

Alla cortese attenzione della 2^a Commissione permanente (Giustizia)

Senato della Repubblica

Oggetto: Analisi delle definizioni di cui all'art. 1 e della "clausola salva idee" di cui all'art. 4 del ddl Zan.

Con la presente mi permetto di condividere alcune riflessioni che ritengo possano essere utili nel dibattito relativo al disegno di legge A.S. n. 2005, c.d. "ddl Zan", anzitutto, evidenziando alcune delle maggiori criticità, dal punto di vista concettuale e dell'indeterminatezza, delle definizioni di "genere" e di "identità di genere" contenute nell'art. 1 del ddl e, in seguito, valutando la formulazione della c.d. "clausola di salvaguardia" di cui all'art. 4 del disegno di legge.

Art. 1, definizioni di genere e identità di genere

Ai sensi del disegno di legge, «*per **genere** si intende qualsunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso*». Questa definizione sembra erranea, troppo ampia, indeterminata e diversa dalle definizioni di "genere" che trovano già applicazione nell'ordinamento. La Convenzione c.d. "di Istanbul", ratificata dall'Italia il 10/09/2013, afferma che con il termine "genere" ci si riferisce a "*ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini*". La principale differenza con la definizione fornita dal disegno di legge è che, nella Convenzione di Istanbul, contano come "genere" le manifestazioni e gli attributi considerati *conformi* ("appropriati") al sesso non anche quelli *contrastanti*; inoltre, la Convenzione sembra riferirsi a una concezione binaria della sessualità ("donne e uomini"), diversamente dal ddl Zan. La questione sulla natura "non binaria" e fluida del "genere" si traduce in un problema di indeterminatezza. Quest'ultima è relativa non solo al numero dei "generi" possibili ma anche al tipo di fenomeno che il "genere" descrive. Il disegno di legge sembra riferirsi ad una concezione non binaria e fluida, in quanto: non vi è un riferimento binario alle categorie di "uomo" e "donna"; le manifestazioni possono essere

contrastanti con le aspettative sociali e l'identità di genere - definita in funzione del genere - è eminentemente soggettiva, indipendente dal percorso di transizione (art. 1, d).

La lista dei generi possibili (e, conseguentemente, delle identità di genere) è, peraltro, estremamente variegata, anche secondo fonti "autorevoli": l'Istituto Superiore di Sanità e l'UNAR ci informano - attraverso il portale istituzionale Infotrans.it - che esistono gli Agender, i Cisgender, i Demigender, i Desister, i Gender questioning, i Genderfluid («*persone la cui identità di genere fluttua tra i generi variando a seconda del momento o di altre circostanze*»), i Genderqueer, i Two Spirit, i GNC (genere non conforme) e i TGNC, i Pangender (che vivono «*in una molteplicità di generi simultanea*»). Ci sono anche i "Bigender", a proposito dei quali apprendiamo che «*Il genere può essere stabile e la persona sente di appartenere a due generi contemporaneamente oppure il genere può essere fluido e la persona può sentirsi, per esempio, in alternanza, a volte donna e a volte uomo*». Non mancano nemmeno i "Trigender" (come i Bigender, ma «*le identità di genere con cui la persona si identifica in tal caso sono tre*»)¹. *Ca va sans dire*, tutti questi generi e identità di genere sarebbero assolutamente normali e naturali². Si tenga presente che l'opinione dell'UNAR in materia è particolarmente importante nel contesto del ddl Zan, in quanto il disegno di legge (all'art. 8) affida a quest'ufficio il compito di elaborare con cadenza triennale una "strategia nazionale" che definisca obiettivi e le misure relative all'educazione e all'istruzione, al lavoro, alla sicurezza, anche con riferimento alla situazione carceraria, alla comunicazione e ai media.

L'ampiezza e indeterminatezza della definizione di "genere" nel ddl Zan è tale che l'espressione "**qualunque manifestazione esteriore**" potrebbe riferirsi anche a manifestazioni sessuali comunemente ritenute "perverse" o illecite. Non vi è nulla nel disegno di legge che escluda dalla definizione di "genere" o di "identità di genere" - e conseguentemente dalla tutela prevista negli articoli successivi - le manifestazioni esteriori perverse (legate a parafilie) o persino criminali, in quanto tali "contrastanti con le aspettative sociali connesse al sesso". Ad

¹ Si veda la sezione "Glossario" di Infotrans, reperibile all'indirizzo: <https://www.infotrans.it/it-schede-8-glossario-transgender>.

² «*Tutte le identità di genere sono naturali (normali)*», Infotrans, pagina "Chi è una persona transgender", reperibile all'indirizzo: <https://www.infotrans.it/it-schede-2-persona-transgender>.

esempio, si pensi alle manifestazioni legate a parafilie quali i disturbi esibizionistico, frotteuristico, pedofilico, sadistico o voyeuristico. Anche l’adescamento di ragazzini a scopo sessuale da parte di un maschio adulto potrebbe ben rientrare nella definizione di “manifestazione esteriore... contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso”. Il termine “qualunque”, nei casi in cui è usato nei testi legislativi, ha appunto la funzione di ampliare al massimo la categoria di riferimento. L’espressione “connesse al sesso” è sufficientemente vaga da riferirsi a qualunque espressione della sessualità (per definizione in qualche modo “connessa al sesso”³). Includere altresì le manifestazioni “contrarie” alle aspettative sociali connesse al sesso significa includere sostanzialmente ogni attività, comportamento, atteggiamento o fatto relativo alla sessualità, anche se ripugnante.

La preoccupazione di escludere manifestazioni sessuali illecite dalle tutele antidiscriminazione - totalmente assente dal ddl Zan - era peraltro già presente nell’ordinamento. L’art. 8, d.lgs 251/2007 in tema di “motivi di persecuzione” al fine del riconoscimento dello status di rifugiato, dispone che «*In funzione della situazione nel Paese d’origine, un particolare gruppo sociale può essere individuato in base alla caratteristica comune dell’orientamento sessuale, fermo restando che tale orientamento non includa atti penalmente rilevanti ai sensi della legislazione italiana*». Non è, del resto, un caso che la diversa definizione di “genere” nella Convenzione di Istanbul riguardasse solo manifestazioni esteriori considerate socialmente *appropriate* per donne e uomini. Si tenga presente che il Governo italiano, in sede di firma della Convenzione di Istanbul⁴, riconobbe che il concetto di “genere” ivi contenuto era comunque problematico: l’Italia depositò presso il Consiglio d’Europa una nota verbale con la quale dichiarava che “applicherà la Convenzione nel rispetto dei principi e delle previsioni costituzionali”. La dichiarazione era motivata dal fatto che la definizione di “genere” contenuta nella Convenzione (l’art. 3, lettera c) era ritenuta “troppo ampia e incerta e [presentava] profili di criticità con l’impianto costituzionale italiano”. Adesso, invece, mediante il ddl Zan si

³ Secondo “Oxford Languages” la *sessualità* corrisponde appunto al complesso dei caratteri e dei fenomeni *relativi al sesso*, oppure esprime genericamente *pertinenza al sesso*.

⁴ Si può consultare il sito della Camera dei deputati all’indirizzo: <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/es0030inf.htm#no>.

pretende di porre una definizione ben più ampia, indeterminata e pericolosa di “genere” a fondamento di una normativa penale.

Non si può correre ai ripari invocando altre definizioni di genere o di identità di genere più determinate, fornite dalla giurisprudenza o presupposte da altre normative (come quella della legge 164/1982). Infatti, è lo stesso ddl Zan a proporre espressamente le proprie definizioni, “ai fini della presente legge” (art. 1). Ciò significa che - stando alla lettera delle disposizioni proposte - se una persona dovesse essere trattata in modo sfavorevole (o meno favorevole di altri) per il motivo che stava “manifestando” una sua parafilia, potrebbe invocare la tutela antidiscriminatoria di cui al ddl Zan. Similmente, se taluno diffamasse o commettesse un altro reato contro una persona per il motivo che quest’ultima stava “manifestando” in modo perverso (o potenzialmente criminale) la sua sessualità, potrebbe applicarsi l’aggravante di cui all’art. 3 del disegno di legge.

Alcuni hanno cercato di sostenere che il ddl Zan non possa riferirsi a manifestazioni illecite di parafilie in quanto queste sono appunto riconosciute come illecite dall’ordinamento, e pertanto il ddl Zan non implicherebbe la loro “legalizzazione” soltanto in virtù di una definizione generica della fattispecie. Ad esempio, l’art. 609-quater c.p., che punisce gli atti sessuali con minorenne, e l’art. 414-bis c.p., che punisce l’istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia, escluderebbero - si sostiene - l’applicabilità del ddl Zan a pratiche di pedofilia. Si potrebbe obiettare, insomma, che un’interpretazione sistematica del disegno di legge nel contesto dell’intero ordinamento risolve la problematica sollevata in relazione alle manifestazioni “contrastanti con le aspettative sociali”.

Tuttavia, questa obiezione ignora completamente i termini della questione: il problema non è che il ddl Zan rischia di “legalizzare” comportamenti illeciti (non è ciò che ho sostenuto) ma che rischia di criminalizzare (o di punire più gravemente) la persona che *reagisce* a (o agisce a motivo di) manifestazioni di parafilia (lecite o illecite che siano). Di per sé, infatti, un’interpretazione sistematica non è incompatibile con l’incriminazione del comportamento di chi reagisce in un certo modo contro un atto sia pure illecito o addirittura delittuoso. Si pensi agli artt. 392 e 393 c.p. che puniscono l’esercizio arbitrario delle proprie ragioni, cioè un comportamento che può essere occasionato dall’illecito altrui. In generale, è chiaro che

l'illecito di un soggetto non giustifica qualsiasi comportamento nei suoi confronti. Dunque, il criminale che compie atti sessuali illeciti sarebbe comunque punito, anche dopo l'eventuale approvazione del ddl Zan, ma rischia di essere punito anche chi "discrimina" o "istiga a discriminare" contro il perverso o il delinquente, e rischia di essere punito più gravemente chi commette un reato a motivo della manifestazione di una particolare parafilia altrui. Inoltre, si tenga a mente che la problematica di cui sopra include manifestazioni di parafilie che non sono necessariamente sanzionate penalmente dall'ordinamento.

Non credo che i proponenti del ddl Zan avessero inteso ricomprendere anche le manifestazioni di parafilie tra i fenomeni "tutelati" dal disegno di legge. Tuttavia, è innegabile che i testi legislativi abbiano vita propria (*scripta manent*) e che, nel modo in cui sono interpretati e applicati dal diritto vivente, talvolta si discostano dalle originarie intenzioni del legislatore. Il problema testuale che ho illustrato, quindi, è l'ennesima prova di quanto il ddl Zan sia scritto male e di quanto possano essere imprevedibili le sue conseguenze. Se qualche dubbio dovesse venire a riguardo, basta esaminare l'art. 4 del medesimo disegno di legge che ora mi appresto a valutare.

Art. 4, Pluralismo delle idee e libertà delle scelte

L'art. 4 del ddl Zan prevede che: *«Ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti».*

Quest'articolo è stato criticato a giusto titolo anzitutto dal punto di vista meramente linguistico. Appare verboso ("convincimenti od opinioni...") nonché poco chiaro e illogico laddove esclude "le condotte legittime riconducibili ecc.". Infatti, non si comprende in quale modo si configuri la legittimità delle "condotte legittime": sono legittime in quanto coperte da una normativa primaria oppure anche secondaria? Sono "legittime" facendo astrazione o, al contrario, tenendo in considerazione le novelle di cui all'art. 2 del ddl Zan? Sembra, poi, completamente inutile l'espressione "libertà delle scelte", in quanto ogni "condotta legittima" (e persino quella illegittima) è in qualche modo riconducibile alla libertà di scelta.

Tuttavia, vi è un'altra considerazione che è - a mio avviso - ancor più dirimente e che evidenzia la totale inapplicabilità dell'art. 4. Quest'articolo, così formulato, è totalmente inutile e inidoneo a salvaguardare il "pluralismo delle idee e libertà delle scelte" poiché non può trovare applicazione, nel contesto del ddl Zan e degli artt. 604 bis e ter c.p., in virtù della sua struttura logica.

L'art. 4, in effetti, non salvaguarda l'espressione di idee o le condotte che sono "idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti". Ora, tale clausola vanifica completamente il senso della disposizione, in quanto il ddl Zan minaccia la libertà di espressione e di scelta proprio nelle ipotesi in cui questa libertà è interpretabile come istigazione alla discriminazione e, quindi, come costituente un pericolo per la commissione di atti discriminatori.

Al fine di illustrare ancor più chiaramente la mancanza di senso della disposizione, si consideri che il disegno di legge punirebbe chi istiga alla discriminazione o commette atti di discriminazione per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità. Sarebbe punito chi istiga, commette o provoca alla violenza per i medesimi motivi. Inoltre, sarebbero vietate le organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per gli stessi motivi.

Il concetto di "discriminazione" è uno dei più ampi e indeterminati. Sono poco convincenti alcuni tentativi di delimitarne il significato (ad esempio, la definizione - solo in apparenza ristretta - presente nella convenzione di New York sarebbe comunque inapplicabile ad una normativa anti omotransfobia). Sulla base della giurisprudenza nazionale e CEDU, nonché della legislazione antidiscriminatoria vigente, non compiere "atti discriminatori" significa, in fin dei conti, non "trattare irragionevolmente in modo diverso". Il grado di indeterminatezza è sostanzialmente pari a quello di una disposizione penale che punisse penalmente chiunque genericamente "commetta ingiustizie". Inoltre, le disposizioni antidiscriminatorie non fanno differenza tra fenomeni molto diversi: non è uguale discriminare nell'erogazione di un servizio pubblico piuttosto che in un'attività economica privata, o persino un'attività non professionale. Non è un caso che molti giuristi abbiano indicato come modello da seguire quello presente

nel Codice penale francese, il quale all'art. 225-2 determina quando una discriminazione ai sensi dell'articolo precedente può essere punibile (ad es. licenziare una persona). La combinazione di un termine ampio come "discriminazione" ed espressioni vaghe e controverse come "genere" e "identità di genere" costituisce uno degli aspetti più problematici del disegno di legge. "Istigare" è incitare qualcuno a compiere un atto illecito. È un comportamento che di per sé consiste in una manifestazione di idee e convincimenti. L'indeterminatezza combinata della risultante fattispecie di istigazione alla discriminazione omotransfobica è proprio ciò che minaccia la libertà di espressione del pensiero e delle scelte. In questo contesto, "discriminazione" è ogni trattamento o distinzione, considerata irragionevole alla luce del ddl Zan, basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere.

Punire genericamente l'istigazione alla discriminazione è potenzialmente più pericoloso che punire la propaganda di idee: quest'ultima è stata ricostruita dalla giurisprudenza come una forma di istigazione che richiede comunque una organizzazione di mezzi e il carattere della pubblicità. Invece, l'istigazione alla discriminazione potrebbe corrispondere anche a una convinzione espressa in privato. La Suprema Corte ha precisato che la mera espressione di idee non è punibile ai sensi dell'art. 604 bis. Ci vuole il "*quid pluris*" dell'istigazione. Ma tale *quid pluris* c'è qualora la manifestazione del pensiero intenda esercitare una certa (sia pure minima) influenza sulle opinioni e sul comportamento altrui, come spesso accade nelle dichiarazioni pubbliche, nelle campagne di sensibilizzazione, nell'attività di insegnamento, nelle prediche, nei messaggi pubblicitari, nell'attivismo sociale e politico, negli appelli e nelle petizioni, e persino nel mero "consiglio" dato in privato. In sostanza, il "*quid pluris*" dell'incitamento è in realtà connaturato a moltissimi tipi di manifestazioni del pensiero che mirano ad esercitare una influenza su terzi e che sono di per sé tutelate dall'art. 21 Cost. Secondo l'autorevole definizione del Parlamento Europeo (Risoluzione del 2006) sarebbe discriminazione omofobica anche la riaffermazione del matrimonio tra uomo o donna o qualsiasi disuguaglianza nei diritti familiari tra coppie etero e omosessuali. Qualsiasi manifestazione del pensiero che intenda esercitare una certa (sia pure minima) influenza sulle opinioni e sul comportamento altrui potrebbe essere considerata istigazione alla discriminazione omotransfobica se divergente dalle tesi LGBT.

Concretamente, quali manifestazioni del pensiero potrebbero essere considerate “istigazione alla discriminazione”? Qualche esempio:

- Iniziative culturali o politiche tese all’abrogazione delle unioni civili, ad esempio attraverso una raccolta firme per il referendum o una petizione,
- campagne di sensibilizzazione contrarie alle adozioni omosessuali realizzate da semplici cittadini o associazioni sulla base dell’innaturalità dell’omosessualità o sulla base dell’inferiorità della relazione omosessuale rispetto alla relazione tra madre e padre,
- la madre che dissuade la figlia dallo sposare il compagno bisessuale,
- promuovere o firmare una petizione di protesta contro l’uso dei servizi igienici o degli spogliatoi per donne da parte di “donne transgender” simili agli uomini fuorché nell’identità di genere;
- la madre che protesta contro la presenza di maschi transgender nello stesso spogliatoio usato dalla propria figlia,
- opporsi alla partecipazione di “donne transgender” nelle competizioni sportive riservate alle donne;
- il sacerdote che durante una predica esorta i fedeli ad astenersi da peccati contronatura,
- il confessore che spinge la penitente ad abbandonare la relazione omosessuale con la compagna,
- insegnare ai propri figli a rivolgersi alle persone transgender adoperando i pronomi e gli aggettivi coerenti con il sesso biologico apparente.

Si rammenti che, nel caso concreto, il giudice è tenuto a verificare se la condotta astrattamente delittuosa sia offensiva in concreto, in virtù dell’art. 49 comma 2 del codice penale, il quale esclude la punibilità quando “per l’inidoneità dell’azione o per la inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento dannoso o pericoloso”. In altre parole, *«spetta poi al giudice comune il compito di allineare al canone dell’offensività “in concreto” il fatto oggetto del giudizio, verificando se la singola condotta ... risulti assolutamente inidonea, avuto riguardo alla ratio della norma incriminatrice, a porre in pericolo il bene giuridico protetto e dunque,*

in concreto, inoffensiva, escludendone in tal caso la punibilità» (Corte cost. sentenza n. 99/2017).

Pertanto, l'istigazione alla discriminazione punibile nel caso concreto, ai sensi dell'art. 604 bis c.p., è quella che determina il pericolo concreto di discriminazione. Il problema è che, in ragione dell'ampiezza, indeterminatezza e carattere controverso dell'fattispecie di "istigazione alla discriminazione per motivi fondati sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere", il *concreto pericolo di discriminazione* sarebbe ravvisabile in tutti gli esempi sopra proposti (ad es. "pericolo" di suscitare avversione alle adozioni gay; "pericolo" che la figlia abbandoni il proposito di sposare un bisessuale; "pericolo" di intralciare la partecipazione dei transgender nelle competizioni sportive femminili; "pericolo" che i figli si rivolgano alle persone transgender con i pronomi sgraditi; "pericolo" che il maschio transgender non si senta accolto nello spogliatoio femminile, ecc.). Per questa ragione, le nuove fattispecie sono in tensione con la libertà di espressione, di religione, di associazione, ecc.

Se torniamo ora all'art. 4 del ddl Zan si vede chiaramente la sua totale inapplicabilità: il ddl Zan minaccia la libertà di pensiero ecc. soprattutto perché punisce la non meglio precisata istigazione alla discriminazione omotransfobica, che è precisamente una condotta che "determina il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori (o violenti)".

L'art. 4 intenderebbe assicurare coloro che sono preoccupati per la compressione delle libertà costituzionali potenzialmente occasionata dall'art. 2 del ddl Zan. Tuttavia, l'art. 4 salvaguarda le condotte e la libera espressione *soltanto nella misura in cui non corrispondano* precisamente alle condotte punite dall'art. 2 del disegno di legge. Pertanto, la "clausola salva idee" non salva nessuna idea, in quanto non restringe in alcun modo il campo di applicabilità dell'art. 2. Dal punto di vista logico, la struttura del ddl Zan (art. 2 e art. 4) potrebbe riassumersi come segue: ai sensi del ddl "sono punite le condotte x e y" (art. 2); la clausola di salvaguardia aggiunge che "non è punibile il fenomeno F, salvo che non corrisponda alle condotte x e y" (art. 4). È evidente che chi era preoccupato delle potenzialità liberticide della criminalizzazione delle condotte x e y, non può ricevere alcun conforto dall'art. 4. Che ci sia o non ci sia quest'articolo, l'estensione e le potenzialità delle disposizioni incriminatrici del ddl Zan sono

esattamente le stesse. In conclusione, l'art. 4 è inutile, non salva nessuna idea o condotta già ricompresa dall'art. 2, e quindi non diminuisce in alcun modo la carica liberticida del ddl Zan.

Nella speranza che queste riflessioni possano essere utili e di interesse, porgo distinti saluti.

Avv. Alessandro L.A. Fiore

