiamarmi di nuovo al pensiero lesbofemminista di Rich e Wittig, mi rivolgerò però ora a un autore gay universalmente noto come l'inizia-

9 <http://www.unitask.it/>

10 <http://www.sindromedimorris.org/>

tore degli studi storici, filosofici e politici contemporanei sulla sessualità: Michel Foucault.

Foucault non utilizzò mai il concetto di eterosessualità obbligatoria, e tuttavia grazie alle sue ricerche ci è giunta un'eccezionale testimonianza che ci permette di comprendere il funzionamento di questo imperativo sociale e i suoi devastanti effetti sulle esistenze intersex. Nella medicina contemporanea, il termine «intersex» e l'acronimo «dsd» sono sinonimi e si riferiscono a una varietà di condizioni fisiche in cui una persona non rientra nelle caratteristiche «standard» del maschile o del femminile perché nata con un'anatomia sessuale o un corredo genetico considerati «atipici», o perché le sue ghiandole producono quantità di ormoni sessuali considerate «atipiche». Prima che la medicina fosse in grado di misurare la produzione ormonale e di esaminare il corredo cromosomico di un soggetto, molte persone intersex non venivano riconosciute come tali, e non sapevano di esserlo. Chi aveva evidenti «atipicità» dell'anatomia genitale o dei caratteri sessuali secondari, invece, veniva chiamato «ermafrodita». Nel 1978 Foucault ha curato la pubblicazione delle memorie di un'ermafrodita francese vissuta nell'Ottocento¹¹, da cui emerge come, nel secolo dell'affermazione della medicina moderna, l'esistenza intersex fosse appunto un'esistenza impossibile, resa impossibile dal dogma dell'eterosessualità obbligatoria.

Herculine Barbin, soprannominata Alexina, nacque a Saint-Jean-d'Angély nel 1838. Dai referti dell'autopsia che Foucault pubblicò assieme alle memorie, sappiamo che da adulta aveva il viso coperto da una leggera peluria e un corpo privo di seni, utero e ovaie, con una vagina appena abbozzata, una clitoride «ipertrofica» o un «piccolo» pene, due pieghe simili alle grandi labbra che erano i due lobi di uno scroto rimasto diviso – uno dei quali conteneva un testicolo, mentre l'altro testicolo non era sceso. La conformazione dei suoi organi genitali esterni era sicuramente visibile già alla nascita, e tuttavia nella Francia del tempo, in cui ogni neonato doveva essere registrato o con il sesso maschile o con il sesso femminile, per la presenza di quella vagina abbozzata, e per le scarse dimensioni di quel pene, le fu attribuito il sesso femminile. Come una ragazza fu cresciuta nel convento delle Orsoline di Chavagnes, e a quella vita di donna tra le donne ben si adattò – sentendo fin da giovane

11 *Herculine Barbin, dite Alexina B. présenté par Michel Foucault*, Paris, 1978; trad. it. *Herculine Barbin detta Alexina B. Una strana confessione. Memorie di un ermafrodito presentate da Michel Foucault*, Torino, 1979; trad. ingl. *Herculine Barbin, Being the Recently Discovered Memoirs of a Nineteenth-Century Hermaphrodite*, New York, 1980.

età di essere attratta dalle altre ragazze. I problemi iniziarono nel 1860, quando aveva ventidue anni. Divenuta maestra in un pensionato femminile, si innamorò della collega Sara. Il suo sentimento era ricambiato, ma Alexina ebbe la pessima idea di *confessare* i suoi sentimenti e tutta la sua storia al vescovo di La Rochelle, che – con il suo consenso – la fece visitare da un medico. Il parere del dott. Chesnet e una sentenza del tribunale di Saint-Jean-d'Angély decretarono, infine, la trasformazione del suo stato civile da donna a uomo, stabilendo che i medici che l'avevano visitata da neonata avessero commesso un errore. Herculine divenne così Abel, fu costretta a indossare abiti maschili, e in quanto uomo, fu bandita dal pensionato e dagli ambienti femminili che fino ad allora erano stati i suoi. Iniziò per lei una vita girovaga, che finì male: nel 1868, all'età di trent'anni, Alexina/Herculine/Abel si suicidò con le esalazioni di un fornello a carbone, lasciando una lettera in cui affermava di aver scelto la morte per sfuggire alla sua sofferenza.

«Né donna amante di altre donne, né uomo nascosto tra le donne»: così Foucault descrisse Alexina nell'introduzione all'edizione inglese delle sue memorie. La sua tragica vicenda è, di fatto, esemplare dell'impossibilità dell'esistenza intersex in un regime di eterosessualità obbligatoria. In un mondo in cui erano pensabili solo due sessi, e questi sessi erano definiti dalla loro attrazione reciproca, l'autorità religiosa, l'autorità medica e l'autorità giuridica non ebbero dubbi riguardo a quale sesso assegnare ad Alexina dopo la sua confessione. L'anatomia di Alexina poteva anche risultare «ambigua» a uno sguardo straight, ma il suo desiderio – che la mente straight delle tre autorità non poteva concepire se non come desiderio eterosessuale – rivelava il suo vero sesso: se le piacevano le donne, e per di più piaceva alle donne, non poteva che essere un uomo¹². È importante però riflettere sullo statuto parziale, o abietto, della maschilità che le fu attribuita. Prese il nome di Abel, venne allontanata dal pensionato, ma questo non fu sufficiente perché le fosse concesso di amare Sara. Di fatto, l'atto giuridico che decretò il suo essere uomo equivalse a una messa al bando dalla società, che ebbe come conseguenza il suo suicidio. Nel suo caso, la formula di Hocquenghem fu quindi applicata con una leggera ma fatale variazione. Non «tu sarai eterosessuale, oppure la tua esistenza sarà impossibile», ma «tu sarai eterosessuale (in questo caso un uomo eterosessuale) e la tua esistenza sarà impossibile».

12 Significativamente, le tre autorità non questionarono sulla natura dei desideri di Sara.

Nel secolo e mezzo che ci separa da questa triste storia, molte cose sono cambiate. Grazie alle conquiste dei movimenti lesbici e gay, nessun medico, nessun giudice, addirittura nessun prete potrebbe oggi negare l'esistenza dell'orientamento omosessuale. E tuttavia, l'intersesso continua a sfidare la nostra comprensione della sessualità, come se non bastasse riconoscere l'esistenza dell'orientamento omosessuale accanto a quello eterosessuale per smettere di pensare il sesso con mente straight. Le categorie di cui disponiamo – sesso, genere, orientamento sessuale –, non ci permettono infatti di descrivere il desiderio di una persona intersex. In base a che cosa dovremmo etichettarlo come eterosessuale od omosessuale? In base all'identità di genere della persona interessata, potremmo forse rispondere. Ma che cosa accade quando la persona interessata non si riconosce in una delle due identità di genere previste dall'ordine eterosessuale e si identifica come intersex o transgender? Come potremmo allora definire il suo desiderio verso un uomo, o verso una donna, o verso un'altra persona intersex o transgender? Ancora oggi, i concetti con cui definiamo la sessualità risultano inadeguati a dar conto dell'esistenza intersex. O meglio, ancora oggi tali concetti rendono inadeguata l'esistenza intersex, inadeguata e impossibile. Il modo in cui questa impossibilità viene assieme prodotta e cancellata dall'intrecciarsi di medicina e diritto in quella che, seguendo Foucault, possiamo chiamare la biopolitica contemporanea, è tuttavia differente da ciò che accadeva nell'800.

Ciò che il dott. Chesnet credette di trovare nel desiderio di Alexina per le donne era infatti la *verità* del suo sesso maschile; ciò che il tribunale di Saint-Jean-d'Angély le impose fu di adeguare il suo abbigliamento e il suo comportamento a tale verità. A partire dagli anni cinquanta del Novecento, nel trattamento medico dell'intersesso si sono invece diffusi i protocolli elaborati dal team della Gender Identity Clinic del Johns Hopkins Hospital di Baltimora, guidata dal dott. John Money, che non si limitano a cercare una verità, ma la producono artificialmente. Secondo tali protocolli, i medici intervengono direttamente sul corpo delle persone intersex, normalizzando poco dopo la nascita l'aspetto dei genitali, e in seguito quello dei caratteri sessuali secondari, in modo da adeguarli agli standard che la mente straight impone ai corpi eterosessuali. Alla nascita un pene non deve misurare meno di 2,5 cm, e una clitoride non deve essere più lunga di 0,9 cm, perché secondo i dettami dell'eterosessualità obbligatoria il pene dell'uomo adulto dovrà raggiungere dimensioni tali da poter penetrare la vagina di una donna, cosa che la clitoride della donna adulta non dovrà invece essere in grado di fare: la cosiddetta «ipertrofia» della clitoride deve quindi essere «corretta» fin da subito con un'operazione. Simmetricamen-

te, la vagina di una donna adulta dovrà poter accogliere il pene di un uomo durante la penetrazione: di conseguenza, anche quando la profondità della vagina lascia supporre che questo non avverrà, i protocolli Hopkins prevedono un intervento di chirurgia plastica sulla bambina appena nata. Se nel 1860 è stato il desiderio di Alexina a rivelare la verità del suo sesso, dagli anni cinquanta del Novecento, secondo i protocolli Hopkins, è invece l'atto sessuale a prescrivere quale sesso debba essere artificialmente prodotto. A non essere cambiati, sono però i presupposti dell'eterosessualità obbligatoria: se prima il desiderio era pensato come esclusivamente eterosessuale, nei protocolli Hopkins l'atto sessuale è pensato esclusivamente come coito eterosessuale.

Dagli anni novanta, l'Intersex Society of North America, l'Organisation Internationale des Intersexués e i movimenti intersex di tutto il mondo hanno denunciato le conseguenze devastanti che queste pratiche chirurgiche hanno sul corpo e i traumi indelebili che provocano nella psiche. Ancora oggi, come ai tempi di Alexina, l'esistenza intersex viene forzata in una condizione impossibile e insopportabile¹³. Nel 2006 le due più influenti associazioni di pediatria endocrinologica, la Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society e la European Society for Pediatric Endocrinology, hanno dato ascolto ai movimenti intersex pubblicando un documento che ai protocolli Hopkins contrappone i principi del consenso informato e dell'autodeterminazione del paziente. Tuttavia, gli interventi estetici sui genitali dei neonati intersex sono proseguiti in buona parte del mondo, compresa l'Italia. A dire il vero, a oggi mancano dati certi su quanto è accaduto e accade nei nostri ospedali – l'argomento suscita sempre una certa reticenza nei medici italiani¹⁴. Ma una cosa è certa: il fatto che queste operazioni non

13 Riporto come esempio la storia di Cheril Chase, alias Bo Laurent, fondatrice dell'Intersex Society of North America. Nata con genitali atipici (in New Jersey, il 14 agosto 1956), è stata inizialmente riconosciuta come un maschio. A diciotto mesi, i medici hanno consigliato ai genitori di asportarle la pronunciata clitoride e di crescerla come una bambina. A otto anni, è stata sottoposta a un'operazione di asportazione di quella che solo molto tempo dopo, a circa trentacinque anni, ha scoperto essere la porzione testicolare delle sue ovaie-testicoli. Attualmente si considera donna ed è sposata con una donna. L'escissione chirurgica e il tessuto cicatriziale, come spesso avviene a chi ha subito questo tipo di operazioni, l'hanno però privata della sensibilità clitoridea e della risposta orgasmica.

14 Da tempo la dott.ssa Michela Balocchi è impegnata nel tentativo di colmare questa lacuna, ma per anni in Italia non ha trovato finanziamenti per le sue ricerche e le ha portate avanti in modo indipendente. Lo scorso anno lo European Research Council l'ha premiata con una prestigiosa borsa Marie Curie per lavorare presso

siano state definitivamente sospese testimonianze quanto ancora sia radicato, nelle nostre società, l'obbligo di avere un corpo eterosessuale, l'obbligo di essere un corpo eterosessuale. Praticati su neonati inermi o su adolescenti in situazione di grave disagio emotivo, presentati dai medici ai genitori come cure indispensabili per la salute dei figli minorenni, questi interventi non sono infatti altro che mutilazioni genitali prescritte dalla mente straight che non concepisce l'esistenza umana al di fuori dei canoni dell'eterosessualità.

Quasi un secolo e mezzo è trascorso da quando Alexina si tolse la vita. Trentacinque anni da quando Rich e Wittig rivendicarono nei loro saggi una maggiore visibilità per le lesbiche e per tutte le minoranze sessuali. I movimenti LGBTQ hanno nel frattempo ottenuto grandi conquiste – anche se in Italia non come altrove. Ma di fronte alla cancellazione dell'esistenza intersex, queste grandi conquiste si rivelano effimere: mere concessioni che non scalfiscono una struttura di potere ancora ben salda. A dimostrarlo è anche il fatto che persone riunite in associazioni di pazienti si identifichino come uomini o come donne portatori di un «*Disordine dello Sviluppo Sessuale*», accettando la definizione che la medicina dà di loro. Senza negare la specificità dell'esistenza intersex, possiamo sostenere che esista un «continuum intersex» analogo al continuum lesbico di cui parlava Rich: se dalla liberazione delle lesbiche dipende la liberazione di tutte le donne, dalla liberazione delle persone intersex dipende la liberazione di tutte le minoranze sessuali, perché tutte e tutti siamo soggetti agli imperativi dell'eterosessualità obbligatoria che sui corpi intersex agiscono con particolare violenza. «Tu sarai eterosessuale, oppure la tua esistenza sarà impossibile», «Tu sarai eterosessuale e la tua esistenza sarà impossibile», «Ti concedo di essere omosessuale, ma in un mondo governato dall'eterosessualità obbligatoria»... Si tratta, in fondo, della stessa ingiunzione, rimodulata nella forma del paradosso e del doppio legame (*double bind*). Possiamo certo sperare di non doverla un giorno più ascoltare. Ma nel frattempo soltanto se saranno in grado di ascoltare l'uno le ragioni dell'altro lesbiche, gay, bisessuali, trans, intersessuali, asessuali¹⁵, uomini e donne

il Centro di ricerca PoliTeSse (che coordino presso l'Università di Verona), in collaborazione con l'American University di Washington D.C..

- 15 L'Asexual Visibility and Education Network (AVEN, <http://www.asexuality.org/>) è stato fondato nel 2001 per promuovere la depatologizzazione e l'accettazione sociale dell'assenza di attrazione sessuale intesa non come un deficit del desiderio ma come un orientamento sessuale. Come è evidente dalla citazione dal sito dell'Unione Italiana Sindrome di Klinefelter sopra riportata, la questione riguarda anche alcune condizioni intersessuali.

eterosessuali dissidenti potranno comprendere l'«impossibilità» della loro attuale esistenza, e imparare ad abitarla, a praticarla – senza farsi illusioni.

FRANCESCA DICÉ

PARLARE DI GENERE NELLA RELAZIONE SANITARIA

Nel corso degli ultimi decenni, il cambiamento culturale che ha coinvolto le società moderna ha portato la pratica medica a confrontarsi con nuove esigenze e necessità^{1,2,3}. Ciò ha comportato anche la delineazione di nuove prospettive, in ragione delle quali gli operatori della salute sono oggi chiamati anche a considerare e trattare le necessità del paziente e le possibilità di assumere decisioni condivise durante la cura^{4,5}.

Filoni teorici come la *Patient Centered Medicine*⁶ e dello *Shared Decision Making Model*⁷ evidenziano la centralità del ruolo decisionale del paziente ed assumono, ad oggetto dell'intervento, non soltanto la cura della condizione fisica ma anche quella dei vissuti emozionali, delle credenze e delle opinioni di ogni persona rispetto alla sua condizione di salute. Tali aperture favoriscono che, nel contesto sanitario, gli utenti pongano interrogativi relativi non soltanto alle cure mediche, ma anche ad aspetti legati

- 1 ARCIGAY NAZIONALE & ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ, *Pazienti imprevisti. Pratica medica ed orientamento sessuale*, available online on www.arcigay.it, 2008.
- 2 M. F. FREDÀ & F. DICÉ, *Metodi per lo Scaffolding Psicologico alla Relazione Sanitaria in Pediatria: I Setting di Ascolto Congiunto*. In SOCIETÀ ITALIANA DI PSICOLOGIA DELLA SALUTE (SIPSA) (Eds.), Atti del Convegno "Psicologia della Salute e Salute della Psicologia". Acireale, 2015.
- 3 M. F. FREDÀ, F. DICÉ, & R. DE LUCA PICIONE, "Una proposta metodologica di integrazione: Lo Scaffolding Psicologico per la relazione sanitaria [A methodological proposal of integration: The Psychological Scaffolding for the healthcare relationship]". *Rivista di Psicologia Clinica*, 2015, 2, 11-25. doi:10.14645/RPC.2015.2.540
- 4 ARCIGAY NAZIONALE & ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ, *Pazienti imprevisti. Pratica medica ed orientamento sessuale*, available online on www.arcigay.it, 2008.
- 5 M. F. FREDÀ & F. DICÉ, *Metodi per lo Scaffolding Psicologico alla Relazione Sanitaria in Pediatria: I Setting di Ascolto Congiunto*. In SOCIETÀ ITALIANA DI PSICOLOGIA DELLA SALUTE (SIPSA) (Eds.), Atti del Convegno "Psicologia della Salute e Salute della Psicologia". Acireale, 2015.
- 6 E. A. MOJA, E. VEGNI, *La visita medica centrata sul paziente*, Milano, 2000.
- 7 G. ELWYN & al., *Shared decision making: a model for clinical practice*, in *J Gen Intern Med*, 27(10), 2012, 1361 – 7.

all'identità della persona, e quindi, anche all'identità sessuale, al genere ed all'orientamento sessuale⁸.

In questa sede, affronterò le questioni che possono emergere nella relazione pediatrica e, per farlo, farò riferimento a considerazioni ed esperienze che hanno avuto luogo durante diversi piani di ricerca intervento nati dalla collaborazione fra pediatri endocrinologi e psicologi afferenti al Dipartimento di Neuroscienze, Scienze Riproduttive ed Odontostomatologiche, al Dipartimento di Studi Umanistici ed al Dipartimento di Scienze Traslazionali dell'Università Federico II di Napoli⁹.

La pediatria è un contesto clinico in cui l'operatore sanitario ha a che fare con un duplice utente, genitori e bambino¹⁰; egli è spesso chiamato a rispondere alle domande dei genitori relative allo sviluppo ed al genere del proprio figlio, il quale (in particolare se adolescente) può essere a sua volta bisognoso di chiarimenti e risposte a propri dubbi ed interrogativi. Alla medicina dunque, può essere richiesto un fermo posizionamento che faccia chiarezza riguardo un ampio ventaglio di preoccupazioni: *Da cosa dipendono l'orientamento sessuale, l'identità di genere, il desiderio di cambiare sesso? Hanno a che fare con la salute mentale? Mutano con l'età? È possibile modificarli attraverso interventi medici o psicologici?*

Questi argomenti possono essere preoccupanti perché il binarismo di genere rappresenta, ancora oggi, una componente fondamentale dei processi di significazione e di interpretazione del contesto sociale¹¹. Chiunque non si riconosca (o non riconosca il proprio figlio) nelle categorie dicotomiche del maschile e del femminile eterosessuali può ritrovarsi in una condizione di *minority stress*, con conseguenti vissuti legati alla segretezza ed allo stigma sociale^{12,13}.

Inoltre, la scarsa familiarità degli utenti con le questioni di genere, così come l'aderenza agli stereotipi culturali, può dare luogo ad imbarazzi e

8 ARCIGAY NAZIONALE & ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ, *Pazienti imprevisti. Pratica medica ed orientamento sessuale*, available online on www.arcigay.it, 2008.

9 Referenti dei progetti erano i proff. P. Valerio, M. F. Freda e M. Salerno, Università degli Studi di Napoli Federico II.

10 M. F. FREDÀ, *Lo Scaffolding Psicologico alla relazione sanitaria*, Comunicazione orale al X Congresso Nazionale SIPSA "La ricerca delle buone pratiche in Psicologia della Salute". Orvieto, 10-12 Maggio 2013.

11 J. BUTLER, *Undoing gender*, London, 2004.

12 F. DICÉ, M. AURICCHIO, I. PARISI, M. SALERNO, F. SANTAMARIA, P. VALERIO, *Disorders of Sex Development: Which frontiers in a scientific, bioethicist and social debate?*, in Interuniversity Center for Bioethics Research C.I.R.B. (a cura di), *Bioethical issues*, Napoli, 2013.

13 J. BUTLER, *Undoing gender*, London, 2004.

difficoltà comunicative, sia da parte del bambino/adolescente LGBTQIA¹⁴ che da parte dei genitori. La mancata trattazione, nella stanza del pediatra, di tali aspetti potrebbe comportare ulteriori disagi, poiché il significato attribuito a tali questioni dal sapere medico può avere notevole influenza sulle credenze e le opinioni del nucleo familiare¹⁵.

Le domande e le preoccupazioni sull'identità sessuale, l'identità di genere e l'orientamento sessuale diventano più complesse nel caso specifico dei *Disorders of Sex Development* (DSD), ovvero tutte quelle condizioni congenite eterogenee nelle quali lo sviluppo del sesso cromosomico, gonadico o anatomico è atipico^{16,17}. Il loro nome è tuttora al centro di un acceso dibattito internazionale, che vede contrapposte diverse correnti di pensiero, appartenenti alla medicina ed a movimenti associazionisti^{18,19}. Alcune di queste si muovono nell'ottica di una depatologizzazione di queste condizioni e criticano aspramente il termine *Disorders*, obiettando che esso presupponga un "disordine" da "correggere" o "guarire"^{20,21,22,23}; preferiscono dunque riferirsi al termine Intersessualità (*Intersex*), consentendo

-
- 14 L'acronimo si riferisce ai termini Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer Questioning, Intersexual, Asexual.
 - 15 ARCIGAY NAZIONALE & ISTITUTO SUPERIORE DI SANITÀ, *Pazienti imprevisti. Pratica medica ed orientamento sessuale*, available online on www.arcigay.it, 2008.
 - 16 I. A. HUGHES & al., *Consensus statement on management of intersex disorders*, in *Pediatrics*, 118(2), 2006, 488 – 500.
 - 17 M. DIAMOND, *Human Intersexuality: Difference or Disorder?*, in *Arch Sex Behav*, 38(172), 2009.
 - 18 F. DICÉ, M. AURICCHIO, I. PARISI, M. SALERNO, F. SANTAMARIA, P. VALERIO, *Disorders of Sex Development: Which frontiers in a scientific, bioethicist and social debate?*, in Interuniversity Center for Bioethics Research C.I.R.B. (a cura di), *Bioethical issues*, Napoli, 2013.
 - 19 F. SANTAMARIA & P. VALERIO, *Bambini e adolescenti intersessuali: quali dilemmi?*, in *La Camera Blu*, 9, 2013.
 - 20 F. DICÉ & al., *Disorders of Sex Development: Which frontiers in a scientific, bioethicist and social debate?*, in Interuniversity Center for Bioethics Research C.I.R.B. (a cura di), *Bioethical issues*, Napoli, 2013.
 - 21 ORGANIZATION INTERSEX INTERNATIONAL (OII), *Brief Guidelines for Intersex Allies*, available online on oii-usa.org, 2012.
 - 22 L. BERNINI, *Maschio e femmina li creò?! Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010.
 - 23 F. SANTAMARIA & P. VALERIO, *Bambini e adolescenti intersessuali: quali dilemmi?*, in *La Camera Blu*, 9, 2013.

loro, in questo modo, di rientrare nell'acronimo LGBTQIA^{24,25,26,27}. Ad ogni modo, di recente, è stata di recente proposta anche la nomenclatura *Sviluppo Sessuale Atipico*^{28,29,30}. L'incidenza dei Intersex/DSD stimata è di 1/4500 nati e le Sindromi più diffuse sono la Sindrome di Morris, la Sindrome Adreno Genitale (anche detta Iperplasia Congenita del Surrene), la Sindrome di Klinefelter e la Sindrome di Turner. La seguente tabella riassume i più frequenti quadri clinici ed etiopatogenetici delle principali condizioni^{31,32,33,34,35}:

	Cromosomi	Gonadi	Genitali
Sindrome di Klinefelter	XXY	Testicoli	Maschili piccoli
Sindrome di Turner	X0/XY	Ovaie atrofiche	Femminili
Sindrome Adreno Genitale	XX	Ovaie	Ambigui
Sindrome di Morris	XY	Testicoli	Femminili

Il dibattito internazionale si confronta anche su quale sia il trattamento più idoneo alla gestione medica di tali condizioni. Per alcune di esse, in-

- 24 A. FAUSTO – STERLING, *The five sexes, revisited*, in *Sciences*, 40 (4), 2000, 18–23.
- 25 L. SAX, *A response to Anne Fausto-Sterling* in *The Journal of Sex Research* 39(3), 2002, 174-8.
- 26 L. BERNINI, *Maschio e femmina li creò?! Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010.
- 27 ORGANIZATION INTERSEX INTERNATIONAL (OII), *Brief Guidelines for Intersex Allies*, available online on oii-usa.org, 2012.
- 28 NEK–CNE – SWISS NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON BIOMEDICAL ETHICS, *On the management of differences of Sex Development. Ethical issues relating to “intersexuality”*, available online on www.nek-cne.ch, 2012.
- 29 F. DICÉ, M. AURICCHIO, I. PARISI, M. SALERNO, F. SANTAMARIA, P. VALERIO, *Disorders of Sex Development: Which frontiers in a scientific, bioethicist and social debate?* in Interuniversity Center for Bioethics Research C.I.R.B. (a cura di), *Bioethical issues*, Napoli, 2013.
- 30 F. SANTAMARIA & P. VALERIO, *Bambini e adolescenti intersessuali: quali dilemmi?* in *La Camera Blu*, 9, 2013.
- 31 B. BOSCHERINI, M. T. FONTE, P. DEL BALZO, *Endocrinologia nella pratica pediatrica*. Napoli, 2013.
- 32 M. HOLMES, *Critical Intersex*, Farnham, 2009.
- 33 H. RICHTER APPELT, *Intersexualität*, in *Zeitschrift für Sexualforschung*, 2, 2008.
- 34 M. DIAMOND, *Human Intersexuality: Difference or Disorder?*, in *Arch Sex Behav*, 38(172), 2009.
- 35 I. A. HUGHES & al., *Consensus statement on management of intersex disorders*, in *Pediatrics*, 118(2), 2006, 488 – 500.

fatti, è frequente il ricorso ad un intervento chirurgico: nelle bambine con Sindrome Adreno Genitale, si provvede un'operazione di tipo correttivo e normalizzante per modificare l'aspetto estetico dei genitali ambigui; invece, le bambine con Sindrome di Morris e, talvolta, di Sindrome di Turner, spesso subiscono interventi di gonadectomia, perché la presenza di testicoli ritenuti è talvolta considerata a rischio di degenerazioni tumorali^{36,37,38,39,40}.

L'accesso dibattito all'interno della comunità scientifica vede la presenza di coloro che sostengono fortemente la prassi operativa dell'intervento chirurgico, da loro ritenuta indispensabile per l'attribuzione del sesso in maniera definitiva, l'adeguato sviluppo dell'identità di genere e la serenità psichica di tutto il nucleo familiare. Per contro, alcuni movimenti associazionisti insistono affinché si ricorra all'intervento in fasi precoci esclusivamente in caso di imminente minaccia per l'integrità fisica del bambino; in tutti gli altri casi, essi propongono di attendere che egli raggiunga un'età adeguata ad assumere una partecipazione attiva ai processi di cura e di terapia, allo scopo di agevolare un processo decisionale condiviso^{41,42,43,44}.

La questione, estremamente complessa, non è di facile risoluzione; le più recenti posizioni scientifiche si muovono sempre di più nella posizione di agevolare l'ascolto e la considerazione dei desideri della persona che do-

-
- 36 B. BOSCHERINI, M. T. FONTE, P. DEL BALZO, *Endocrinologia nella pratica pediatrica*, Napoli, 2013.
 - 37 L. BERNINI, *Maschio e femmina li creò?! Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010.
 - 38 ORGANIZATION INTERSEX INTERNATIONAL (OII), *Brief Guidelines for Intersex Allies*, available online on oii-usa.org, 2012.
 - 39 F. SANTAMARIA & P. VALERIO, *Bambini e adolescenti intersessuali: quali dilemmi?* in *La Camera Blu*, 9, 2013.
 - 40 F. DICÉ, M. AURICCHIO, I. PARISI, M. SALERNO, F. SANTAMARIA, P. VALERIO, *Disorders of Sex Development: Which frontiers in a scientific, bioethicist and social debate?* in Interuniversity Center for Bioethics Research C.I.R.B. (a cura di), *Bioethical issues*, Napoli, 2013.
 - 41 L. BERNINI, *Maschio e femmina li creò?! Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010.
 - 42 F. DICÉ, M. AURICCHIO, I. PARISI, M. SALERNO, F. SANTAMARIA, P. VALERIO, *Disorders of Sex Development: Which frontiers in a scientific, bioethicist and social debate?*, in Interuniversity Center for Bioethics Research C.I.R.B. (a cura di), *Bioethical issues*, Napoli, 2013.
 - 43 ORGANIZATION INTERSEX INTERNATIONAL (OII), *Brief Guidelines for Intersex Allies*, available online on oii-usa.org, 2012.
 - 44 F. SANTAMARIA & P. VALERIO, *Bambini e adolescenti intersessuali: quali dilemmi?*, in *La Camera Blu*, 9, 2013.

vrà subire il trattamento⁴⁵; anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, di recente, ha dichiarato che *ogni intervento sul corpo deve essere guidato dal principio del miglior interesse per il bambino, evitando mutilazioni non necessarie (tali interventi andrebbero attuati solo in condizioni di urgenza, essendo preferibile attendere che il soggetto raggiunga una maturazione che consenta di esprimere il consenso)*.⁴⁶

Durante i nostri lavori di ricerca intervento, la nostra equipe ha avuto modo di incontrare molte famiglie con bambini con condizioni Intersex/DSD e raccogliere ed ascoltare molte testimonianze relative ai loro vissuti al momento della diagnosi clinica. In altri lavori⁴⁷ abbiamo avuto modo di riflettere su come, al giorno d'oggi, in particolare nel sud dell'Italia, le categorie del maschile e femminile siano due pietre miliari nei processi di significazione delle esperienze di vita degli individui. Ogni nuovo nato, dunque, si trova immediatamente iscritto in questo processo ed è portato a collocarsi in una di queste categorie (altri esempi sono la scelta del nome o le somiglianze fisiche con i familiari). Qualora questo non sia possibile, l'impossibilità a riferirsi a questa dicotomia può creare, nei genitori, un'impossibilità a rappresentare, a dare significato⁴⁸ alla condizione del proprio figlio; di conseguenza, possono insorgere delle confusioni che possono portare ad aderire alla proposta della medicina oppure a decisioni frettolose riguardo la salute del bambino.

Nel corso delle attività previste dai piani di ricerca intervento, alcuni pazienti mi hanno detto:

«Ha idea di cosa significa sentirsi dire che la propria figlia è nata senza la vagina?»

«Mi dissero che c'era un problema con il sesso. Ma insomma era maschio, era femmina, ma che era?»

45 NEK–CNE – SWISS NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON BIOMEDICAL ETHICS, *On the management of differences of Sex Development. Ethical issues relating to “inter-sexuality”*, available online on www.nek-cne.ch, 2012.

46 COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA DELLA REPUBBLICA ITALIANA (CNB), *I Disturbi della Differenziazione Sessuale nei minori: aspetti bioetici*, available online on www.governo.it, 2010.

47 M. F. FREDA, F. DICÉ, M. AURICCHIO, M. SALERNO, P. VALERIO, *Suspended sorrow: the crisis in the understanding of the diagnosis for the mothers of children with a Disorder of Sex Development*, in *International Journal of Sexual Health*, 2014, prepublished.

48 M. F. FREDA, F. DICÉ, M. AURICCHIO, M. SALERNO, P. VALERIO, *Suspended sorrow: the crisis in the understanding of the diagnosis for the mothers of children with a Disorder of Sex Development*, in *International Journal of Sexual Health*, 2014, prepublished.

«Ero nel corridoio attendendo di essere ricevuto, e sentii un infermiere mormorare: “Com’è possibile non sapere se la propria figlia è maschio o è femmina?”»

A fronte di tale situazione, credo che il diritto all’autodeterminazione, intesa quale possibilità di strutturazione identitaria, in caso di condizioni Intersex/DSD debba necessariamente confrontarsi con le preoccupazioni del mondo adulto e le procedure di tipo medico. Tuttavia, esso può essere valorizzato da una relazione sanitaria in cui sia ripristinata la circolarità dialogica e la possibilità di ripetuti momenti di scambio relativi all’espressione delle opinioni e dei desideri dell’intero nucleo familiare.

C’è tuttavia da considerare come assai frequente sia la riluttanza dei pazienti ad essere coinvolti nelle decisioni terapeutiche⁴⁹: in particolare, in caso di questioni così delicate, essi tendono spesso ad affidarsi completamente alla parola del medico, a mettere in atto predominanti processi di delega ed a riconoscere soltanto ad esso le competenze necessarie alla scelta clinica.

Una volta, una pediatra ci ha detto: *«La frase che sentiamo più spesso è: Dottore, io mi metto nelle sue mani! Se fosse suo figlio, che cosa farebbe?»*

Nella complessa gestione di tali difficoltà, la relazione sanitaria può essere sostenuta da una funzione psicologica al che si ponga al suo servizio, aiuti i diversi protagonisti ad accedere al dialogo intrasantario, favorisca la reciproca comprensione e promuova l’assunzione di decisioni condivise da tutti i partecipanti, in particolare dal bambino⁵⁰. Tali possibilità possono essere agevolate dall’istituzione di setting di ascolto condivisi da pediatri

49 G. ELWYN & al., *Shared decision making: a model for clinical practice*, in *J Gen Intern Med*, 27(10), 2012, 1361 – 7.

50 M. F. FREDÀ & F. DICÉ, *Metodi per lo Scaffolding Psicologico alla Relazione Sanitaria in Pediatria: I Setting di Ascolto Congiunto*. In SOCIETÀ ITALIANA DI PSICOLOGIA DELLA SALUTE (SIPSA) (Eds.), *Atti del Convegno “Psicologia della Salute e Salute della Psicologia”*. Acireale, 2015.

e psicologi^{51,52,53}, che accolgano l'utenza in diversi momenti di confronto dialogico e che consentano integrazioni fra preoccupazioni e dell'intero nucleo familiare e proposte della prassi medica.

Il lavoro dell'equipe multidisciplinare può inoltre essere potenziato dall'istituzione di setting gruppali di confronto e scambio fra gli operatori, che consentano loro di accrescere reciprocamente le diverse conoscenze e promuovere l'integrazione delle professionalità^{54,55}.

A titolo esemplificativo, riporto di seguito una breve vignetta clinica.

Nel corso dello svolgimento delle attività del gruppo di lavoro, ho avuto modo di incontrare Michela, una ragazzina di undici anni. Un giorno la nonna, mentre era intenta a lavarla, "scoprì" la presenza di un clitoride ipertrofico. In seguito ad indagini cliniche che escludono una neoplasia o un'anomalia genetica, l'atipia genitale si rivelò di tipo fenotipico.

Nonostante l'assoluta assenza di disfunzioni organiche, i genitori manifestarono fermamente l'intenzione di procedere ad un intervento chirurgico di correzione estetica; si dissero preoccupati che, in futuro, la ragazzina potesse provare dei disagi relativi alla diversità dalle altre compagne. La piccola Michela, invece, sosteneva, con grande determinazione, di non ritenere opportuno sottoporsi, in assenza di reale necessità, ad un'operazione chirurgica in un'area del corpo tanto intima e delicata.

Tale conflitto fu accolto dall'equipe multidisciplinare (pediatri e psicologi) in diversi momenti di ascolto congiunto; l'istituzione di tale setting

-
- 51 M. F. FREDA, *Lo Scaffolding Psicologico alla relazione sanitaria*, Comunicazione orale al X Congresso Nazionale SIPSA *La ricerca delle buone pratiche in Psicologia della Salute*, Orvieto, 10-12 Maggio 2013.
 - 52 M. F. FREDA, F. DICÉ, & R. DE LUCA PICIONE. *Una proposta metodologica di integrazione: Lo Scaffolding Psicologico per la relazione sanitaria [A methodological proposal of integration: The Psychological Scaffolding for the healthcare relationship]*. Rivista di Psicologia Clinica, 2, 2015, 11-25. DOI: 10.14645/RPC.2015.2.540
 - 53 M. F. FREDA & F. DICÉ. *Metodi per lo Scaffolding Psicologico alla Relazione Sanitaria in Pediatria: I Setting di Ascolto Congiunto*. In SOCIETÀ ITALIANA DI PSICOLOGIA DELLA SALUTE (SIPSA) (Eds.), Atti del Convegno "Psicologia della Salute e Salute della Psicologia". Acireale, 2015.
 - 54 M. F. FREDA & F. DICÉ. *Metodi per lo Scaffolding Psicologico alla Relazione Sanitaria in Pediatria: I Setting di Ascolto Congiunto*. In SOCIETÀ ITALIANA DI PSICOLOGIA DELLA SALUTE (SIPSA) (Eds.), Atti del Convegno "Psicologia della Salute e Salute della Psicologia". Acireale, 2015.
 - 55 P. VALERIO. & al., *I Disordini della Differenziazione Sessuale. Un approccio integrato*, in P. VALERIO. & al. (a cura di), *Figure dell'identità di genere. Uno sguardo tra psicologia, clinica e discorso sociale*, Roma, 2013.

poté consentire all'intera famiglia di confrontare le loro richieste e ansietà con le effettive necessità della cura medica, prendere in esame varie alternative e gli eventuali risvolti e, alla fine, porre al centro delle decisioni terapeutiche il desiderio di Michela di non operarsi, a meno che, in futuro, non ne avesse sentito la necessità.

In conclusione, la trattazione delle questioni legate all'identità sessuale e di genere ed all'orientamento sessuale, in particolar modo se riferite a condizioni cliniche complesse come quelle Intersex/DSD, può essere agevolata se la relazione sanitaria può consentirsi di accedere ad uno spazio dialogico che promuova comprensione e condivisione di conoscenze.

Ciò potrà essere realizzato laddove sarà accolta l'espressione delle diverse posizioni e saranno affrontati (qualora possibile) lunghi periodi di incertezza ed agevolati processi di decisionalità condivisa, con notevoli benefici per le possibilità di autodeterminazione del bambino/adolescente interessato.

PER NON SOTTOVALUTARE L'USO DELLE PAROLE. UNA PROPOSTA PER L'UTILIZZO DI TERMINOLOGIE RISPETTOSE, INCLUSIVE E RESPONSABILI RELATIVE AL MONDO LGBTQI¹

a cura di

Cristiano Scandurra, Francesca Dicé, Anna Lisa Amodéo,
Giuliana Valerio, Paolo Valerio

Originariamente le parole erano magie e, ancor oggi, la parola ha conservato molto del suo antico potere magico. Con le parole un uomo può rendere felice l'altro o spingerlo alla disperazione, con le parole l'insegnante trasmette il suo sapere agli allievi, con le parole l'oratore trascina con sé l'uditorio e ne determina i giudizi e le decisioni. Le parole suscitano affetti e sono il mezzo comune con il quale gli uomini si influenzano tra loro. Non sottovaluteremo, quindi, l'uso delle parole.

Sigmund Freud.

In questo capitolo si propone un glossario utile a favorire la conoscenza e la comprensione di termini relativi al mondo delle pluralità identitarie e delle questioni di genere, ormai ricorrenti nei diversi sistemi di comunicazione. È un contributo che intende aiutare coloro che, per motivi diversi (personali, educativi, scientifici), desiderano comprendere le diverse dimensioni e significati connessi all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Infatti, c'è spesso una mancata conoscenza dell'esatto significato di questi termini, nonostante la grande ridondanza del loro uso attraverso la

1 Il presente glossario consiste in un adattamento ed un ampliamento dell'opuscolo "Una guida all'uso dei termini politicamente corretti", a cura di Paolo Valerio, Anna Lisa Amodéo e Cristiano Scandurra, online sul sito www.sinapsi.unina.it. È stato consultato anche la "TGEU (Transgender Europe) Guide", a cura di Mina Tolu, online sul sito www.tgeu.org. Per ulteriori approfondimenti, si rimanda ad entrambi i testi.

stampa e gli altri strumenti di informazione di massa. È tuttavia importante prestare attenzione alla terminologia utilizzata per riferirsi alle persone LGBTQI (Lesbiche, Gay, Bisessuali, Transessuali/Transgender, Queer ed Intersessuali), poiché le dimensioni linguistiche, i concetti espressi tramite specifici linguaggi ed i discorsi possono avere un potente impatto sulla costruzione della realtà.

C'è differenza tra sesso e genere?

SESSO: con tale termine si denota l'appartenenza ad una categoria biologica e genetica, ovvero maschio/femmina. Esso è costituito da caratteristiche sessuali biologiche: cromosomi sessuali (XY per il maschio e XX per la femmina), genitali esterni, gonadi e caratteri sessuali secondari che si sviluppano durante la pubertà. Si è soliti pensare che le uniche possibilità siano quelle del nascere maschi o femmine. La realtà è però più complessa. Esistono, infatti, delle condizioni di intersessualità caratterizzate da uno sviluppo atipico del sesso cromosomico, anatomico o gonadico, che non sono ascrivibili al semplice binarismo maschio/femmina.

GENERE: denota l'acquisizione di uno status che si costruisce attraverso significati psicologici, culturali e sociali e che ha a che fare con le categorie sociali del maschile e del femminile.

Quali sono i significati degli altri termini legati al sesso ed al genere?

IDENTITÀ SESSUALE: termine che indica un costrutto multidimensionale che indica una dimensione soggettiva e personale del proprio essere sessuato. L'identità sessuale si costruisce nel tempo attraverso un lungo e complesso processo interattivo dove si intrecciano aspetti biologici, psicologici, educativi e socioculturali. Essa è costituita da quattro dimensioni (sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale) che possono tra loro combinarsi in una miriade di modi mai prevedibili.

IDENTITÀ DI GENERE: termine che indica un senso intimo, profondo e soggettivo di appartenenza alle categorie sociali e culturali "uomo/donna", ovvero il riconoscimento soggettivo e profondo, conscio e inconscio, di appartenere ad un genere e di non appartenere all'altro. In alcuni casi, si può percepire di non appartenere strettamente a nessuno dei generi

‘normativi’ e trovarsi dunque in una condizione non definita accettandola serenamente come la propria. Si tratta di un processo di costruzione che prende l’avvio dalla nascita e perdura fino ai tre anni di vita. Tale processo multifattoriale è il risultato di strette interazioni tra aspetti biologici, atteggiamenti genitoriali, educazione ricevuta e contesto socioculturale.

RUOLO DI GENERE: termine che indica un insieme di comportamenti, agiti all’interno delle relazioni con gli altri, e delle attitudini che nell’ambito di un dato contesto socio-culturale sono riconosciuti come propri dei maschi e delle femmine. Costruito concettualmente a partire dai 2 anni di vita e suscettibile di trasformazione nel tempo, il ruolo di genere esprime adattamento sociale alle norme condivise su attributi e condizioni fisiche (apparenza), gesti (manierismi), adornamenti, tratti di personalità, igiene personale, discorso e vocabolario, interazioni sociali, interessi, abitudini, definiti “tipicizzati” o inappropriati per genere.

ORIENTAMENTO SESSUALE: termine che indica una direzione del desiderio sessuale ed affettivo, cioè l’attrazione sessuale ed affettiva verso una persona dello stesso sesso (omosessualità), del sesso opposto (eterosessualità) o di entrambi i sessi (bisessualità).

ESPRESSIONE DI GENERE: termine che indica la manifestazione esterna della propria identità di genere, attraverso il nome, il comportamento, l’abbigliamento e le caratteristiche corporee. Solitamente si fa riferimento ai termini mascolinità e femminilità, ma questi concetti possono presentare delle specificità relative ai contesti culturali in cui vengono trattati.

Come definiamo le possibilità identitarie relative alle questioni di genere ed agli orientamenti sessuali?

LGBT: acronimo di derivazione anglosassone che indica le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender o transessuali. Ultimamente tale acronimo si è esteso anche alle persone che vivono una condizione intersessuale e alle persone che si identificano come queer, modificandosi in LGBTQI.

LESBICA/GAY: aggettivo che indica una donna/un uomo con orientamento sessuale di tipo omosessuale; alcune persone lesbiche potrebbero

identificarsi come omosessuali, ma l'uso del termine lesbica è più corretto quando si parla di donne.

OMOAFETTIVO: aggettivo che si riferisce a chi prova sentimenti d'amore nei confronti di una persona del suo stesso sesso. Il termine, di divulgazione più recente rispetto ad "omosessuale", pone l'accento sul legame affettivo, e non soltanto sulla sessualità, che caratterizza le relazioni fra persone dello stesso sesso.

BISESSUALE: aggettivo che indica una persona con orientamento sessuale di tipo bisessuale.

TRANSGENDER: aggettivo che indica una persona che non si riconosce nel modello dicotomico maschio/femmina che la società impone, travalicando così ruoli ed atteggiamenti legati al proprio genere e che non produce alcuna domanda di modificazione dei caratteri sessuali primari o secondari. In sostanza, questo termine viene utilizzato per descrivere tutte quelle persone che non sentono di rientrare nei modelli socioculturali rigidamente imposti di maschile/femminile. Per estensione, oggi viene anche utilizzato per riferirsi a tutte quelle condizioni di non-congruenza tra il genere ed il sesso (transessuali, cross-dresser o travestiti, drag-queen, drag-king, ecc.).

TRANSESSUALE: aggettivo che indica una persona che vive una discordanza tra il sesso biologico e l'identità di genere. Queste persone, a differenza dei soggetti transgender, pongono alla scienza medica una domanda di modificazione dei caratteri sessuali primari e secondari e di potersi sottoporre alla "Riattribuzione Chirurgica del Sesso" come previsto dalla legge n. 164/82 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso). Credenze e sentimenti tipicamente riscontrati sono "ho un'anima femminile intrappolata in un corpo maschile" nel caso delle persone transessuali M to F (da Maschio a Femmina – male to female) o "ho un'anima maschile intrappolata in un corpo femminile" nel caso delle persone transessuali F to M (da Femmina a Maschio – female to male). Tale condizione è indipendente dall'orientamento sessuale.

TRAVESTITISMO, detto anche *cross-dressing*: termine che si riferisce ad una pratica solitamente effettuata in privato da soggetti di sesso maschile che tendono ad indossare abiti del genere opposto al proprio. Tale pratica è totalmente indipendente dall'orientamento sessuale della persona che la

attua. Non bisogna mai usare il termine “travestito” per indicare una persona transgender. Il travestitismo è ormai considerato dalla comunità LGBT un termine offensivo e patologizzante che, sebbene ancora presente come diagnosi psichiatrica a sé, andrebbe assolutamente evitato.

QUEER: aggettivo che deriva dall’inglese “strambo”, “eccentrico”, ma anche “finocchio” e “frocio”, ma indica attualmente una condizione soggettiva in cui non ci si riconosce nelle identità fisse, nelle categorie prefabbricate e precostituite che la società impone e nella logica binaria e dicotomica etero/omo, maschile/femminile.

INTERSESSUALE: aggettivo che indica una persona con sviluppo sessuale differente, ovvero caratteristiche anatomiche eterogenee (a livello cromosomico, genitale o di organi riproduttivi) che, per la loro natura, non consentono di definirle tipicamente come maschi o femmine.

CISGENDER/CISESSUALE: aggettivo che si riferisce alle persone che si sentono a proprio agio nell’identità sessuale che è stata loro assegnata alla nascita. È di solito utilizzato come opposto di “transessuale”.

La rivelazione: c’è differenza tra outing e coming out?

COMING OUT: termine che indica un processo che indica la volontà e l’atto di rivelare agli altri (*coming out* esterno) così come a sé stessi (*coming out* interno) il proprio orientamento omosessuale (o omoaffettivo, cfr.) e la propria identità di genere. Se nella prima accezione indica il gesto dell’esternazione della propria omosessualità ed identità di genere, nella seconda accezione indica l’accettazione interiore degli stessi.

OUTING: termine che, contrariamente al *coming out*, indica la pratica, solitamente politica, di rivelare pubblicamente l’omosessualità di alcune persone che vivono la propria omosessualità in segreto. Rappresenta, dunque, una pratica violenta, di rivelazione dell’orientamento sessuale di una persona senza il suo consenso.

Quali sono gli atteggiamenti della società che discriminano il mondo LGBTQI?

OMOFOBIA: termine attribuito a George Weinberg, che indica “il timore di essere con un omosessuale in un luogo chiuso e, per quel che riguarda gli omosessuali, l’odio verso sé stessi; paura di trovarsi a stretto contatto con una persona omosessuale che spinge a reazioni di ansia, disgusto, avversione e disagio”. Il termine omofobia, però, data la sua radice etimologica che richiama il termine “fobia”, risulta inadeguato poiché non ha nulla a che fare con la fobia inteso in senso clinico. Al suo posto alcuni autori propongono il termine di *omonegatività*, che, oltre al disagio, alla paura e all’imbarazzo, dà spazio anche ai concetti di pregiudizio e disapprovazione, comprendendo le tre dimensioni principali del costrutto: dimensione personale ed individuale (di natura affettiva e cognitiva, si manifesta nell’insieme di pregiudizi, stereotipi e credenze soggettive circa l’omosessualità); dimensione culturale, sociale ed interpersonale (considera non tanto la persona omosessuale in quanto soggetto, ma l’omosessualità in quanto fenomeno psico-sociale); dimensione istituzionale (familiare, lavorativo, scolastico, sportivo).

OMONEGATIVITÀ INTERIORIZZATA: termine che indica un insieme di atteggiamenti e sentimenti negativi che una persona omosessuale può arrivare a provare nei confronti della propria e dell’altrui omosessualità, avendo interiorizzato tutti quei pregiudizi negativi, valori opprimenti ed atteggiamenti discriminatori facenti parte di una società eterosessista (cfr.) e della formazione dell’identità maschile. Le dimensioni maggiormente associate all’omonegatività interiorizzata sono: scarsa accettazione di sé, sentimenti di vergogna, inferiorità ed odio nei confronti della propria persona ed, in generale, verso le altre persone omosessuali, difficoltà ad effettuare il coming out che può essere considerato come un processo proiettivo e altamente funzionale.

TRANSFOBIA: termine che indica una reazione di paura, disgusto e discriminazione nei confronti delle persone transessuali o transgender. Il terreno fertile da cui nasce l’atteggiamento discriminatorio e pregiudiziale è il genderismo (cfr.).

TRANSFOBIA INTERIORIZZATA: termine che indica un estremo e profondo disagio verso la propria condizione transgender/transessuale derivante dall’interiorizzazione delle norme della società riguardanti il genere. Essa si manifesta principalmente in due modi: 1) allo scopo di conformarsi al binarismo di genere ed evitare stigmatizzazioni, le persone transgender/transessuali potrebbero nascondere i loro sentimenti e la loro identità agli

altri e, nei casi in cui viene effettuata la Riassegnazione Chirurgica del Sesso, ‘passare per’ un membro dell’altro sesso; 2) le persone transgender/transessuali potrebbero sviluppare atteggiamenti fortemente negativi nei confronti delle altre persone transessuali/transgender e desiderare di non essere associati alla loro comunità.

Quali sono gli effetti di questi atteggiamenti?

OMONEGATIVITÀ INTERIORIZZATA: insieme di atteggiamenti e sentimenti negativi che una persona omosessuale può arrivare a provare nei confronti della propria e dell’altrui omosessualità, avendo interiorizzato tutti quei pregiudizi negativi, valori opprimenti ed atteggiamenti discriminatori facenti parte di una società eterosessista e della formazione dell’identità maschile. Le dimensioni maggiormente associate all’omonegatività interiorizzata risultano essere una scarsa accettazione di sé, sentimenti di vergogna, inferiorità ed odio nei confronti della propria persona e, in generale, verso le altre persone omosessuali, difficoltà ad effettuare il coming out che può essere considerato come un processo protettivo e altamente funzionale.

TRANSFOBIA INTERIORIZZATA: estremo e profondo disagio verso la propria condizione transgender/transessuale derivante dall’interiorizzazione delle norme della società riguardanti il genere. Essa si manifesta principalmente in due modi: 1) allo scopo di conformarsi al binarismo di genere ed evitare stigmatizzazioni, le persone

transgender/transessuali potrebbero nascondere i loro sentimenti e la loro identità agli altri e, nei casi in cui viene effettuata la Riassegnazione Chirurgica del Sesso, ‘passare per’ un membro dell’altro sesso; 2) le persone transgender/transessuali potrebbero sviluppare atteggiamenti fortemente negativi nei confronti delle altre persone transessuali/transgender e desiderare di non essere associati alla loro comunità.

MINORITY STRESS: termine che fa riferimento al profondo disagio psicologico, legato al fatto di appartenere ad una “minoranza sessuale”, che impedisce di vivere serenamente la propria condizione omosessuale o transgender / transessuale. Fa riferimento ad episodi di discriminazione, stigma e violenza subiti dalle persone LGBT. Si compone di tre dimensioni: 1) omofobia interiorizzata; 2) stigma percepito (sfera correlata alle aspettative soggettive di rifiuto e discriminazione); 3) esperienze vissute di discriminazioni e violenza.

Quali sistemi ideologici possono indurre atteggiamenti discriminatori?

ETEROSESSISMO: ideologia che nega, denigra e stigmatizza ogni forma di comportamento, identità, relazione o comunità non eterosessuale, che dunque spingerebbe alla negazione totale dell'omosessualità in quanto realtà esistente e costitutiva di alcuni individui.

GENDERISMO: ideologia che rinforza la valutazione negativa della non conformità di genere o dell'incongruenza tra il sesso biologico e il genere sentito come proprio. Si tratta di un dispositivo culturale che perpetua giudizi negativi sulle persone che non si presentano come confacenti agli stereotipi maschili o femminili.

SESSISMO: ideologia che struttura i rapporti tra i sessi solitamente a discapito del sesso femminile. Si tratta, dunque, di una forma di discriminazione basata sulla presunta superiorità di un sesso (maschile) rispetto all'altro (femminile).

Che cos'è un'unione civile?

UNIONE CIVILE: riconoscimento giuridico della convivenza tra due persone, siano esse omosessuali o eterosessuali che, a seconda del Paese in cui è stata sancita, assume forme legali diverse. Non può essere equiparata al matrimonio poiché essa prevede minori tutele e meno diritti.

Come favorire l'uso di termini più rispettosi, inclusivi e responsabili?

L'uso di un linguaggio irrispettoso e non inclusivo può contribuire ad aggravare lo stigma e la discriminazione, mentre l'uso di termini "rispettosi, inclusivi e responsabili" può avere molte ricadute positive sulle persone sia sul piano affettivo che psicologico. Attraverso la seguente tabella, proviamo a fare chiarezza, liberando un'ampia serie di termini e vocaboli da stereotipi, pregiudizi e stigma, favorendo un'informazione corretta e realmente inclusiva.

Termini da usare	Esempi d'uso	Termini da evitare	Spiegazione
Gay (aggettivo) Lesbica (aggettivo) Bisessuale (aggettivo)	<i>“Persona/persona gay”</i> <i>“Uomo/uomini gay”</i> <i>“Persona/Persona lesbica”</i> <i>“Uomini e donne bisessuali”</i> <i>“Lui è gay /Lei è lesbica/Lui è bisessuale”</i>	Gay (sost.) (come in, “Lui è un gay”)	Gay e lesbica sono aggettivi, non sostantivi. Gay a volte è utilizzato come un termine ombrello che comprende al suo interno gli orientamenti non eterosessuali (ma, su un piano linguistico, non ha a che fare con le persone transgender). Alcune persone lesbiche potrebbero identificarsi come gay, ma l'uso del termine lesbica è più corretto quando si parla di donne.
Essere gay	<i>“Lui si riferisce al suo essere gay”</i>	Questo è proprio gay (insulto offensivo)	Rimarcare l'essere gay di una persona, utilizzando frasi del tipo “è proprio gay”, può risultare molto offensivo.
Orientamento Orientamento sessuale Orientamento omoaffettivo	<i>“L'orientamento di una persona”</i> <i>“L'orientamento sessuale può essere un tema complesso”</i>	Preferenza sessuale Stile di vita gay Stile di vita omosessuale Attrazione per lo stesso sesso Identità sessuale	Sotteso all'uso del termine “preferenza sessuale” c'è l'ipotesi che l'essere gay sia una scelta e che dunque la persona possa essere aiutata a cambiare. L'essere gay non è assolutamente una scelta e l'orientamento omosessuale (o meglio, omoaffettivo) non può essere modificato in eterosessuale come sostenuto dagli esponenti delle cosiddette terapie riparative: esse, sostenendo che l'omosessualità sia una patologia, affermano che sia possibile modificare l'orientamento sessuale delle persone gay, con potenziali gravi conseguenze sul piano psichico.

Transgender (aggettivo)	<i>“Persona transgender”</i> <i>“Inclusione transgender”</i>	Transessualizzato (in inglese “transgendered”) Un transgender (sost.)/ I transgender (sost.) Travestito/ Trans – travestito (in senso dispregiativo)	Transgender è un aggettivo, non un sostantivo. Bisogna fare attenzione a non appellare qualcuno utilizzando l'espressione “un transgender”. Non bisogna aggiungere, inoltre, ciò che non è necessario, come ad esempio il suffisso “-zzato” (in inglese “-ed”) al termine (transessualizzato; in inglese “transgendered”): tale suffisso potrebbe, infatti, connotare una condizione di qualche tipo, anche patologica (come “alcolizzato”). Non bisogna mai usare il termine “travestito” per indicare una persona transgender. Il travestitismo è ormai considerato dalla comunità LGBT un termine offensivo e patologizzante che, sebbene ancora presente come diagnosi psichiatrica a sé, andrebbe assolutamente evitato. L'abbreviazione trans è, inoltre, spesso usata dalla comunità LGBT, ma può non essere compresa da un pubblico che non ha familiarità con questi temi.
--------------------------------	---	---	--

Identità di genere Espressione di genere	<i>“Tutte le persone dovrebbero essere trattate con rispetto nei riguardi della propria identità e sentirsi libere di esprimere il genere a cui sentono di appartenere”</i>	Identità sessuale (in questo caso, il termine corretto è “identità di genere”) Identità transgender (è consigliabile usare “identità di genere”)	Non tutte le persone transgender si identificano come tali; alcune si identificano e si percepiscono come uomini o donne. Inoltre, è da notare che identità di genere ed espressione di genere (come una persona esternamente e nel sociale esprime il genere a cui sente di appartenere) non sono termini interscambiabili.
Transizione	<i>“Lei/lui ha iniziato ad effettuare la transizione l'anno scorso”</i>	Cambio di sesso Operazione di cambio di sesso Pre-op / Post-op	Transizione è il termine corretto da usare perché non rimanda agli interventi chirurgici: non tutte le persone transgender, infatti, sono interessate ad effettuarli. I termini “pre-op” o “post-op” necessariamente si rivolgono all'anatomia di una persona e dovrebbero essere evitati quando non sussiste il desiderio di modifica dei caratteri sessuali primari o secondari.

Matrimonio Esclusione dal matrimonio Negazione del matrimonio	<i>“L’esclusione delle coppie gay dal matrimonio, rende loro più difficile prender- si cura l’uno per l’altro”</i>	Matrimonio gay	Le coppie gay e quelle eterosessuali vogliono sposarsi per ragioni simili, e cercano di avvalersi dell’istituzione del matrimonio nella sua forma più attuale. Così come è inappropriato denominare il matrimonio tra due anziani “matrimonio di anziani”, è anche inappropriato denominare il matrimonio di una coppia gay o lesbica “matrimonio gay”. Se dovesse essere necessaria maggiore chiarezza, si potrebbe anche utilizzare l’espressione matrimonio per coppie gay (o gay e lesbiche). Inoltre, mentre l’espressione “pari opportunità nel matrimonio” può essere utile quando si parla con persone favorevoli al matrimonio per coppie gay o lesbiche, essa può creare una notevole confusione e forti barriere alla comprensione per altri tipi di persone che non sono così favorevoli o che non hanno ancora un’idea chiara su tale questione. Quando è possibile, semplicemente bisogna parlare di matrimonio, senza ulteriori qualificazioni.
--	---	---------------------------	---

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANNA LISA AMODEO, Ricercatore di Psicologia Clinica presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II;

LORENZO BERNINI, Ricercatore di Filosofia Politica presso l'Università degli Studi di Verona;

ROSSELLA BONITO OLIVA, Professore ordinario di Filosofia Morale presso l'Università degli Studi di Napoli L'Orientale;

STEFANO CELENTANO, Giudice del Tribunale di Napoli e componente del comitato di redazione di "Questione Giustizia";

ANTONIO D'ALOIA, Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Parma;

FRANCESCA DICÉ, Psicologa, Psicoterapeuta Specialista in Psicologia Clinica e Dottore di Ricerca in Scienze Psicologiche e Pedagogiche presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II;

LUIGI FERRARO, Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato presso la Seconda Università degli Studi di Napoli;

GIANLUCA GENTILE, Professore associato di Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa;

EUGENIO LECALDANO, Professore emerito di Filosofia Morale presso l'Università di Roma La Sapienza;

GAETANO MANFREDI, Rettore dell'Università degli Studi di Napoli Federico II;

VALERIA MARZOCCO, Professore associato di Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II;

SIMONA PICARIELLO, Psicologa e Dottore di Ricerca in Scienze Psicologiche e Pedagogiche presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II;

ALBERTO POSTIGLIOLA, Docente di Storia della Filosofia presso l'Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale';

FABIANA SANTAMARIA, Psicologa, Psicoterapeuta Specialista in Psicologia Clinica e Dottore di Ricerca in Studi di Genere presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II;

CRISTIANO SCANDURRA, Psicologo e Dottore di Ricerca in Studi di Genere presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II;

IGNAZIO SCHINELLA, Professore ordinario di Teologia Morale presso la Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale, sez. "San Tommaso" (Capodimonte) di Napoli;

PASQUALE STANZIONE, Professore straordinario di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Roma LinK Campus University;

GIULIANA VALERIO, Professore associato di Pediatria Generale e Specialistica presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope;

PAOLO VALERIO, Professore ordinario di Psicologia Clinica presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II;

MASSIMO VILLONE, Professore emerito di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II;

ROBERTO VITELLI, Ricercatore di Psicologia Clinica presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

QUADERNI DI BIOETICA

1. *Il bambino che viene dal freddo. Riflessioni bioetiche sulla fecondazione artificiale*, a cura di A. Nunziante Cesàro, Franco Angeli, Milano, 2000
2. *Etica della salute e "terapie non convenzionali"*, Atti del Convegno di Napoli (29/30 novembre e 1° dicembre 2000), a cura di L. Melillo, Quaderno n. 1, Giannini, Napoli, 2002
3. *Ricerche di bioetica*, a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 2, Giannini, Napoli, 2004
4. *Medicina ed etica di fine vita*, Atti del Convegno di Napoli (22/24 aprile 2002), a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 3, Giannini, Napoli, 2004
5. *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 4, Giappichelli, Torino, 2005
6. *La cura delle donne*, Atti del Convegno di Napoli (27-29 ottobre 2004), a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 5, Meltemi, Roma, 2006
7. *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Quaderno n. 6, Giappichelli, Torino, 2010
8. Interuniversity Center for Bioethics Research, *Bioethical issues*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013

NUOVA SERIE

1. *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 1, Mimesis, Milano, 2012
2. *Identità in dialogo. La liberté des mers*, a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 2, Mimesis, Milano, 2012
3. *Bioetica e cura. L'alleanza terapeutica oggi*, a cura di L. Chieffi e A. Postigliola, Quaderno n. 3, Mimesis, Milano, 2014
4. *Bioetica, ambiente e alimentazione*, a cura di F. Del Pizzo e P. Giustiniani, Quaderno n. 4, Mimesis, Milano, 2014
5. *Frontiere mobili. Implicazioni etiche della ricerca biotecnologica*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 5, Mimesis, Milano, 2014
6. *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi e J. R. Salcedo Hernández, Quaderno n. 6, Mimesis, Milano 2015

*Finito di stampare
nel mese di novembre 2016
da Digital Team - Fano (PU)*