GenIUS

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

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · NOVEMBRE 2021

2021 / 1

GenIUS *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*

Direzione scientifica
Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, *Stefano Rodotà,* Robert Wintemute

Direzione editoriale
Marco Gattuso, Giuseppina Palmeri, Paolo Veronesi

Comitato di redazione
Angioletta Sperti, Denise Amram, Francesco Deana, Luca Paladini, Chiara Ragni, Angelo Schillaci

Redazione
Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Chiara Ragni, Livio Scaffidi Runchella, Roberto Virzo, Chiara Vitucci
Diritto dell'Unione Europea: Carmelo Danisi, Francesco Deana, Alexander Schuster
Diritto Costituzionale: Ilaria Rivera, Francesco Saitto, Angioletta Sperti
Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero
Diritto Civile: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti
Diritto Comparato: Denise Amram, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci, Matteo Winkler
Diritto del Lavoro: Laura Tomasi
Filosofia del diritto e sociologia giuridica: Thomas Casadei, Roberta Dameno, Francesca Poggi, Annalisa Verza, Giacomo Viggiani

Referees
Emanuela Abbatecola, Augusto Aguilar Calahorro, Rosalba Alessi, Francesca Angelini, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Elisabetta Bergamini, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Valentina Di Gregorio, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Isabel Fanlo Cortes, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Nuno Ferreira, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Berta Esperanza Hernandez-Truyol, Juan Luis Jiménez Ruiz, Francesca Ippolito, Nicola Lucchi, Patrizia Magarò, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Irene Pellizzone, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Ludovica Poli, Susanna Pozzolo, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Sabrina Ragone, Lucia Risicato, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Giovanna Savorani, Anqi Shen, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Silvia Vida, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Rivista scientifica rilevante ai fini dell'Abilitazione Scientifica Nazionale
Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN 2384-9495
Direttore responsabile: Beppe Ramina
Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7
info@geniusreview.eu

Sommario

Focus: Queer e femminismo

a cura di Guido Noto La Diega

6 ***Nausica Palazzo:*** Terre di mezzo e mine vaganti: il riconoscimento giuridico del genere della persona trans

25 ***Mariano Croce:*** The more things change, the more they stay the same: On the epistemology of queer critique

36 ***Orsetta Giolo:*** Freedom and responsibility of women, between patriarchy and neoliberalism

Focus: Hate speech

a cura di Guido Noto La Diega

51 ***Kim Barker, Olga Jurasz:*** Online Misogyny as a Hate Crime: An Obstacle to Equality?

67 ***Luciana Goisis:*** Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate

Interventi

88 ***Pierluigi Consorti:*** «Note verbali» e discriminazioni di genere.
Un esempio di ingerenza diplomatica

97 ***Fabio Gianfilippi:*** Le persone omosessuali e *transgender* in carcere e il tempo immobile del Covid19

112 ***Giacomo Giorgini Pignatiello:*** Il difficile connubio tra tradizione ed innovazione nella tutela dei diritti delle persone LGBT in Asia. Le esperienze di Taiwan, Giappone ed Indonesia a confronto

Commenti

130 ***Alessandro Cirelli:*** "Quest'unione civile non s'ha da fare": il processo a Forza Nuova e l'equiparazione dell'omofobia al razzismo

147 ***Paola Torretta:*** La parità di genere nelle elezioni dei piccoli Comuni: quali garanzie per l'uguale accesso alle cariche elettive? Note a margine di Consiglio di Stato, Sez. III, ord. 4 giugno 2021, n. 4294

Osservatorio documenti

a cura di Alexander Schuster e Denise Amram

160 ***EU:*** European Parliament resolution of 14 September 2021 on LGBTIQ rights in the EU (2021/2679(RSP))

164 ***Italia:*** Circolare DAIT n.78 del 21 settembre 2021

166 ***Francia:*** Décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation

169 ***Repubblica di San Marino:*** Decreto Reggenziale 30/09/2021 n. 170. "Risultati del Referendum Propositivo celebrato il 26 settembre 2021 e apertura del termine di cui all'articolo 23 della Legge Qualificata 29 maggio 2013 n.1 e successive modifiche " (Pubblicazione ad valvas il 30/09/2021)

170 ***Svizzera:*** Codice civile svizzero (Matrimonio per tutti). Modifica del 18 dicembre 2020

Osservatorio decisioni

a cura di Alexander Schuster e Denise Amram

177 ***Tribunale per i Minorenni dell' Emilia-Romagna in Bologna:*** Ordinanza del 26 luglio 2021

181 ***Corte di appello di Cagliari:*** Decreto 16 aprile 2021

202 ***Tribunale di Roma:*** Decreto 18 aprile 2021

Focus

Queer e femminismo

*Nausica Palazzo**

Terre di mezzo e mine vaganti: il riconoscimento giuridico del genere della persona trans

Sommario

1. Introduzione – 2. Categorie e teorie queer – 3. Binarismo di genere e Corte europea dei diritti dell'uomo – 4. Un approccio queer al riconoscimento dell'identità di genere: l'autodeterminazione – 5. Un'applicazione concreta: il caso *Hämäläinen* – 6. Conclusioni.

Abstract

Il contributo tenta di ricostruire in chiave critica l'approccio dei sistemi giuridici contemporanei, in particolare europei, al riconoscimento dell'identità di genere (RGIG). La comunità trans gode di una insufficiente protezione giuridica. Ciò è conseguenza diretta dell'approccio dei sistemi giuridici occidentali all'elevazione delle identità al piano del giuridico, approccio che ad oggi utilizza identità singolari anziché plurali, statiche anziché fluide. Da ciò consegue l'esclusione dalla protezione e egida del diritto di soggetti esibenti identità non conformi. Dal punto di vista procedurale, un simile approccio si traduce nella creazione di tutta una serie di requisiti per ottenere il RGIG che, a più attenta analisi, difficilmente si giustificano dal punto di vista dell'interesse pubblico. Si pensi in particolare al requisito della sterilizzazione forzata o della riassegnazione chirurgica del sesso – insieme di requisiti che il contributo inquadra in termini di "sanzione" per aver attraversato i confini del genere dato nonché "misura preventiva" volta a impedire futuri attraversamenti. A partire da tali premesse, il saggio affronta in primis il tema della rilevanza giuridica delle identità attraverso il prisma delle teorie queer; di qui si prefigge analizzare il costo di categorie giuridiche "non inclusive" – per come sopra definite – nel contesto della Corte europea dei diritti dell'uomo; a seguire, il contributo offre una breve disamina del principio di autodeterminazione come principio cardine della disciplina giuridica il RGIG; segue una breve analisi della sua diffusione nel contesto europeo e della sua compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il quinto paragrafo, infine, tenta di tirare le somme, procedendo alla riscrittura di un estratto del famoso caso Hämäläinen per dimostrare come il diritto possa efficacemente inglobare i postulati delle teorie queer, senza che il queer si traduca in mera decostruzione di processi iusgenerativi.

The present paper seeks to critically assess the contemporary approach to legal gender recognition. The trans community is insufficiently protected by the law: too often policymakers are unaware or willingly ignoring the cost that categorizations reflecting static – as opposed of fluid –, singular – as opposed of multiple – identities impose on group "outsiders". A similar approach has resulted in the establishment of a plethora of conditions to obtain legal gender recognition. On careful examination, these conditions hardly withstand scrutiny. A major example concerns practices involving sterilization o sex reassignment procedures: such practices yield a profound impact on human bodies. Such an impact should more correctly be framed in terms of 'punishment' for having trespassed the boundaries between genders, as well as a wall to prevent that person from making her choice reversible. Based on this premise, the paper first explores the topic of legal categorizations through the lens of queer theory; it then

* Postdoctoral Fellow presso la Hebrew Unversity of Jerusalem Faculty of Law e docente a contratto presso l'Università Bocconi di Milano.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

moves to analyze the cost insufficiently inclusive categories impose on group outsiders unable to align with the dominant understanding of identity underlying a certain category; it then takes the European Convention of Human Rights as a case study to demonstrate how this approach is detrimental to the trans community, and particularly to individuals unwilling to undergo gender reassignment procedures; section 4 explicates the many advantages of an approach to legal gender recognition based on self-determination. Ultimately, section 5 takes stock of the discussion and moves to rewrite a passage in the Hämäläinen decision, to illustrate how queer tenets can be effectively embedded into the law, without 'queer' implying a mere deconstruction of jurisgenerative processes.

1. Introduzione

Il termine transgender, utilizzato come aggettivo, ha storicamente assunto almeno tre significati.[1] In base a un primo significato, il lemma transgender si riferisce a una sottocategoria, a un qualcosa di altro rispetto a "transessuale" e "travestito".[2] Inizialmente, il tentativo è stato quello di identificare uno specifico gruppo di soggetti esibenti una non conformità di genere: con il termine "transgenderal", l'attivista americana Virginia Prince si riferiva in particolare a coloro che, pur non riconoscendosi nel sesso assegnato alla nascita, non avviavano un percorso di riassegnazione (magari chirurgica) del sesso.[3] In questo senso, transgender era cosa ben diversa da transessuale, persona che tale percorso intraprendeva, nonché ciò che allora veniva definito travestito, cioè persona che si sente a proprio agio in "vestiti propri del sesso opposto".[4]

A partire dagli anni '80 e '90, "transgender" diventa invece un termine generico volto a racchiudere potenzialmente tutte le espressioni *lato sensu* riconducibili al "fenomeno trans". Il termine cessava allora di riferirsi al sottogruppo di coloro i quali rifiutavano il percorso di riassegnazione del sesso finendo con includere tanto questa categoria quanto le persone transessuali e esibenti altre varianze di genere. Secondo una definizione accreditata, "transgender" diventa

> an umbrella term that refers to all identities or practices that cross over, cut across, move between, or otherwise queer socially constructed sex/gender boundaries. The term includes, but is not limited to, transsexuality, heterosexual transvestism, gay drag, butch lesbianism, and such non-European identities as the Native American berdache or the Indian Hijra.[5]

La carica inclusiva, radicalmente ecumenica del termine spinse molte persone transessuali ad utilizzarlo per identificarsi con esso, rinunciando al più specifico lemma "transessuale".[6] Ciò contribuì alla nascita di una comunità transgender allargata, in grado di porre le basi per un superamento del freudiano "narcisismo delle differenze minori" e delle discriminazioni da esso scaturenti.[7]

La terza e ultima vita del significato – che inizia a partire dagli anni '90 – prende infine nette distanze da un approccio ancorato a dimorfismo sessuale (l'idea che esistano due soli sessi) e binarismo

1 R. Ekins, D. King, *The Transgender Phenomenon*, SAGE Publications, 2006, pp. 13 ss.

2 Ci terrei a precisare che utilizzo il termine "travestito" da una prospettiva storica e non contemporanea, essendo utilizzato al tempo assieme a cross-dresser per identificare l'insieme di persone che scelgono di usare vestiti del sesso opposto. Riconosco l'inadeguatezza del termine ai giorni d'oggi, in quanto percepito come offensivo nonché inadatto a cogliere la ben più complessa identità dei soggetti che decidono di esibire identità di genere non conformi attraverso strumenti quali l'abbigliamento.

3 V. Prince, *The "Transcendents" or "Trans" People'*, in *Transvestia*, vol. 16, n. 95, 1978, p. 86 ("The second class is a group of which I am a member and about which most of you haven't heard …. These are people who have adopted the exterior manifestations of the opposite sex but without any surgical intervention. Thus they are what they might be rightly termed 'male woman'").

4 Questa la definizione adottata durante la prima Conferenza Nazionale dei Travestiti tenutasi a Leeds nel 1974. M. Parkin, *Mixed Feelings*, in *The Guardian*, 4 marzo 1994 [Appendice F(i) al First National Conference Report, p. 36].

5 S. Stryker, *My words to Victor Frankenstein above the Village of Chamounix: Performing Gender*, in GLQ, vol. 1, no. 3, 1994, 251, n. 2. Ma sulle differenti sfaccettature che si celano sotto il termine v. P. Currah, *Gender Pluralisms under the Transgender Umbrella*, in P. Currah, R.M. Juang, S. Price Minter (eds.), *Transgender Rights*, University of Minnesota Press, 2006, pp. 3-31, esp. 5 ss.

6 R. Ekins, D. King, cit., p. 16.

7 S. Freud, *The Taboo of Virginity*, in *Id.*, *The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud,* vol. 11, The Hogarth Press, 1957, p. 99.

di genere (l'idea che esistano due soli generi)[8]. La trappola concettuale della comprensione rigidamente binaria del genere era particolarmente evidente nella prima fase, quando l'esperienza transgender comportava sempre e comunque il passaggio da un genere all'altro, senza che tale passaggio implicasse una qualsivoglia critica del genere di partenza, di quello di approdo e/o del percorso. Negli anni '90, l'attivismo trans e gli studiosi queer mettono dunque in luce come la mancata messa in discussione delle categorie di genere da parte della comunità trans rischiava paradossalmente di rafforzare la legittimazione sul piano sociale dei concetti (innanzitutto giuridici) di "uomo" e "donna", essi stessi fonte di discriminazione in quanto fintamente "naturali" ma surrettiziamente riempiti di sostanza (ossia di una serie di ruoli e comportamenti sociali "normalmente" connessi all'una o all'altra categoria).

A ben vedere, anche la seconda vita del termine aveva dimostrato un attaccamento eccessivo al binarismo di genere. L'attivismo degli anni '80 pareva, infatti, essere eccessivamente imperniato su di una politica fondata su identità statiche e scarsamente problematizzate, nota ai più come *identity politics*. Gli anni '90 segnano invece l'avvento di una fase di nuova consapevolezza. Tale fase si tradusse in una critica radicale nei confronti del sistema binario istituzionalizzato, che spinse a disegnare geografie nuove dell'essere *oltre* il genere. Tutto ciò ebbe una serie di implicazioni inevitabili in punto di rivendicazioni politiche. Alla richiesta di uguaglianza si sostituì la critica dell'uguaglianza stessa e la rivendicazione del diritto alla differenza. La critica si diresse più direttamente del sistema binario di genere cui l'uguaglianza è legata a doppio filo. Ne seguì l'inquadramento della persona transgender come "bandito di genere", come persona che si colloca al di fuori della legge a causa dell'identità non conforme esibita.

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di analizzare il fenomeno del riconoscimento giuridico dell'identità di genere attraverso il prisma delle teorie queer, altresì per comprendere se e in quale misura queste possano contribuire alla formazione del giurista contemporaneo. Il diritto si regge su categorie generali e astratte – in quanto coniate per un numero indeterminato di soggetti – della cui imperfezione accetta in qualche modo il costo. È il metodo stesso delle scienze sociali a ricordare come l'esito di una operazione di classificazione possa essere profondamente influenzato da tecniche di raccolta, prima, e tecniche di analisi, poi, per poi puntare a una notevole compressione della complessità dei fenomeni sociali osservati in fase di rilevazione c.d. strutturata[9].

Se da una parte la compressione della complessità è "consustanziale" ai processi di categorizzazione, neppure ciò può giustificare l'eccessiva compressione del reale, ancor meno se piegata a fini di politica sociale. Se la categoria giuridica in questione mira a far emergere una identità di gruppo, il soggetto "deviante" dalla visione giuridicamente accettata di identità di gruppo non potrebbe invocarla. Si pensi alla distribuzione di benefici di carattere sociale o fiscale (come, ad esempio, un congedo di paternità), al riconoscimento di diritti della persona, o ancora all'accesso al diritto al riconoscimento della propria identità di genere, o alla tutela antidiscriminatoria. Tale tutela implica un divieto di discriminazione sulla base di alcune caratteristiche personali, quali "razza", genere, orientamento sessuale, con la conseguenza che occorrerà prioritariamente dimostrare la condizione personale in questione per poter beneficiare della protezione del diritto. Le opportunità di invocare in chiave difensiva – tipicamente in giudizio – la caratteristica in questione diminuiscono all'aumentare della rigidità con cui la caratteristica *de qua* viene concepita (tipicamente nell'interpretazione delle corti di giustizia, essendo tale concezione raramente esplicitata nel diritto positivo).[10] Ad esempio, una visione eccessivamente "monolitica" del termine famiglia impedisce alle unioni famigliari non tradizionali di invocare la caratteristica proibita "marital status" o "family status", ove presente.[11]

Quando la categorizzazione giuridica interseca – per dirla con Maria Rosaria Marella – la "questione identitaria", il potenziale escludente raggiunge la sua acme. In tale ambito, è necessario ridurre al minimo il rischio di ritagliare il reale in modo (volutamente) imperfetto: occorrerebbe, detto altrimenti, costruire categorie con lo scalpello anziché con l'ascia, memori del fatto che la categorizzazione, lungi dall'essere un esercizio neutrale, è esercizio di un potere sulla vita di individui in carne e ossa. Gli studi

8 C.A. MacKinnon, *Sex Equality*, 3rd Edition, Foundation Press, 2016; per la dottrina italiana v. L. Bernini, *Maschio e femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale,* Il Dito e la Luna, 2010; A. Schuster, *L'abbandono del dualismo etero normativo della famiglia*, in *Id*. (cur.), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011, 35 ss.

9 Tra i molti, v. A. Marradi, *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1992, pp. 22–30; *Id*., *L'analisi monovariata*, FrancoAngeli, 1994; E. Mostacci, A. Somma, *Classificazioni e ricerca comparatistica: alla ricercar di un dialogo tra pubblico e privato-comparatisti*, in *DPCE online*, n. 4, 2017, pp. 1061–66.

10 V. infra par. 3.

11 Si v. ad esempio il caso del Canada, che contempla la categoria "marital status" a livello costituzionale tra le cause proibite di discriminazione e entrambe le categorie "marital status" e "family status" a livello di diritto antidiscriminatorio di rango legislativo. N. Palazzo, *Legal Recognition of Non-Conjugal Families: New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe*, Hart Publishing, Oxford, cap. 4.

queer offrono quindi una prospettiva ideale per immaginare soluzioni volte a ridurre al minimo il sacrificio insito nell'atto inevitabilmente escludente della categorizzazione giuridica. Al di là del contributo teorico degli studi queer alla comprensione del modo di essere del diritto, tali studi possono offrire anche un contributo pratico, se si trova per il "queer" un posto nel diritto:

> Ora, nell'analisi giuridica, il punto di vista queer in tanto è proponibile e utile, in quanto anche nel diritto gli si riconosca un lavoro da svolgere, in quanto cioè serva a smascherare e a sottoporre a critica il ruolo che le identità eventualmente giochino quali dispositivi in grado di configurare lo statuto giuridico delle persone nelle loro relazioni sociali, economiche, familiari.[12]

In Italia, il recente vivido dibattito in materia ha visto gli studiosi Anna Lorenzetti e Fabrizio Mastromartino rivendicare appunto tale posto per diritto; in particolare, i due studiosi hanno ben sottolineato il ruolo che il diritto può ricoprire nel processo di scardinamento delle gerarchie e degli assetti di potere esistenti.[13] Il contributo che qui si propone condivide e adotta un simile approccio, avvertendo la necessità di andare oltre la *pars destruens* delle teorie queer (che di decostruire e svelare assetti di potere esistenti si occupano appunto) e sfruttare a pieno del potenziale trasformativo del diritto[14], ossia la sua capacità di incidere su e non solo disvelare tali assetti.[15]

Il contributo procederà come segue: il paragrafo 2 analizza il tema della costruzione delle categorie dogmatiche ricollegate a identità personali attraverso il prisma delle teorie queer, soffermandosi sul costo che tale processo può imporre nei confronti dei soggetti esibenti identità di genere non conformi. Il paragrafo 3 si prefigge di affrontare il tema all'interno di un contesto specifico, quello della Corte europea dei diritti dell'Uomo ("Corte EDU") e della sua giurisprudenza in materia di diritti trans. La Corte parrebbe essere infatti incappata nell'errore di applicare la tutela della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ("CEDU" o "Convenzione") alle sole persone transessuali che decidono di completare un percorso chirurgico di riassegnazione del sesso, lasciando sprovviste di tutela le rimanenti identità trans. Il paragrafo 4 offre una breve disamina del principio di autodeterminazione – come principio cardine per ottenere il riconoscimento giuridico dell'identità di genere (d'ora in poi anche "RGIG") –, della sua diffusione nel contesto europeo e della sua compatibilità a Convenzione. Il paragrafo 5, infine, "tira le somme" rispetto a quanto affermato in precedenza, procedendo alla riscrittura di un estratto del famoso caso *Hämäläinen.* Il fine è quello di dimostrare come il queer possa efficacemente trovare un posto nel diritto e ridurre il costo personale di cui si è detto, senza che esso debba necessariamente tradursi in mera decostruzione dei processi iusgenerativi.

Prima di procedere, alcune precisazioni lessicali sono necessarie. Nei paragrafi che seguono, utilizzerò il termine "trans" per designare l'insieme di tutte le identità di genere non conformi quali, tra le altre, le persone transessuali e transgender che non intendono completare un percorso di modifica del sesso. Il termine ha un duplice beneficio. *In primis*, ha il vantaggio di una maggiore inclusività, cui si è fatto cenno in apertura. In secondo luogo, ha il non trascurabile pregio della chiarezza, come la genesi del termine stesso dimostra: nel 1997, infatti, il principale gruppo di pressione transgender nel Regno Unito, *Press for Change*, ottenne l'elisione di "gender" dal termine transgender – riferendosi così semplicemente a persone "trans" proprio per evitare la confusione derivante dall'utilizzo del termine transgender sia come categoria generica che sottocategoria[16].

12 M.R. Marella, *Queer Eye for Straight Guy. Sulle possibilita di un'analisi giuridica queer*, in *Politica del Diritto*, n. 3, 2017, p. 386.

13 A. Lorenzetti, *Diritto e queer: spunti di riflessione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2019, pp. 381-397; F. Mastromartino, *Contro l'eteronormatività. La soggettività queer di fronte al dilemma del riconoscimento giuridico*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (cur.), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini Giuridica, 2017, p. 231-247.

14 A. Lorenzetti, cit., pp. 386 ss.

15 Al tema è dedicata una sezione tematica sulla rivista "Whatever. A Transdisciplinary Journal of Queer Theories and Studies", dal titolo "Meet the queer families: A roadmap towards legal recognition" (Vol. 1, 2021), https://whatever.cirque.unipi.it/index.php/journal/index.

16 R. Ekins, D. King, cit., p. 22 [comunicazione personale dell'Autore con Stephen Whittle occorsa nel 2004] ("What actually happened was that at some point in a parliamentary forum meeting, around that time, we were using the term transgender and transsexual. Lynne Johns, MP, asked for a generic term – as writing the minutes was difficult and confusing. Transgender was used as an umbrella term, but also meant something different … and then Kate More suggested trans. And I think it was Christine Burns who suggested trans people, as we wouldn't call deaf people 'deafs' and so that was how it came to be used in the UK").

Una seconda precisazione riguarda l'utilizzo dei concetti di "sesso" e "genere". In base alle teorie queer, entrambi i concetti sono costrutti sociali[17]. Judith Butler ne afferma in ultimo la non necessità, posto che nessuna delle due nozioni esiste *prima* del processo discorsivo di creazione e neppure esisterebbe una relazione causale tra i due, come solitamente si ritiene.[18] Ciò posto, i due termini designano due aspetti distinti. Il termine "sesso" indica le differenze "biologiche" riguardanti i genitali e l'apparato riproduttivo[19]. Il genere designa invece il distinto posizionamento sociale di uomini e donne e quindi i ruoli e comportamenti sociali "riconducibili" all'esser donna o uomo.[20] In base a tale premessa, mi riferirò a ciascun termine singolarmente ove si renda necessario distinguerne il significato, e a entrambi ("sesso/genere") ove ciò non sia necessario.

2. Categorie e teorie queer

Le teorie (al plurale)[21] queer includono un insieme composito di studi teorici difficilmente categorizzabili. Esse sono tutte *lato sensu* riconducibili al rifiuto del "normale, legittimo, dominante"[22] nel campo sessuale e di genere.[23] Il termine "queer", originariamente utilizzato in chiave spregiativa per designare l'eccentrico, l'anormale (tecnicamente il "frocio", in italiano), assume la valenza odierna a seguito di un processo di appropriazione e radicale risignificazione simbolico-discorsiva da parte della comunità LGBTQ – che da simbolo di disprezzo ne fa simbolo di orgoglio.[24] Dalla critica del patriarcato, centrale negli studi di genere di matrice femminista, si passa a una critica radicale della c.d. eteronormatività,[25] ossia dell'esaltazione della eterosessualità quale paradigma di riferimento per la costruzione e organizzazione di un ordine sociale definito. Tale ordine sarebbe plasmato tramite pratiche discorsive c.d. bottom up, ben descritte nell' opera foucaultiana, in cui si parla della natura "diffusa", non gerarchica e disciplinante del potere[26].

Quanto alle categorie dogmatiche, le teorie queer hanno compiutamente dimostrato la carica escludente di tutte le categorie agganciate alle identità dell'individuo, incluse le categorie giuridiche, e il costo che certe forme di categorizzazione del reale impongono sui soggetti incapaci di identificarsi con esse, per come congegnate. Il superamento del (finto) universalismo proprio delle rivoluzioni liberali e il recente fenomeno della "frammentazione del soggetto di diritto in un caleidoscopio di identità"[27] hanno accentuato il ricorso alle identità in campo giuridico e dunque la rilevanza del problema.

17 C. Delphy, Close To Home: A Materialist Analysis of Women's Oppression, Hutchinson Publishing Group, 1984, p. 144. Per una puntuale ricostruzione del dibattito riguardo la differenza tra identità di genere, identità sessuale e orientamento sessuale, v. F. Bilotta, Transessualismo (voce), in *Dig. disc. priv.*, Utet, 2013, 732 ss., spec. 765 ss.

18 J. Butler, *Gender Trouble*, Routledge, 1990, p. 6–7.

19 Si v. la definizione fornita da P. Valerio, C. Scandurra, F. Mezza, *Transfobia e pressione sociale*, in *Genius*, n. 1, 2019, p. 18 ("Il sesso biologico riguarda gli aspetti biologici che determinano lo sviluppo sessuale di una persona, ovvero i cromosomi sessuali, gli antigeni H-Y e il gene SRY, le strutture gonadiche, gli ormoni sessuali, le strutture riproduttive interne e i genitali esterni").

20 Per una distinzione tra "genere" e "ruolo di genere" si v. sempre P. Valerio, C. Scandurra, F. Mezza, cit., p. 18. In generale si v. B. Pezzini (cur.), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo University Press, 2012.

21 È preferibile l'utilizzo del termine al plurale anziché al singolare per sottolineare la molteplicità di voci all'interno di quella che viene tradizionalmente indicata come teoria queer. L. Bernini, *Le teorie queer. Un'introduzione,* Edizioni Mimesis, 2017.

22 D. Halperin, *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, Oxford University Press, 1995, p. 62.

23 La difficoltà definitoria deriva da "una irriducibile eterogeneità, peraltro alimentata da una dichiarata insofferenza verso qualsiasi forma di sistematizzazione concettuale, guardata come metodologicamente incompatibile con una coerente pratica decostruttiva". V. F. Mastromartino, cit., p. 234.

24 M. Pietrangeli, *Queer. Un soggetto senza identità?*, in Marchetti S., Mascat J.M.H., Perilli V. (a cura di), *Femministe a parole. Grovigli da districare*, Ediesse, 2012, p. 231. Il primo utilizzo del termine in ambito accademico risale a una conferenza tenuta dalla ricercatrice italiana Teresa De Lauretis: *Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities. An Introduction*, in *Differences*, Vol. 3, No. 2, 1991.

25 F. Monceri, *Oltre l'identità sessuale. Teorie queer e corpi transgender*, ETS, 2010, pp. 42-43.

26 M. Foucault, *The Will to Knowledge: The History of Sexuality*, Vol. 1, trans R Hurley, Pantheon Books, 1998, spec. pp. 136-38. Sul tema si veda W.N. Eskridge, N.D. Hunter, *Sexuality, Gender, and the Law*, 2nd edn, Foundation Press, 2006, p. 489.

27 M.R. Marella, cit., p. 387.

Una categoria giuridica può riflettere una data caratteristica della persona umana: la sua origine etnica, il suo orientamento sessuale o ancora l'identità di genere. La categoria potrà poi essere utilizzata per distribuire privilegi all'interno delle nostre società, quali ad esempio privilegi fiscali o benefici sociali, o ancor prima la protezione stessa dell'ordinamento giuridico da fenomeni di discriminazione. Se la categoria è vettrice di un privilegio, i rischi sono molteplici. In primo luogo, categorie "monolitiche" – ossia riconnesse a una certa visione singolare dell'identità che coincide con la visione dominante – creano un elevato costo per coloro che potremmo per semplicità definire "outsider". Possiamo qualificare come "outsider" tutti coloro i quali non aderiscono alla concezione maggioritaria di identità che una data categoria prende a parametro di riferimento. La persona trans che non intende sottoporsi a un trattamento di riassegnazione del sesso, ad esempio, corre il rischio di essere esclusa dall'egida del diritto. Ciò a causa della sua incapacità di conformarsi a una visione socialmente accettabile del "fenomeno" che vuole che tale persona si identifichi inequivocabilmente e irreversibilmente con uno dei due generi "naturali", uomo o donna – visione fatta propria dalla categoria giuridica.

Un secondo rischio riguarda la sclerotizzazione di una realtà in sé fluida: in altre parole, se l'identità agganciata alla categoria è singola anziché molteplice, statica anziché fluida[28], la conseguenza principale è che dal piano della descrizione dell'esistente si passi al piano della "costruzione"– nel senso che tali identità monolitiche non verrebbero semplicemente descritte bensì "create" dalla categoria in questione attraverso l'ostracizzazione del soggetto deviante.[29] Appare evidente che nell'assecondare un istinto sociale di ordine (o forsanche produrlo) il diritto giochi un ruolo cruciale nel processo di costruzione delle identità. Il diritto non si limiterebbe a disciplinare esternamente tali categorie concettuali ma a costruirle dal di dentro e dal principio, trasformando un dato ontologico (come, ad esempio, i genitali) nella nozione giuridica di sesso[30] o ancora ricollegando una serie di comportamenti alla nozione di genere[31] per creare un'apparenza di ripetitività, stabilità e, in ultimo, essenza[32]. Non esisterebbe infatti un'essenza conoscibile *a priori* bensì di meri atti performativi che ripetuti nel tempo creano una mera apparenza di stabilità e "sostanza"[33].

Le teorie *queer* hanno giocato un ruolo cruciale nel decostruire la politica delle identità. Dissezionando ciò che abbiamo qui definito identità "monolitiche", hanno inteso dimostrare la non singolarità e fluidità delle posizioni identitarie dell'individuo, descrivendole in termini di "matrice identitaria". La lettura queer circa la natura complessa e instabile delle matrici identitarie non può non avere ripercussioni sul modo in cui il diritto rende le nostre identità visibili e rilevanti dal punto di vista giuridico. Ne deriva essenzialmente uno scetticismo sulla capacità del diritto stesso di rappresentare le c.d. *lived experiences*, e in ultimo le esperienze biografiche degli individui nella loro irriducibile unicità.[34]

Nel dimostrare l'insufficienza sul piano euristico di ogni categoria che prende a parametro identità rigide, cristalline, singolari, le teorie queer lanciano una sfida – a mio avviso entusiasmante – al giurista, mettendone in discussione gli approcci appresi nel corso degli studi e gli "istinti" ad essi connessi. Si prenda ad esempio la disciplina giuridica del principio/valore dell'uguaglianza. Il principio di uguaglianza è un efficace strumento per porre rimedio a una distribuzione iniqua di risorse materiali e immateriali all'interno di un dato contesto sociale. Se, come suggerito dalle teorie queer, per "danni redistributivi" (c.d. *redistributive harms*) si intendono i danni arrecati da determinati assetti strutturali di potere nei confronti di individui che presentano uno specifico posizionamento all'interno della società (a causa di un simile posizionamento),[35] allora si capisce come il principio di uguaglianza possa diventare il terreno privilegiato per mettere a nudo tali assetti di dominio.

A mo' di precisazione, in base alla classificazione proposta dello studioso nordirlandese Christopher McCrudden, esistono due principali approcci giuridici all'uguaglianza in prospettiva comparata. Da una parte, si registra un approccio in base al quale l'uguaglianza è principio autonomo e di applica-

28 N. Iyer, *Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity*, in *Queen's Law Journal*, vol. 19, n. 1, 1993, p. 179.

29 R. Leckey, *Family Law as Fundamental Private Law*, in *The Canadian Bar Review [online*], vol. 86, 2007, p. 79.

30 C. Smith, *Feminism and the Power of Law,* Routledge, 1989.

31 J. Butler, cit.

32 Il diritto per questa via rivestirebbe poi un ruolo centrale nel progetto di governo dei corpi teorizzato dal Foucault. M. Foucault, *The Birth of Biopolitics*, in P. Rabinow (ed.), *Michel Foucault: Ethics, Subjectivity, and Truth*, vol. 1, The New Press, 1997.

33 J. Butler, cit.

34 F. Mastromartino, cit., p.235 esprime il tema efficacemente parlando di "difetto di capacità rappresentazionale – che segna un'incolmabile distanza tra la categorizzazione concettuale e la vicenda esperienziale di ciascuno".

35 I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990.

zione generale[36]. In tal caso, compito del giudice chiamato ad applicarlo è verificare la *ragionevolezza* e *coerenza* delle scelte del legislatore relative alla distribuzione di risorse all'interno della società. Dall'altra, esiste un approccio antidiscriminatorio, con il quale ci si prefigge di proteggere gli individui da atti discriminatori[37]. Una specifica variante, assai diffusa in chiave comparata, consiste nel proibire discriminazioni che si verificano *a causa di* alcune caratteristiche personali possedute o percepite (c.d. cause di discriminazione o "grounds of discrimination"). Se è vero che numerosi Paesi dell'Europa continentale adottano il primo dei due approcci, neppure si può negare in questi stessi Paesi la crescente influenza del modello antidiscriminatorio, soprattutto sotto la spinta del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea – che tale modello appunto adottano e talvolta "impongono", come appare evidente nel caso delle Direttive europee in materia.[38] Un ulteriore vettore di promozione dell'approccio antidiscriminatorie è, più in generale, la normativa internazionale in tema di diritti umani, che pure tale approccio adotta.

Il riferimento a caratteristiche personali quali "razza", orientamento sessuale e genere fa sì che il modello antidiscriminatorio si presti più di altri a testare la tesi qui sostenuta: la problematicità di categorie mal congegnate e il costo che impongono agli *outsider*. Infatti, è evidente che un individuo o un insieme di individui incapaci di identificarsi appieno con la (concezione dominante della) categoria in questione non potranno beneficiare di alcuna tutela giuridica perché non potranno invocare la caratteristica proibita di discriminazione in loro difesa.[39]

Questo aspetto disvela la "vera natura" dei processi di categorizzazione, la finta neutralità di questi e il loro appoggiarsi su certe (pre)comprensioni intorno alla natura dell'identità che vorrebbero rappresentare, che altro non sono se non il riflesso della visione dominante di una determinata identità in un dato momento storico. Eliminare in radice la possibilità di ospitare tra le maglie del diritto "terre di mezzo" – ciò che a breve definiremo come la possibilità di vivere al di fuori dalla dicotomia uomo/donna – avrà come conseguenza la collocazione di identità non conformi – non semplicemente ai margini, bensì – al di fuori del diritto. Con ciò non si intende sostenere che tutte le identità trans aspirino a vivere in tali terre di mezzo. E anzi sembra esservi una tensione tra l'aspirazione queer ad aprire spazi oltre le caselle e la parte della comunità trans che tale "incasellamento" ricerca perché è proprio un'identità definita (uomo o donna) che essa aspira a vedersi finalmente riconosciuta. Il ruolo del queer, dunque, non è – e non potrebbe essere – l'universalizzazione delle esperienze vissute come necessariamente fuori o oltre il genere, fuori o oltre il sesso, fuori o oltre l'orientamento sessuale. Ciò contraddirebbe le fondamenta stessa delle teorie queer. E tuttavia il queer ha un ruolo demistificante che delle esperienze apparentemente marginali, dissonanti (il trans, ad esempio che a tale incasellamento non ambisce) fa il proprio vessillo per dimostrare l'inconsistenza dell'intero sistema, sia esso un sistema di carattere economico, sociale, o appunto di genere.

A titolo di esempio, una caratteristica talvolta inclusa nel catalogo delle caratteristiche proibite di discriminazione è quella di "stato civile", o "marital status", nel gergo di common law. Tale caratteristica, non particolarmente ricorrente invero, è tutelata dalla Carta canadese dei diritti e delle libertà e dalla Costituzione del Sudafrica. In questi due Paesi, le famiglie che si situano al di fuori del modello familiare dominante, rappresentato notoriamente dalla famiglia coniugale – ossia da una famiglia sposata o di fatto composta da due persone aventi una relazione sessuale a carattere esclusivo, stabile, nucleare, con orientamento sessuale preferibilmente eterosessuale – non potranno invocare tale categoria e, dunque, beneficiare della tutela antidiscriminatoria.[40] Una unione poliamorosa non potrà farlo, dunque. Né potranno farlo le due sorelle conviventi che si sostengono dal punto di vista affettivo e materiale nel corso della loro esistenza[41].

36 C. McCrudden, S. Prechal, *The Concepts of Equality and Non-discrimination in Europe: A Practical Approach,* European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2, November 2009, p. 15.

37 *Ibid*., p. 15.

38 L. Giacomelli, *Ripensare l'eguaglianza. Gli effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria,* Giappichelli, 2018.

39 Con ciò non mi riferisco alla *vexata quaestio* della natura simmetrica o asimmetrica di *grounds of discrimination*, ossia se i soli (sotto)gruppi vulnerabili possano beneficiare della tutela (es. donne quando si tratta del genere) ovvero tutti i gruppi astrattamente riconducibili al *ground* (uomini e donne) (su cui N. Schoenbaum, *The Case for Symmetry in Antidiscrimination Law,* in *Wisconsin Law Review*, No. 1, 2017, pp. 69-146). Mi riferisco alla questione dei "reietti di categoria" (qui definiti *outsider*), incapaci di essere incasellati in una qualsivoglia categoria di genere.

40 N. Palazzo, *Equality in Canada: A tale of non-normative groups struggling with grounds of discrimination*, in *Oñati Socio-legal Series,* vol. 10, n. 1, 2020, p. 88–122.

41 Sia consentito il rinvio a N. Palazzo, *Legal Recognition of Non-Conjugal Families,* cit. in cui si tratta il tema delle famiglie di mutuo aiuto prive di una componente sessuale (c.d. *non-conjugal*).

Le teorie queer hanno prestato particolare attenzione alle caratteristiche di sesso, genere e orientamento sessuale, caratteristiche proibite di discriminazione assai ricorrenti nelle relative disposizioni in materia di carattere costituzionale e internazionale. Gli studiosi queer hanno sottolineato come una visione rigida e monolitica di queste categorie sia conseguenza diretta dell'aver preso a parametro di riferimento dicotomie quali maschio/femmina, uomo/donna, eterosessuale/omosessuale, sulle quali è imperniato l'attuale sistema binario di genere c.d. "eteronormativo"[42]. Una simile organizzazione finirebbe con l'estromettere dall'egida del diritto le identità non conformi in quanto "non intellegibili", non suscettibili di essere comprese mediante codici cognitivi esistenti. La persona bisessuale, ad esempio, non sarebbe intellegibile poiché la bisessualità non compare nello spettro degli orientamenti sessuali possibili (etero-/omosessuale): all'individuo bisessuale viene perciò stesso chiesto di decidere "da che parte stare", definendone l'orientamento sessuale come una "finzione" frutto dell'incapacità di dichiararsi omosessuale o, peggio ancora, una "truffa"[43].

Gli outsider nel contesto del sesso e del genere sono molti. Un esempio emblematico riguardante la categoria "sesso", intesa come sesso biologico, è l'individuo intersex.[44] La persona intersex presenta caratteristiche sessuali primarie (es. genitali), secondarie (es. barba o peli) o riproduttive non interamente attribuibili al sesso maschile né a quello femminile. È per tale motivo che le persone intersex mettono in crisi la concezione binaria dei sessi che vorrebbe attribuire in maniera univoca un sesso maschile (M) o femminile (F) al momento della nascita[45] - pur non rientrando tale finalità affatto tra le priorità degli attivisti intersex[46].

In materia di identità di genere l'esempio principale è l'individuo trans. Conviene ribadire che "trans" viene qui utilizzato come concetto "ecumenico" con cui ci si riferisce tanto alla persona transessuale che ha deciso di cambiare le proprie caratteristiche sessuali quanto alla persona transgender che tali caratteristiche non intende necessariamente cambiare[47]. La persona trans mette evidentemente in discussione le categorie di genere poiché l'identità di genere percepita differisce rispetto all'identità attribuita dal contesto sociale di appartenenza attraverso l'osservazione dei genitali al momento della nascita[48]. Se da un lato ciò è vero in generale, a voler essere precisi, la sottocategoria "transgender" mette ben più in discussione tale binarismo rispetto alla persona transessuale. La persona transessuale che attraverso un processo di riassegnazione del sesso muove da un punto iniziale a un punto finale – dal sesso/genere A al sesso/genere B, compiendo un percorso che a seconda della direzione può essere MtF (*male to female*) o FtM (*female to male*) – è in tal senso maggiormente intellegibile. La maggiore intellegibilità si riflette sul piano sociale e giuridico, dove la possibilità dell'"attraversamento" è contemplata a

42 C. Merchant, *The Death of Nature: Women, Ecology and the Scientific Revolution*, Harper & Row, 1983.

43 E. Maliepaard, R. Baumgartner (eds.), *Bisexuality in Europe: Sexual Citizenship, Romantic Relationships, and Bi+ Identities*, Routledge, 2020D- Welzer-Lang, *Speaking out loud about bisexuality: Biphobia in the gay and lesbian community*, in *Journal of Bisexuality*, Vol. 8, Nos. 1-2, 2008, pp. 81-95; K. Yoshino, *The Epistemic Contract of Bisexual Erasure*, in *Stanford Law Review*, Vol. 52, No. 2, 2000, pp. 353-461. Per una panoramica del contesto italiano si veda A. Castro, D. Carnassale, *Loving more than one color: Bisexuals of color in Italy between stigma and resilience, in Journal of Bisexuality*, Vol. 19, No. 2, 2019, pp. 198-228.

44 Si vedano sul punto, ad es., M. Balocchi (cur.), 2019, *Intersex. Antologia multidisciplinare*, Edizioni ETS; P. Veronesi, *Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili*, in *Genius*, n. 2, 2020 (online first); GF. Brunetta d'Usseaux, D. Ferrari, *La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca*, in *Genius*, n. 2, 2018, pp. 125-37; . Cardaci, *Il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona intersex*, in *Genius*, n. 1, 2018, pp. 40–58; L. Bernini, *Maschio e Femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Il Dito e la Luna, 2010 (secondo il quale "le persone intersessuali sono considerate 'intrattabili' dal nostro sistema giuridico e simbolico, e per questa ragione vengono "trattate" dal sistema sanitario").

45 A partire dall'osservazione dell'esistenza di combinazioni atipiche di cromosomi sessuali, alcuni teorici queer negano la possibilità di classificare il sesso dell'individui su matrici biologiche. Il fatto che esistano combinazioni atipiche, per quanto statisticamente infrequenti, sarebbe la prova dell'impossibilità determinare il sesso su basi esclusivamente biologiche. B. Moron-Puech, Intersexuation et binarité, un état des lieux du droit français, in A. Giami, B. Py (dir.), *Droits de l'Homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels?*, Editions des archives contemporaines, pp. 193–216.

46 Si noti, tuttavia, che l'attivismo intersex ha spesso preso le distanze dalle rivendicazioni queer volte a vedere nel fenomeno intersex il collasso del binarismo sessuale, essendo quest'ultimo interessato alla soluzione del problema dell'assegnazione coatta del sesso alla nascita e assai meno al tema del superamento del sesso come costrutto sociale. A. Lorenzetti, cit., p. 387.

47 D.A. Gonzalez-Salzberg, *The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights*, in *American University International Law Review*, vol. 29, 2014, pp. 797, 801. L'Autore si ispira alla definiizone contenuta in S. Whittle, *Respect and Equality: Transsexual and Transgender Rights,* Routledge, 2002.

48 Council of Europe, *Explanatory Report on the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, Council of Europe Treaty Series - No. 210, par. 53. V. in generale, A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, 2013.

patto che siano rispettati taluni requisiti[49]. Nel dettaglio, la transizione è tollerata a patto che si traduca in un processo a) temporaneo, b) strumentale al passaggio dal genere posseduto al genere desiderato e c) irreversibile. Si pensi alla deprecabile prassi italiana – ma con tutta probabilità diffusa anche altrove – secondo la quale alcuni medici continuano a "consigliare" caldamente procedure chirurgiche prospettando l'insorgenza di malattie quali il cancro alle ovaie[50], nonostante la Corte costituzionale abbia dichiarato la non obbligatorietà di interventi chirurgici ai fini della rettificazione anagrafica del sesso[51]. A un simile inquadramento del fenomeno fa poi il paio una visione patologizzante della condizione della persona trans, intesa come soggetto necessitante cure – inquadramento in grado di innescare evidenti processi di stigmatizzazione sociale[52].

Quando invece gli spazi intermedi tra i punti di partenza e arrivo non sono rotte temporanee ma punti di arrivo essi stessi l'accettabilità sociale diminuisce inesorabilmente, e con essa il riconoscimento giuridico. Mi riferisco ancora una volta alla persona trans che rifiuta l'operazione chirurgica o i trattamenti ormonali; mi riferisco altresì a identità bi-gender, non binarie, fluide dal punto di vista del genere (*gender fluid*), *crossdresser* e a tutte le identità di genere che si situano negli spazi di mezzo o al di fuori di un sistema binario di genere. Si pensi a coloro i quali rivendicano un'identità di genere mutevole nel corso del tempo, identificandosi in modo intermittente come uomo, donna, o persona non binaria nel corso della vita.

Altri ancora potrebbero rifiutarsi di inquadrare le manifestazioni della propria identità di genere in una casella precisa, in quanto ad esempio interessati a svolgere ruoli tipicamente associati a un genere ma anche ruoli associati ad un genere diverso, o ancora funzioni che possono essere svolte soltanto da corpi con connotati femminili o maschili. L'esempio più radicale e pruriginoso per molti riguarda la funzione principale che marca la differenza tra la corporeità maschile e femminile: la procreazione. L'esempio è dunque quello della persona transgender FTM che, dopo aver rifiutato di sottoporsi a sterilizzazione, decide successivamente di portare avanti una gravidanza[53], ossia compiere quello che potremmo definire il rifiuto estremo a sottostare a logiche rigidamente binarie. La persona transgender FTM in questione sceglie infatti di identificarsi in via prioritaria con un'identità di genere maschile senza che ciò le impedisca di porre in essere l'atto femminile archetipico: la procreazione[54].

La questione è venuta alla ribalta delle cronache nel 2017, quando una delegazione del governo inglese dell'allora Primo Ministro Theresa May presentò una dichiarazione formale alle Nazioni Unite in cui chiedeva l'utilizzo di un linguaggio "gender-neutral" nel riferirsi ai soggetti che portano avanti una

49 Alcuni Paesi subordinano il riconoscimento giuridico della persona transgender al requisito dell'irreversibilità del processo di transizione. L'irreversibilità si traduce nell'obbligatorietà di pratiche di sterilizzazione. Tali pratiche sono state dichiarate contrarie alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel caso Corte EDU, sentenza del 6 aprile 2017, *AP, Garçon and Nicot v. France*, ricorsi n. 79885/12, 52471/13 e 52596/13 [*AP*].

50 Intervista telefonica all'attivista Egon Botteghi, CIRQUE (Centro interuniversitario di ricerca queer), 16 febbraio 2021.

51 Corte costituzionale, sentenza n. 221/2015. Così anche Cassazione civile, sez. I, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138. La sentenza va ad incidere sulla disciplina introdotta con legge n. 164 del 1982, in materia di rettificazione anagrafica di sesso, su cui v. S. Patti, Legge 14 aprile 1982, n. 164 – Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, in Commentario del codice civile (diretto da E. Gabrielli), Utet, 2010, 637 ss.; P. Veronesi, Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica, in *Fam. Dir*., 2005, 528 ss.; M. Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giur.it.*, 1981, 27 ss.

52 P. Valerio, P. Fazzari, *Dilemmi e controversie nell'inquadramento diagnostico delle identità transgender e delle identità di genere non conformi*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2016, 210–219, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/dilemmi-e-controversie-nell-inquadramento-diagnost_362.php. Si v. anche 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, F. (cur.), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Franco Angeli, 2013, pp. 221–243; C. Scandurra, *Minority Stress e Transgenderismi: Effetti dello stigma vissuto ed interiorizzato e dei fattori protettivi sulla salute mentale di un campione di persone transgender italiane* (Tesi di dottorato), Università degli Studi di Napoli Federico II – Napoli, 2015; A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, Franco Angeli, 2013.

53 A. Margaria, *Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood: What to Expect?*, in *International Journal of Law, Policy and The Family*, vol. 34, 2020, p. 225–246.

54 È interessante notare come, in base all'ultimo censo disponibile, siano state registrate soltanto due persone transgender FTM non sottoposte a un processo di sterilizzazione nel Regno Unito. Questo potrebbe indurre qualcuno a chiedersi se valga la pena in fin dei conti soffermarsi su un tema che presenta un peso così marginale dal punto di vista statistico. A ben vedere, tuttavia, si tratta di un esempio emblematico della capacità delle identità marginali di mettere in crisi l'intero sistema, come affermano le teorie queer. Tali teorie, infatti, sono molto più interessate ai piccoli che ai grandi numeri, per la loro capacità di mettere in crisi l'intera struttura mostrandone le (micro)fratture. M.J. Taylor, *Queer Things from Old Closets: Libraries — Gay and Lesbian Studies — Queer Theory*, Rare Books and Manuscripts Librarianship, vol 8, 1993, p. 21.

gravidanza[55]. Secondo la dichiarazione, prontamente ridimensionata da Theresa May, le Nazioni Unite avrebbero dovuto sostituire la locuzione "donne incinte" con la locuzione "persone incinte" ("pregnant people") per rispettare la molteplicità e varietà delle identità di genere. La questione è riaffiorata di recente in occasione, prima, dell'utilizzo da parte di un ospedale di Brighton del termine neutro "chestfeeding" in luogo del termine "breastfeeding"[56] e, poi, in occasione dell'introduzione di un disegno di legge per riconoscere il congedo di maternità per le parlamentari (congedo non contemplato dalla legge inglese in un'epoca in cui l'accesso delle donne alla carica di *member of Parliament* era semplicemente impensabile). La proposta iniziale faceva, tuttavia, volutamente riferimento alla "persona" anziché donna per adoperare un linguaggio maggiormente inclusivo nei confronti delle persone trans.[57] La Camera dei Lord insorgeva lamentando un tentativo di rimozione delle donne, riuscendo a far aggiungere espliciti riferimenti alle "madri" o "donne in attesa".

I teorici queer hanno fantasticato a lungo sulle terre di mezzo qui accennate come di uno spazio in cui le identità possono infine fiorire indisturbate dai vincoli imposti da precomprensioni e certezze epistemologiche[58]. La dimensione ucronica del Neplanta, che nell'antropologia chicana e latina significa appunto l'essere, il trovarsi nel mezzo, ne costituisce un esempio significativo. Tale dimensione, divenuta famosa a seguito dell'utilizzo da parte dalla pensatrice femminista americana Gloria E. Anzaldúa, descrive i pericoli e al contempo il potenziale degli spazi liminali. Questi sarebbero infatti causa di tensione, ansia e senso di smarrimento. Al tempo stesso potrebbero però rivelarsi anche scenari di trasformazione sociale profonda grazie all'assenza di tali "certezze"[59]. La funzione del queer è proprio l'apertura delle possibilità, degli spazi di identificazione e sviluppo personale al di fuori di sentieri già tracciati. Non è, come taluni potrebbero essere indotti a credere, l'imposizione di tali terre di mezzo (che nel caso di specie implicherebbe frustrare le domande di riconoscimento giuridico di un'identità precisa, uomo o donna, per le persone trans che a ciò ambiscono o per i tanti individui cisgender che quella identità riconoscono come propria). È un racconto sull'esistenza di simili terre di mezzo, un tentativo di svelare anziché nascondere – per quanto sarebbe assai più semplice la seconda opzione – pulsioni, ambizioni, complessità dell'umano.

Quale il ruolo del diritto, semmai ve ne sia uno, di fronte a tutto questo? Per affrontare una domanda di non facile soluzione come questa il paragrafo che segue analizzerà il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

3. Binarismo di genere e Corte europea dei diritti dell'uomo

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i giudici chiamati ad applicarla prendono a parametro di riferimento un individuo che manifesta una chiara appartenenza di genere[60]. Ne consegue che, al fine di godere della protezione giuridica offerta dalla Convenzione, ogni persona deve essere in grado di identificarsi come uomo o donna. Dimostra quanto qui si va dicendo la formulazione dell'articolo 12 CEDU[61]. L'articolo tutela il diritto al matrimonio e a fondare una famiglia, diritto goduto da "uomini e donne" a "partire dall'età minima per contrarre matrimonio". Perlopiù, tuttavia, si tratta di un approccio non chiaramente esplicitato nella giurisprudenza della Corte o in altri strumenti formali del Consi-

55 O. Rudgard, *Call expectant mothers 'pregnant people', the Government suggests*, in *The Telegraph*, 23 ottobre 2017, http://www.telegraph.co.uk/news/2017/10/23/call-expectant-mothers-pregnant-people-government-suggests/.

56 T. Williams, Midwives told to say chestfeeding instead of breast feeding to be more inclusive, in Metro, 10 febbraio 2021, https://metro.co.uk/2021/02/10/brighton-midwives-told-to-say-chestfeeding-to-be-more-inclusive-14055419/

57 U.S. Kristjönudóttir Jónsdóttir, Birthing language that only mentions 'mothers' exists purely to exclude trans people, in Metro, 24 marzo 2021, https://metro.co.uk/2021/03/24/birthing-language-that-only-mentions-mothers-excludes-trans-people-14286855/?ito=cbshare.

58 J. Butler, *Undoing Gender,* cit., p. 228.

59 A. Keating (ed.), *The Gloria Anzaldúa Reader,* Duke University Press, 2009, p. 322 citata in D.A. Gonzalez Salzberg, *cit.*, p. 56.

60 D.A. Gonzalez Salzberg, cit., p. 32.

61 Sull'interpretazione dell'articolo, e in particolare se il diritto a fondare una famiglia sia indistricabile o meno dal diritto al matrimonio, si vedano i due commenti di segno opposto di V Zagrebelsky, 'Famiglia e vita familiare nella Convenzione Europea' in M.C. Andrini (ed), *Un nuovo diritto di famiglia europeo* (Padua, Cedam, 2007) 118 e G. Ferrando, *Il Contributo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo* in Andrini, cit., 139.

glio d'Europa. Esso appartiene al dominio della precompresione, al punto che non occorrono di solito definizioni o chiarimenti intorno al concetto di genere né di sesso[62].

La giurisprudenza della Corte è lo strumento di analisi privilegiato per capire quale sia il concetto di genere e di sesso adottato nello spazio giuridico della Convenzione. La casistica in materia di diritti della persona trans riguarda soprattutto il corpo della persona *transessuale*. Essa si compone principalmente di tre fasi.

In una prima fase, la Corte ha dovuto fare i conti con la questione della rettificazione anagrafica del sesso. Dalla casistica (di cui fanno parte, ad esempio, le pronunce *Rees* e *Cossey*)[63] trapela una concezione fortemente "biologica" della nozione di sesso, inteso come un qualcosa che può essere osservato al momento della nascita e che risulta dalla congruenza osservabile tra cromosomi, gonadi e genitali[64]. Ancor più significativo è l'aver affiancato a tale concezione biologica la convinzione secondo cui il sesso non sia suscettibile di modifica[65]. Ciò perché esisterebbe un sesso "vero"[66], osservabile, che in quanto tale non è suscettibile di modificazione umana.

Di conseguenza, i ricorrenti in *Rees* e *Cossey* – due persone transessuali che avevano subìto interventi chirurgici di riassegnazione del sesso – non godevano di alcun diritto alla rettificazione anagrafica dello stesso. Nelle parole della Corte, "transessuale" è un termine "solitamente utilizzato per identificare coloro i quali, sebbene esibiscano dal punto di vista fisico un determinato sesso, si convincono di appartenere al sesso opposto"[67]. Ne consegue che, nel corso di tale prima fase, transessuale indichi la persona che, per definizione, nel tentare una traversata dal sesso "dato" a quello agognato, tenta una traversata impossibile.

Un cambio di rotta si registra nel 2002, quando la Corte si pronuncia nei casi *Goodwin* e *I*[68]. I casi giunti dinanzi alla Corte riguardavano ricorrenti transessuali che dopo aver completato un'operazione di mutamento del sesso si vedevano negare, in base alla legislazione esistente all'epoca nel Regno Unito, la richiesta di rettifica degli atti dello stato civile nonché la capacità di contrarre matrimonio (con conseguente violazione, rispettivamente degli articoli 8 e 12 CEDU). In tali pronunce, si riconosce infine la possibilità (ontologica e quindi giuridica) di cambiare il sesso e di godere della tutela giuridica ai sensi della Convenzione per poter far ciò. Secondo la mutata sensibilità dei giudici, "transessuale" è una persona che transita dal sesso assegnato alla nascita (sesso A) al nuovo sesso percepito (sesso B) attraverso un intervento chirurgico di riassegnazione. Il forte sostrato biologico di questa concezione continuava nondimeno a riaffiorare nelle considerazioni dei giudici, secondo i quali il transessuale deve essere aiutato ad "assimilarsi" al sesso/genere desiderato[69]. Il lemma "assimilazione" sottintende che di avvicinamento asintotico si tratta e chiarisce come nella percezione dei giudici questi individui non siano davvero in grado di attraversare i confini tra i sessi ma solo di avvicinarsi il più possibile al sesso agognato.

La medicina e la chirurgia assumono un ruolo predominante in questa fase: il concetto di sesso si emancipa dal sesso anatomico osservato alla nascita per riferirsi a quello percepito dalla persona che, grazie alla medicina, riesce finalmente a risolvere una drammatica dissonanza tra essere e dover essere (la c.d. disforia di genere). Il costo cui si accennava è dunque la patologizzazione della condizione della persona trans, dipinta sempre e comunque come persona necessitante cure mediche[70]. Ebbene, questa

62 *Ibid,* p. 32.

63 Corte EDU, sentenza 17 ottobre 1986, *Rees v. United Kingdom*, ricorso n. 9532/81; Corte EDU, sentenza 27 settembre 1990, *Cossey v. United Kingdom,* ricorso n. 10843/84.

64 La determinazione del sesso si basa sulla congruenza osservata tra cromosomi, gonadi, genitali, con prevalenza di questi ultimi (genitali) in caso di incongruenza. A. Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of* Law, Cavendish, 2002, pp. 41–42.

65 D.A. Gonzalez-Salzberg, cit., p. 34.

66 The true sex is a term coined by Foucault to criticize the Western tradition of believing in a true, unconfutable sex, which is in reality constructed. See Foucalt, Herculine Barbin: Being the Recently Discovered Memoirs of a Nineteenth-Century French Hermaphrodite (Harvester Press, 1980).

67 Corte EDU, *Rees v. United Kingdom*, cit., par. 38 [traduzione dell'Autore dall'inglese].

68 Corte EDU [GC], sentenza dell'11 luglio 2002, *Christine Goodwin v United Kingdom,* ricorso n. 28957/95; Corte EDU [GC], 11 luglio 2002, *I v. United Kingdom,* ricorso n. 25680/94.

69 Corte EDU, *Goodwin v. United Kingdom*, cit., par. 100; *I v. United Kingdom*, cit., par. 80.

70 La c.d. patologizzazione della condizione della persona trans è stata di recente superata, prima, in modo parziale, con la quinta edizione del Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (DSM-5) dell'American Psychiatric Association e poi, più di recente, dall'undicesima edizione dell'ICD-11 dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS). Con tale ultima

nuova concezione sicuramente segna un passo avanti rispetto alla fase precedente in cui si nega la possibilità stessa dell'attraversamento. E, tuttavia, presenta un costo evidente: la richiesta di un tributo di sangue, la richiesta di sacrificare i genitali sull'altare del riconoscimento giuridico dell'identità di genere. Scelgo di utilizzare il termine "sacrificio" poiché non tutte le persone trans vorrebbero sottoporsi a simili interventi chirurgici.

L'atto sacrificale (dei genitali) riflette l'interesse dello Stato a rendere la scelta della persona trans irreversibile e dimostra la drammatica oscillazione tra l'asserito interesse alla tutela della persona trans e l'interesse alla difesa dell'ordinamento.[71] L'irreversibilità, più sottilmente, riflette il desiderio di mitigare il potenziale destabilizzante di cui il corpo trans è vettore e, dunque, la minaccia che tale corpo pone nei confronti delle strutture istituzionalizzate di genere. Si è detto che entrambe le pronunce *Goodwin* and *I* si muovono nell'alveo di una concezione rigidamente binaria, smorzata dalla possibilità ontologica del passaggio tra i due sessi. Dal punto di vista giuridico esiste un interesse pubblico al soddisfacimento della domanda della persona trans che vuole cambiare identità di genere – e perciò il relativo diritto le viene riconosciuto. Il cambiamento, tuttavia, si configura come un "trespass", come uno sconfinamento ai limiti dell'intrusione indesiderata che il diritto semplicemente tollera.

Si badi, perciò, che non ci troviamo di fronte a una benevola concessione da parte del legislatore, né di fronte a un disinteressato atto di *pietas* umana. Ci troviamo più precisamente di fronte al tentativo di ridurre al minimo i danni causati dal corpo trans in libero movimento. Il riconoscimento giuridico ha infatti l'obiettivo di eliminare gli spazi di mezzo in cui queste persone finiscono di fatto a vivere. Gli spazi indeterminati costituiscono una minaccia per il sistema istituzionalizzato di genere e vengono pertanto prontamente rimossi anche per questa ragione. Il passaggio della persona trans dal genere dato a quello desiderato deve viene concepito come repentino e irreversibile perché si possa efficacemente preservare quell'aura di solidità, "verità" se si vuole, che circonda il binarismo di genere. A sua volta, l'assimilazione della persona trans all'interno del sesso di approdo è indispensabile strumento di biopolitica che consente di mantenere intatto tale binarismo[72] e renderne il corpo intellegibile[73]. A un'attenta riflessione, è quindi preferibile la transizione all'indeterminatezza, l'assimilazione al caos: il corpo trans fuori da un sistema binario è una pericolosa mina vagante pronta a esplodere.

La terza fase viene inaugurata nel 2015, quando la Corte di Strasburgo dichiara l'incompatibilità a Convenzione del requisito della sterilizzazione per avviare il processo di RGIG[74], incompatibilità riconfermata di recente[75]. Si tratta tuttavia di un passo incerto perché la Corte non si spinge vietare tali pratiche *tout court.* Non chiarisce, in particolare, se le pratiche di sterilizzazione possano invece essere *conseguenza* del processo di riconoscimento giuridico[76]. La svolta si ha di lì a breve nel caso *AP, Garçon and Nicot*, deciso nel maggio 2017. In tale occasione, i giudici, dopo aver preso atto di un "trend emergente" in direzione dell'abolizione della sterilizzazione obbligatoria all'interno degli Stati membri, dichiarano infine l'incompatibilità di tale procedura – in tutte le sue forme – con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo[77]. A seguito della sentenza, gli Stati membri della Convenzione, dunque, non possono più imporre requisiti quali la sterilizzazione forzata o interventi chirurgici su organi genitali che possono condurre alla sterilità quale presupposto del riconoscimento del genere[78].

Dal punto di vista teorico, questa fase condivide con la precedente l'idea che il sesso/genere possa essere cambiato. Un punto di dipartita importante riguarda, invece, l'abbandono da parte dei giudici della precedente impostazione mirante a castrare il corpo trans ancora in grado di svolgere funzioni riproduttive (dopo l'attraversamento).

pubblicazione, l'OMS ha infine rimosso la condizione della persona trans dalla classe dei disturbi mentali per ricondurla alla distinta sezione delle condizioni "correlate alla salute sessuale". V. P. Valerio, C. Scandurra, F. Mezza,cit., pp. 24-25.

71 A. Schuster, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*, in *Nuova Giur. civ.*, 2012, 243 ss.

72 M. Foucault, *The Birth of Biopolitics (course lecture*), in P. Rabinow, J.D. Paubion (eds.), *Micheal Foucault: Ethics, Subjectivity, And Truth*, The New Press, 1997.

73 A. Sharpe, *Foucault's Monsters and the Challenge of the Law*, Routledge, 2010, p. 101.

74 Corte EDU, sentenza del 10 marzo 2015, *YY v. Turkey*, ricorso n. 14793/08.

75 Corte EDU, sentenza del 19 gennaio 2021, *X and Y v. Romania*, ricorsi n. 2145/16 e 20607/16.

76 *Ibid,* par. 42–43.

77 V. B. Moron-Puech, *L'arrêt A. P., Nicoat et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées*, in *La Revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés*, mai 2017.

78 La Corte, nel far salvo il requisito della diagnosi di disforia di genere, tuttavia, non rinuncia alla patologizzazione del corpo trans. D.A. Gonzalez- Salzberg, *An Improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent: A Queer Reading of AP, Garçon and Nicot v. France*, in *Modern Law Review,* vol. 81, 2018, p. 526.

Un secondo cambiamento da non sottovalutare riguarda l'inclusione dell'identità di genere all'interno del concetto di identità personale tutelata ai sensi della Convenzione – fondata sull'assunto che la prima costituisca una componente essenziale della seconda. Nel far ciò la Corte adotta, a mio avviso correttamente, una concezione assai ampia di identità di genere quale identità da riconoscersi a tutti gli individui trans. Godono del diritto al rispetto dell'identità di genere, secondo i giudici, tutti gli individui trans, indipendentemente dalla scelta di sottoporsi a procedure di riassegnazione chirurgica del sesso: Ne consegue che tale identità potrà essere rivendicata sia dalla persona transessuale che ha completato la riassegnazione sia dalla persona trans che non intende cambiare alcun tratto fisico.

Occorre, tuttavia, sottolineare che si tratta di un passaggio perlopiù declamatorio. Nei fatti, la Corte di Strasburgo dimostra di essere ancora ancorata a una concezione tradizionale di identità di genere, che delle mine vaganti non sa precisamente cosa farsene. Numerosi ostacoli al riconoscimento giuridico del genere permangono. Stupisce, ad esempio, che la Corte non abbia dichiarato l'incompatibilità con la CEDU di interventi chirurgici di riassegnazione indipendentemente dal loro potenziale sterilizzante in un recente caso in cui si era prospettata tale opportunità. Il riferimento è a *X c. Ex Repubblica jugoslava di Macedonia*,[79] un caso in cui si lamentava l'incompatibilità a Convenzione della prassi della già Repubblica jugoslava di Macedonia di richiedere il trattamento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica del sesso. Il ricorrente dichiarava che l'accertamento medico della disforia di genere doveva ritenersi condizione sufficiente per avviare la procedura e che l'ulteriore requisito imposto dall'amministrazione statale si poneva in aperto contrasto con l'art. 8 della Convenzione, poiché impediva alla persona trans che non intende sottoporsi a trattamenti chirurgici di godere del diritto al rispetto alla vita privata. Tuttavia, data l'assenza di una cornice legislativa chiara per ottenere la rettificazione anagrafica del sesso e l'esistenza di mere prassi amministrative, la Corte si appunta su tale aspetto procedurale (mancanza di una cornice giuridica chiara) senza addentrarsi nella ben più importante questione sostanziale della compatibilità a Convenzione delle pratiche di riassegnazione del sesso.

Un secondo esempio di ostacoli che ancora ad oggi permangono riguarda la diagnosi della disforia di genere. La necessità di sottoporsi a un esame medico come prova dell'esistenza di una disforia di genere (e quindi di una condizione patologica) ha ottenuto, ad esempio, il pieno avallo della Corte di Strasburgo. A un più attento esame, tuttavia, oltre alle conseguenze in termini di umiliazione personale subita dalla persona trans e dello stigma sociale derivante dall'inquadramento della questione quale "patologia", tali requisiti sono particolarmente invasivi in quanto richiedono un accurato esame dei genitali[80]. Come conciliare una simile posizione con l'affermazione – dei giudici stessi – secondo cui *ogni* persona trans gode del rispetto della vita privata[81]?

In conclusione, per quanto encomiabile sia il riconoscimento della tutela dell'articolo 8 CEDU alla persona trans *tout court*, tale promessa di tutela non è stata mantenuta nei fatti, essendovi ancora numerosi ostacoli frapposti al pieno godimento del diritto al rispetto dell'identità di genere.

4. Un approccio queer al riconoscimento dell'identità di genere: l'autodeterminazione

Il titolo del paragrafo potrebbe trarre in inganno: non esiste un approccio univocamente queer al tema del riconoscimento giuridico dell'identità di genere. Le teorie queer potrebbero infatti insistere su aspetti diversi della questione. Un approccio potrebbe mirare a rendere queer *il risultato* e un secondo approccio invece renderne queer *il processo*. Il primo punterebbe a superare il binarismo dei generi nelle "etichette" e a introdurre il riconoscimento di generi altri rispetto a uomo e donna, quali ad esempio, "terzo genere", "inter", "diverse", "non binario".[82] In questo senso, si tratta di approccio interessato al risultato e relativamente indifferente rispetto al procedimento per raggiungere tale risultato (e dunque ai requisiti richiesti per poter vedere riconosciuta l'identità di genere cui ci si sente di appartenere). Il

79 Corte EDU, sentenza del 17 gennaio 2019, *X c. Ex Repubblica jugoslava di Macedonia,* ricorso n. 29683/16.

80 Corte EDU, *AP, Garçon and Nicot v. France*, cit. par. 152.

81 *Ibid,* par. 152.

82 S.L. Gössl, B. Völzmann, *Legal Gender Beyond the Binary*, in *International Journal of Law, Policy and The Family*, vol. 33, 2019, p. 403; S.L. Gössl, *Intersexuelle Menschen und ihre personenstandsrechtliche Erfassung*, in *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 2016, pp. 1122 ss. Per un approccio critico nei confronti del c.d. terzo sesso v. A. D'Aloia, *Il "terzo" sesso*, in *Forumcostituzionale*, www.forumcostituzionale.it, 2014, p. 3.

secondo approccio prescinde, al contrario, dall'esito per concentrarsi sul procedimento, e, più precisamente, sul procedimento formale disciplinato dal decisore pubblico per l'ottenimento del RGIG: è su quest'ultimo che intendo concentrarmi nei rimanenti paragrafi, per delineare il procedimento più in linea con i postulati delle teorie queer.

La conseguenza "naturale" – per le ragioni di cui dirò a breve – dell'applicazione delle teorie queer al procedimento di RGIG è la semplice autodichiarazione (in inglese, "self-identification") come conseguenza dell'applicazione del principio di autodeterminazione nella sua forma più "estrema" (c.d. modello argentino). L'autodichiarazione consiste nella dichiarazione, appunto, con cui la persona trans riconosce di identificarsi con un genere diverso dal genere assegnato alla nascita, tale dichiarazione dovendosi ritenere sufficiente ai fini dell'avvio e completamento della procedura di rettificazione anagrafica del sesso. Nelle parole dell'organizzazione Transgender Europe, ci si riferisce con tale termine al RGIG che avviene esclusivamente sulla base del desiderio espresso dalla persona in questione, con la precisazione che "[a] person's declaration of their gender identity, for the purpose of obtaining gender recognition, should not require validation by a medical expert, judge or other third party. It is legitimate to require proof of the originality of the statement, but not of its contents"[83].

Gli approcci al RGID si situano su ciò che potremmo definire un *continuum* che va dalla semplice autodichiarazione (comportante l'assenza di qualsivoglia ostacolo o procedimento burocratico per completare il RGID) a procedimenti complessi di matrice statale da completare per vedersi riconosciuta l'identità di genere. All'aumentare degli ostacoli (c.d. *gatekeeping*), per così dire, ci si allontana da ciò che abbiamo qui definito un approccio queer al tema del RGID. I passaggi per vagliare la genuinità della scelta possono essere molti e diversi. Ad esempio, erano le stesse linee guida ONIG (Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, una federazione dei professionisti sanitari che si occupano di trattamenti di affermazione di genere per persone trans) a subordinare l'accesso ai trattamenti di riassegnazione chirurgica di genere a una valutazione psicodiagnostica da parte di un esperto (sanitario o psi).

Quale l'interesse pubblico ad introdurre "ostacoli", cooling-off periods o qualsivoglia passaggio procedurale frapposti al riconoscimento giuridico "immediato" dell'identità di genere? Un primo evidente interesse pubblico è quello alla stabilità e coerenza dei rapporti orizzontali tra cittadini e dei rapporti verticali Stato-cittadini, stabilità e coerenza che ostano al riconoscimento di una identità di genere intermittente. Si pensi alle conseguenze derivanti in punto di certezza dei rapporti giuridici dalla possibilità di cambiare il genere numerose volte nel corso della propria esistenza. Si pensi ancora alla persona trans il cui cambio di genere può essere stato nel frattempo riconosciuto da un ente amministrativo e non da un altro e che, pertanto, potrà risultare donna ad alcuni fini e uomo ad altri fini nel rapportarsi con la pubblica amministrazione. E pertanto da un punto di vista giuridico esiste un comprensibile interesse pubblico ad una coerenza di manifestazione esteriore dell'identità di genere (onde evitare appunto di poter rivendicare una certa identità in alcuni contesti/davanti ad alcune pubbliche amministrazioni e un'altra identità in altri contesti).

Lo Stato potrebbe poi avere un interesse a rendere la scelta del richiedente consapevole, non sono a fini di tutela dell'individuo stesso (che potrebbe sottoporsi a trattamenti di affermazione del sesso chirurgici di cui poi si "pentirebbe"), ma anche al fine di evitare richieste di risarcimento da parte di quest'ultimo. Un caso di cronaca recente vedeva ad esempio una adolescente trans, Keira Bell, citare in giudizio la clinica del Servizio Sanitario Nazionale del Regno Unito presso cui aveva completato il procedimento di transizione.[84] Secondo l'adolescente, il personale sanitario avrebbe dovuto mettere in discussione ("challenge") maggiormente la sua scelta di completare il processo di transizione FTM, di cui si era in seguito pentita. L'episodio ha dunque dato man forte alle critiche di quanti si oppongono alla rimozione di ostacoli al completamento del procedimento di RGIG ma ha altresì riacceso il dibattito interno alla comunità trans circa l'opportunità di subordinare il riconoscimento dell'identità di genere a requisiti minimi di controllo della genuinità della convinzione della persona trans.

Tuttavia, non è ad oggi rintracciabile un plausibile interesse pubblico in grado di giustificare in modo esaustivo requisiti procedurali che vadano oltre l'acquisizione del mero consenso informato. Ci si riferisce con ciò, in particolare, alla richiesta di completare sempre e comunque un procedimento chirurgico e/o ormonale (i due tendono ancora ad oggi ad essere visti come inscindibili dai protocolli in materia) di riassegnazione del sesso o ancora alle pratiche di sterilizzazione. Come illustrato nel paragrafo precedente, tali requisiti sono infatti inquadrabili da un punto di vista foucaultiano quali

83 R. Köhler, J. Ehrt, *Legal Gender Recognition in Europe*, TGEU – Transgender Europe, 2016, p. 17, https://tgeu.org/wp-content/uploads/2017/02/Toolkit16LR.pdf.

84 Alison Holt, NHS gender clinic 'should have challenged me more' over transition, BBC News, 1 marzo 2020, https://www.bbc.com/news/health-51676020

punizioni derivanti dall'aver osato attraversare quei confini – nonché barriere atte a fa sì che i confini non siano valicati mai più.

Avviare un procedimento di RGIG sulla base di una mera autodichiarazione implica, dunque, una rinuncia da parte del decisore pubblico a pattugliare i confini dei sessi e riconoscerne la attraversabilità sulla base dell'avvenuta esternazione del desiderio di far ciò. Ne consegue che il decisore pubblico non potrebbe riservarsi alcuna prerogativa di accertamento della bontà della dichiarazione. Non sarebbero ammesse diagnosi di disforia di genere – troppo spesso vissute come esperienze umilianti dalla comunità trans. Ancor meno ammissibile sarebbe una procedura obbligatoria di riassegnazione chirurgica del sesso (incluse le pratiche di sterilizzazione o con effetti sterilizzanti).[85] Sono in particolare incompatibili con tale approccio tutte le procedure a carattere invasivo che impongono un qualsivoglia "costo" personale all'individuo che si identifica con un genere diverso rispetto a quello assegnato alla nascita. La natura "queer", se si vuole, di un approccio al RGIG basato sulla mera autodichiarazione è dunque visibile nel suo ridurre il costo della scelta, la drammaticità del procedimento e la reversibilità dello stesso.

Un approccio basato su una mera autodichiarazione sarebbe poi non privo di fondamento giuridico. È evidente come tale approccio sia in linea con il principio di autodeterminazione in materia personale, il rispetto della privacy, e la libertà da costrizioni e violenze fisiche e psicologiche, il cui godimento è ancora oggi negato alla comunità trans. Per quanto riguarda lo specifico contesto della Convenzione, il riferimento è in particolare alla dottrina del consenso europeo e del margine di apprezzamento da esso scaturente[86]. L'esistenza di un "consenso europeo" intorno a una determinata questione sociale, etica o giuridica consente alla Corte di "imporre" anche agli Stati più "recalcitranti" di adottare la posizione che la maggior parte degli Stati del Consiglio d'Europa adotta in materia. L'applicazione del margine sarebbe dunque inversamente proporzionale all'esistenza di un consenso europeo[87]. La funzione della dottrina del consenso è dunque quella di rilevare, cristallizzare e imporre in caso di condotta da esso deviante il rispetto del comune sentire intorno a una certa questione.

L'esistenza di un consenso intorno alla tutela della persona trans costituisce dunque un appiglio teorico fondamentale per avanzare i diritti delle persone trans nello spazio giuridico della Convenzione. Nel caso *AP, Garçon and Nicot*, la Corte EDU aveva registrato un consenso in fase di emersione[88] verso l'abolizione della sterilizzazione forzata, osservando che undici Parti contraenti avevano già abolito un simile requisito e che altre Parti contraenti erano in procinto di discutere riforme legislative in materia. Tuttavia, ad oggi, la Corte non si è spinta oltre la questione della sterilizzazione forzata[89].

Nonostante ciò, il riconoscimento dell'autodichiarazione come requisito sufficiente ai fini del RGIG godrebbe di un consenso, quantomeno "emergente", in Europa. Osservando, ad esempio, il Trans Rights Europe & Central Asia Index 2020[90], si può notare come, in base alle più recenti rilevazioni, numerosi Paesi europei si stiano muovendo in tale direzione:

- Lussemburgo, Malta e 9 comunità autonome spagnole riconoscono l'autodichiarazione come requisito sufficiente per il RGIG, senza restrizioni di età.
- Danimarca, Irlanda, Islanda e Norvegia riconoscono l'autodichiarazione come requisito sufficiente per il RGIG, prevedendo una serie di limiti minimi di età.

Quindi, in senso stretto, si può identificare un trend verso l'allargamento delle maglie del RGIG tramite procedura di autodichiarazione, se la variabile osservata è il diritto positivo degli Stati mem-

85 M. Trimarchi, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico,* in *Fam. Dir*., 2012, 2, 183 ss.

86 La dottrina fu introdotta a partire dal caso Corte EDU, sentenza del 7 dicembre 1976, Handyside c Regno Unito, ricordo n. 5493/72. Sul punto si v. per tutti Y. Shani, *Toward a General Margin of Appreciation in International Law?*, in The European Journal Of International Law, Vol. 16, 2006, 909. Per una critica circa l'utilizzo del termine dottrina, in quanto si tratterebbe piuttosto di una metodologia o tecnica giudiziale priva della coerenza che caratterizzerebbe le dottrine, v. P. Tanzarella, Il margine di apprezzamento, in M. Cartabia (a cura di), I diritti in azione, Bologna, 2007, pp. 149 ss. Per il concetto di margine di apprezzamento si v. J. A. Sweeney, *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*, in *International And Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, 469.

87 E. Benvenisti, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, 843 ss.

88 Richiamando il concetto di *emerging consensus* anziché consenso *tout court*, la Corte correttamente "abbassava l'asticella" quanto al tipo e *quantum* di consenso tra Parti sul punto. Nel far ciò richiamava la precedente sentenza *Mazurek*, in cui si accontentò di una "nette tendance". Corte EDU, sentenza del 1° febbraio 2000, *Affaire Mazurek c. France,* ricorso n. 34406/97.

89 *AP*, par. 124. ("…the Court notes that the condition in question ceased to be part of the positive law of eleven Contracting Parties, including France, between 2009 and 2016, and that similar reforms are under discussion in other Contracting Parties (see paragraph 71 above). This shows that a trend has been emerging in Europe in recent years towards abolishing this condition, driven by developments in the understanding of transgenderism.").

90 TGEU – Transgender Europe, Trans Rights Europe And Central Asia Index 2020, 2020, https://tgeu.org/wp-content/uploads/2020/05/index_TGEU2020-ENG.png.

bri[91]. In senso più ampio, invece, si può identificare un trend ancor più evidente – e questo sì univoco – consistente nel nell'eliminazione di requisiti giudicati come "invasivi". Con ciò ci si riferisce, in particolare, al progressivo smantellamento di requisiti quali: (i) diagnosi di disforia di genere, (ii) procedure di riassegnazione del sesso ovvero (iii) procedure di sterilizzazione obbligatoria. Ad oggi, si inseriscono all'interno di questo trend "negativo" di smantellamento di condizioni restrittive un sempre maggior numero di Stati europei. Nella specie:

- 16 Stati europei non richiedono alcun intervento medico;
- 27 Stati europei non richiedono il completamento di un procedimento di riassegnazione chirurgica del sesso;
- 27 Stati europei non richiedono il completamento di una procedura di sterilizzazione coatta;
- 10 Stati europei e 9 comunità autonome spagnole non richiedono alcuna diagnosi di disforia di genere.[92]

L'esistenza di un consenso emergente in materia è poi ulteriormente corroborata da fonti di diritto internazionale, incluse le raccomandazioni e risoluzioni del consiglio d'Europa finalizzate a tutelare la persona trans da atti discriminatori[93].

Tuttavia, mi preme di notare come non vi sia una posizione univoca all'interno della comunità trans e più in generale LGBTQ sul punto. La comunità si è legittimamente posta il problema della deregolamentazione *totale* del procedimento di RGIG, culminante con la mera autodichiarazione, allorché la volontà dell'individuo possa essere in qualche modo viziata. Il caso di Keira Bell, sopra menzionato, ha spinto la comunità a interrogarsi nuovamente sul tema della rimozione di ostacoli al completamento del procedimento di RGIG. Da più parti è stato proposto il mantenimento di requisiti minimi di controllo della genuinità della convinzione della persona trans, requisiti riconducibili al concetto giuridico di "consenso informato" in ambito medico.

Alla luce di un simile dibattito, non si esclude quindi l'opportunità di un più ampio riferimento al *principio di autodeterminazione*, che sarebbe al contempo compatibile con la sua attuazione più radicale nella forma della mera autodichiarazione ma anche con procedimenti maggiormente "cauti" quali quelli comprendenti un'autodichiarazione *e* in aggiunta la verifica dell'esistenza di un consenso informato. Il presente contributo intende quindi riferirsi più genericamente alla nozione di autodeterminazione quale principio in grado di tracciare la strada, pur nella varietà di applicazioni concrete, verso un RGID più rispettoso dei diritti al rispetto della vita privata e famigliare, all' integrità psico-fisica della persona trans nonché maggiormente allineato ai postulati delle teorie queer.

5. Un'applicazione concreta: il caso *Hämäläinen*

Si è detto che il diritto non dovrebbe rinunciare al suo potenziale inclusivo attraverso operazioni di categorizzazione poco attente alla molteplicità e complessità delle posizioni identitarie degli individui. Il metodo della c.d. "riscrittura" delle sentenze è tra gli strumenti più efficaci se si vuole comprendere come tale obiettivo possa essere raggiunto – poiché offre una dimostrazione plastica di come possa il queer trovare un posto nel diritto. Il metodo consiste nell'analizzare criticamente il testo di una sentenza per poi riscriverne il testo in tutto o in parte, ciò al fine di dimostrare come la Corte avrebbe potuto "correttamente" decidere il caso.

La sentenza scelta a tal fine è la sentenza *Hämäläinen*, riguardante lo scioglimento coatto del matrimonio di una persona transessuale MTF di nazionalità finlandese.[94] La prima parte del paragrafo offre

91 L.R. Helfer, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, pp. 133, 134. L'Autore sottolinea come non sia chiaro se il parametro di riferimento per l'individuazione del consenso sia la legislazione, la prassi o talvolta persino l'esistenza di un dibattito in materia.

92 *Ibid*.

93 V., es., Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, Adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st meeting of the Ministers' Deputies, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1606669]; Resolution 2048 (2015) on discrimination against transgender people in Europe, http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=21736&lang=EN.

94 Hämäläinen v Finland (2015) 1 FCR 379. Per un excursus storico della disciplina italiana in materia di scioglimento del matrimonio a seguito di sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso v. S. Patti, *Transessualismo*, in *Dig*., IV, sez. civ., XIX, Utet, 1999, 427.

un'analisi critica del discorso, così come definita dalla studiosa Rosemary Hunter: "Discourse analysis involves paying close, critical attention to the judicial reasoning, including the language and concepts used, the way the argument is constructed, and what might be absent from or excluded by the text"[95]. A seguire, si procederà con la riscrittura di una parte del testo della sentenza, ossia alcuni passaggi salienti dell'analisi antidiscriminatoria contenuti nei paragrafi dal 110 al 113 della sentenza. Dal punto di vista metodologico, quindi, la decisione è stata quella di limitarsi a riscrivere soltanto una parte e non la totalità della motivazione fornita della Corte. Una seconda opzione metodologica riguarda poi la scelta di rielaborarne il testo dal punto di vista odierno, includendo nella parte motiva anche riferimenti giurisprudenziali non esistenti al tempo in cui la Corte decise il caso *Hämäläinen*[96]. Il dispositivo della sentenza è stato rovesciato, perché nella nuova versione la Corte accoglie il ricorso della Sig.ra Hämäläinen. Tuttavia, nel rielaborare il testo della sentenza si è compiuto uno sforzo di ancorare tale nuova versione alla giurisprudenza della Corte – non si tratta dunque di riscrittura fantasiosa *de iure condendo* bensì di riscrittura ancorata alla giurisprudenza della Corte stessa.

Quanto al caso concreto, la ricorrente Sig.ra Hämäläinen lamentava una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), del diritto al matrimonio (art. 12 CEDU) e in ultimo del diritto a non subire discriminazioni (art. 14 CEDU) a causa della dissoluzione coatta del matrimonio in essere a seguito della sua transizione. Si tratta di una delle poche controversie sui diritti delle persone trans ad includere anche una componente antidiscriminatoria. Una precisazione in tal senso è necessaria. Nello spazio della Convenzione, il diritto a non subire discriminazioni di cui all'art. 14 CEDU non è autonomo bensì parassitario. Esso necessita perciò di essere invocato congiuntamente ad altri diritti tutelati dalla Convenzione. Nel caso di specie, la violazione dell'art. 14 era dunque collegata all'articolo 8 e all'articolo 12 menzionati (rispetto vita privata e famigliare e diritto al matrimonio).

Quanto alla fattispecie concreta, la Sig.ra Hämäläinen aveva avviato una procedura per il riconoscimento della sua identità di genere a seguito della transizione. Tuttavia, lo Stato finlandese subordinava il RGIG allo scioglimento del matrimonio tramite divorzio o conversione coatta in unione civile (ottenibile previo consenso dell'altro coniuge). È su tale condizione che si appuntano le censure del ricorrente, che vorrebbe invece mantenere in vita il matrimonio in essere. Ad avviso della Corte, tuttavia, il matrimonio della Sig.ra Hämäläinen con sua moglie "diventerebbe" un'unione tra persone dello stesso sesso a seguito del cambio di genere, eventualità inammissibile dal punto di vista giuridico in quanto la Finlandia non riconosce(va) questo tipo di unione[97]. Posta una simile premessa, la Corte rigetta il caso prendendo le mosse dall'osservazione che non esisterebbe un consenso tra Stati contraenti intorno al matrimonio *same-sex*.

Vi sono numerosi aspetti all'interno della decisione che meriterebbero attenzione. Si potrebbe ad esempio discutere a lungo sul se la Corte abbia correttamente individuato la questione cui applicare il margine di apprezzamento – ossia lo strumento principale con cui decide l'ampiezza del suo intervento e, specularmente, l'ampiezza della discrezionalità di cui gli Stati membri godono disciplinare un certo ambito. L'aver individuato il matrimonio tra persone dello stesso sesso come oggetto del consenso sembra essere coerente con le precedenti pronunce in materia[98]. Un differente target, la dissoluzione obbligatoria del matrimonio come condizione per il riconoscimento dell'identità di genere, sarebbe stato tuttavia probabilmente più corretto, e avrebbe portato a un esito diverso.

Ciò che più conta ai fini dell'analisi è l'approccio fortemente conservatore della Corte nei confronti del tema dell'identità di genere. L'identità del ricorrente è un ottimo esempio di identità complessa e in ultima analisi queer. La Sig.ra Hämäläinen non può essere collocata all'interno di una casella, non può essere classificata in maniera soddisfacente all'interno di un sistema binario di genere. Ella presenta una matrice identitaria complessa poiché da una parte ha completato una procedura di riassegnazione del sesso – con tanto di operazione chirurgica –, dall'altra, però, desidera mantenere intatta la sua relazione coniugale con una donna, presentando quindi un orientamento sessuale "deviante" in aggiunta a un'identità di genere "deviante".

95 R. Hunter, *Analysing Judgments from a Feminist Perspective*, in *Legal Information Management*, vol. 15, 2015, p. 8.

96 E. Brems, *Introduction*, in *Ead* (ed.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR,* Cambridge University Press, 2012.

97 La Finlandia riconosce l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso dal 1° marzo 2017.

98 Nella casistica sul matrimonio tra persone transgender, la Corte aveva altresì inquadrato la questione come una questione riguardante il matrimonio *same-sex*. Nei due casi *Parry v. United Kingdom* e *R and F v. United Kingdom* aveva dichiarato la questione inammissibile in quanto manifestamente infondata, proprio perché il Regno Unito non riconosceva allora il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Corte EDU, sentenza del 17 luglio 2003, *Parry v. United Kindgdom,* ricorso n. 63737/00; sentenza del 18 novembre 2006, *R and F v. United Kingdom,* ricorso n. 35748/05. V. I.S. Korkiamäki, *Legal Gender Recognition and (Lack of) Equality in the European Court of Human Rights*, in *The Equal Rights Review*, vol. 13, 2014, p. 29.

Il caso *Hämäläinen* costituisce perciò un'ottima occasione e pretesto per riflettere su cosa voglia dire estendere la tutela della Convenzione alla persona transgender *tout court* e non più solo alla persona transessuale – che ha completato un procedimento di riassegnazione del sesso e che si riconosce univocamente nel sesso/genere di approdo. È inoltre un ottimo banco di prova per dimostrare la possibilità di tradurre in "linguaggio giuridico" l'approccio qui proposto, improntato al principio di autodeterminazione.

L'estratto che segue della sentenza *Hämäläinen*, nella sua versione inglese, apre una breccia per immaginare come il diritto potrebbe applicare tale modello. L'estratto si riferisce alla parte in cui la Corte verifica l'applicabilità dell'articolo 8 CEDU, dedicato al rispetto della vita privata e familiare, collegato dal ricorrente all'articolo 14 CEDU, in tema di (anti-)discriminazione. La tutela dell'identità di genere rientra, difatti, a pieno titolo nella nozione di privacy che la prima parte dell'articolo 8 tutela.[99] Si badi che nel verificare che l'articolo 8 sia applicabile non occorre necessariamente dimostrare che tale diritto sia stato violato. È sufficiente che la materia ricarda all'interno dell'"ambito" della disposizione, ossia che la fattispecie concreta sia *lato sensu* riconducibile al campo di applicazione della disposizione[100].

La prima parte del testo rielaborato ripropone la posizione della Corte secondo cui l'identità di genere costituisce una componente fondamentale dell'identità personale; il testo procede richiamando il passaggio con cui la Corte correttamente in *AP, Garçon and Nicot* dichiarerà che la tutela dell'identità di genere si estende alla persona trans indipendentemente da qualsiasi scelta personale concernente l'*an* e il *quantum* dei trattamenti medici cui sottoporsi. Il testo procede poi osservando che l'unico approccio compatibile dal punto di vista teorico con tale orientamento, e dunque con l'articolo 8 della Convenzione, è l'approccio improntato al principio di autodeterminazione del soggetto decidente. Da qui, si richiede la contestuale presa d'atto che requisiti che limitano il pieno godimento del diritto e al contempo ledono i principi di integrità psico-fisica, autodeterminazione e privacy – come lo scioglimento o conversione forzati di un matrimonio in essere – debbono ritenersi contrari allo spirito della Convenzione. Tale affermazione viene corroborata utilizzando il tipico strumento analitico adoperato dalla Corte in tali casi: il consenso tra Parti contraenti. Ad oggi, è infatti possibile osservare un trend graduale verso l'emersione di un consenso generale tra Stati intorno a tale questione.

> ***2. Application of the above-mentioned principles to the present case***
>
> *110. It is undisputed in the present case that the applicant's situation falls within the notion of "private life" and "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention.* ***As this Court has previously held, the right to respect for private life under Article 8 of the Convention extends to gender identity, as a component of personal identity. The Court has recognised, in the context of the application of that provision to transgender persons, that the right to respect for private life no doubt includes a right to self-determination (see Van Kück v. Germany, no. 35968/97, § 69, ECHR 2003-VII; Schlumpf v. Switzerland, no. 29002/06, § 100, 8 January 2009), of which the freedom to define one's sexual identity is one of the most basic essentials (see Van Kück, cited above, § 73). This holds true for all individuals, including trans* people, regardless of whether they wish to undergo gender reassignment treatment (see AP, Garçon and Nicot v. France, nos. 79885/12 and 2 others, §§ 94-95 ECHR 2017 (extracts)), including gender nonconforming persons. If the right to respect for private life and its self-determination component are to have any meaning, States should dispense with requirements that limit the enjoyment of the right. It is the Court's opinion that gender identity is a fundamental facet of all persons and that the approach to affirming one's gender identity that is consistent with the Convention is based on the principle of self-determination. The principle implies at its minimum the removal of all obstacles standing in the way of this intimate and personal choice, that of asserting one's gender identity. The Court notes that there currently is an emerging European trend towards this approach. It is particularly visible an emerging trend towards the abandonment of compulsory treatments, especially those entailing physical coercion. The abandonment of* **any** *condition to obtain legal recognition is traceable in the positive law of seven Contracting Parties and 9* **comunidades autónomas** *in Spain. The abandonment of compulsory medical intervention is traceable in the positive law of sixteen Contracting Parties (see par. X in the Section on Comparative-Law Materials), while compulsory sex reassignment procedures are now prohibited in twenty-seven Contracting Parties. It is also undisputed that the present case falls within the scope of Article 12. Consequently, Article 14 of the Convention taken in conjunction with Articles 8 and 12 applies.***

99 A simili conclusioni era giunta la dottrina italiana ritenendo l'identità sessuale "corollario del diritto dell'identità personale". Cfr. P. Barile, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Il Mulino, 1984, 26. Si veda anche G. Palmeri, Il cambiamento di sesso, in *Trattato di Biodiritto*, in S. Canestrari, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo, I* (diretto da S. Rodotà, P. Zatti), Giuffré, 2011, 740.

100 Si veda, ad esempio, Corte EDU, sentenza del 18 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, ricorsi n. 9214/80, 9473/81, 9474/81, par. 71.

111. The Court notes that the applicant's complaints under Article 14 of the Convention relate to her request for a female identity number and to the problems she has experienced in that respect. In her complaints, the applicant compared her situation to that of cissexuals, who obtained legal gender recognition automatically at birth and whose marriages, according to the applicant, did not run the risk of "forced" divorce in the way that hers did.

112. The Grand Chamber agrees with the ***[Chamber] applicant*** *that* ***her*** *situation and the situation of cissexuals are* ***[not]*** *sufficiently similar to be compared with each other. [fragment deleted].*
[incorporate the proportionality analysis here]

*1**. In conclusion, the Court finds that there has been* ***[no] a*** *violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Articles 8 and 12.*

6. Conclusioni

Il contributo ha voluto ricostruire in chiave critica l'approccio contemporaneo al riconoscimento giuridico dell'identità di genere. La comunità trans gode di una insufficiente protezione giuridica a causa di tutta una serie di requisiti per ottenere il RGIG che, a più attenta analisi, difficilmente si giustificano dal punto di vista dell'interesse pubblico. Si pensi in particolare al requisito della sterilizzazione forzata o della riassegnazione chirurgica del sesso: simili procedure hanno un impatto profondo sul corpo della persona, impatto che deve più correttamente inquadrarsi in termini di sanzione atta a punire la *ubris* insita nel voler attraversare i confini del genere dato e in termini di misura preventiva volta impedire futuri attraversamenti. Se è vero che da una parte potrebbe esservi un interesse pubblico che richieda l'introduzione di condizioni ulteriori per il riconoscimento dell'identità di genere, sembra tuttavia che gli interessi finora prospettati non siano stati affatto oggetto di un'attenta analisi e problematizzazione. Occorre dunque riesaminarli in chiave critica – e le teorie queer offrono senz'altro gli strumenti per compiere una sì delicata operazione.

Se in molti Stati permangono ostacoli che si frappongono al pieno godimento del diritto all'identità di genere da parte di soggetti "non conformi" quanto al genere esibito, dall'altra si è prospettata una soluzione che, ponendosi in linea con i postulati delle teorie queer, potrebbe migliorare la condizione giuridica delle persone trans. Il riferimento è alla possibilità di consentire alla persona trans di cambiare genere in base a un procedimento improntato al principio di autodeterminazione. In base a detto principio, ogni individuo può rivendicare la propria identità di genere senza dover sottoporsi a procedure chirurgiche, trattamenti ormonali o altro. Essendo tali requisiti particolarmente invasivi, la richiesta di una semplice autodichiarazione è stata definita come maggiormente rispettosa del principio di autodeterminazione, del diritto al rispetto alla vita privata, della libertà da costrizioni fisiche e psichiche. Tuttavia, anche la possibilità di presentare un'autodichiarazione affiancata al requisito della verifica del consenso informato sarebbe compatibile con il principio qui richiamato nonché andrebbe incontro alle richieste della parte della comunità trans atte a tutelare la genuinità della scelta. Ciò che l'approccio qui discusso comporterebbe è dunque – semplicemente, se così si può dire – l'abolizione di tutte le pratiche implicanti una violenza mentale e fisica nei confronti delle persone trans.

In conclusione, lo studio delle teorie queer costituisce un passaggio dovuto nella e della formazione del giurista, poiché in grado di aprire una finestra sul mondo delle esperienze vissute, delle identità sofferte, molteplici, spaccate, che fino ad ora il diritto si è limitato ad ignorare, e nell'ignorare sopprimere.

*Mariano Croce**

The more things change, the more they stay the same: On the epistemology of queer critique

Summary

1. Introduction - 2. One step forward, two steps back? - 3. Agents's social Incompetence vs theorists' hubris - 4. Reorienting critical attitudes - 5. Following oscillations - 6. Unexpectedly hopeful

Abstract

In questo articolo l'Autore si dissocia dalle critiche mosse verso quelli che qui vengono definiti "sinister accounts", ossia le analisi che contestano atti legislativi, provvedimenti politici e giudiziari che sono generalmente considerati dei passi avanti verso una società più equa e libera. Secondo alcuni studiosi, un atteggiamento così radicale e ipercritico, tipico di molte critiche queer, tende a produrre letture pedanti e sprezzanti dei progressi politici e giuridici e quindi non riesce a sfruttare al meglio le limitate risorse delle democrazie liberali occidentali. Ancora più significativamente, da un punto di vista teorico-sociale, i *sinister accounts* sono accusati di prosciugare gli agenti sociali di qualsiasi autonomia e consapevolezza di sé, poiché sono descritti come inconsciamente conformi ad invisibili forze egemoniche. Facendo riferimento alle analisi sugli effetti dannosi del riconoscimento delle relazioni affettive non convenzionali e alla luce di una particolare nozione del lavoro dei concetti nella vita sociale, l'Autore cerca di confutare questa critica, mostrando che i *sinister accounts* contribuiscono ad aprire fessure nella visione degli agenti sociali, permettendo a questi ultimi di (ri)scoprire le alternative silenziate che vari processi di normalizzazione e naturalizzazione inevitabilmente nascondono.

This article takes issue with the criticism against those that I call "sinister accounts", that is, analyses contesting pieces of legislation, policy measures and judicial decisions that are generally considered as steps towards a more equal and free society. According to some scholars, such a radical, hypercritical attitude, typical of many queer critiques, tends to produce pedantic and dismissive readings of political and legal advancements and thus fails to capitalize on the limited resources of Western liberal democracies. Even more importantly, from a social-theoretical perspective, sinister accounts are charged with draining social agents of any autonomy and self-awareness in that they are described as unconsciously complying with invisible hegemonic forces. With reference to accounts of the detrimental effects of non-conventional relationship recognition and in the light of a particular notion of the work of concepts in social life, I try to rebut this criticism by showing that sinister accounts contribute to opening fissures into the vision of social agents in order for the latter to (re)discover the silenced alternatives that various processes of normalization and naturalization inevitably conceal.

We did our best to worsen the world
(Eugenio Montale)

* Associate Professor of Political Philosophy, Sapienza Università di Roma.
This paper has been double-blind peer reviewed.

1. Introduction

The relationship between critical accounts of social change and the way social change is actualized by social agents is complex and multifaceted. Despite any claims to the methodological ideal of neutrality, hardly ever do theorists simply observe and describe the phenomena they study. For not only is the risk of idiosyncratic interpretation, misinterpretation or even projection always present; more importantly, theorists draw out and mobilize conceptual resources that are often unverbalized, or simply presupposed by particular practices. One of the claims I set out to make is that this could and should be regarded not as a danger or a flaw, but as a crucial contribution theory can make to transformative politics. Put otherwise, change needs theory insofar as alternatives to the present create breaks that open the door to (imagined) potential futures. Unfortunately, however, most critical thinking today tends to advance hypercritical diagnoses bemoaning the decline of existing democracies in the Global North. Critical scholars lambaste the activity of neo-liberalizing political and legal institutions and dissect seemingly progressive state policies and judicial rulings to illustrate how they, in reality, undercut democracy, rights and popular sovereignty. In the face of it, those who criticize such a hypercritical attitude maintain these kinds of analysis eventually turn out to be unserviceable: theirs is a wholesale rejection of something that might be affected by limits of all sorts, but is the best we can do at present, and anyhow are little steps towards a fairer political community. By dint of this, critics claim that critical thinking eventually falls short of their goal to draw out conceptual resources from existing practices and set their self-proclaimed purity against the dirty-handed job that is needed to bring about gradual change.

This article takes issue with this important criticism against those that here I will call "sinister accounts" (namely, analyses contesting pieces of legislation, policy measures and/or judicial decisions that are generally considered as steps towards a more equal and free society). To commence, the first section will delve into an issue that is coming to the forefront of legal debates, that is to say, the unexpected detrimental consequences of statutes or judicial measures meant to introduce sexual equality and to recognize same-sex sexual relationships. While I deem this to be an enlightening example of seemingly progressive measures that left and radical scholars describe as undemocratic under many respects, this case is particularly appropriate to my analysis here. For, contrary to the various diagnoses of other, more ambiguous political dynamics, radical queer critiques of same-sex equality make particularly clear how and why same-sex people and advocacy groups are engaging in battles that seem beneficial and yet turn out to be utterly detrimental both to themselves and to other minority sexualities. The discussion of this critical framework will the allow me, in the second section, to pinpoint (those that are claimed to be) the theoretical flaws of this analytical attitude: social agents are portrayed as blindly embracing political strategies that not only impinge on other people's lives, but also go to their own disadvantage. This is a conceptual bias that goes under the rubric of "objectivism", a methodological approach that unduly assigns a pre-eminent role to the theorist, who knows more and better than the agents what the latter do and why.

This issue, which in the field of social theory is better known as the "subjectivism/objectivism" or "agency/structure" debate, will lead me to cut deeper into the role of the theorist vis-à-vis social change and transformative politics. Against this background, in the third section I will introduce a more imaginative and deliberately hopeful approach that is intended to usher in a new critical attitude in the field of left critique; which is to say, Davina Cooper's investigation of how transformative politics is imagined and actualized in interstitial contexts and how micro-political practices "at the margins" provide resources to reimagine mainstream politics[1]. I will go on by saying that, however promising this approach may be, it also implies the theorist playing a decisive role as she self-consciously accepts her role of "intermediary"[2]. Based on this analysis, I will claim that the methodological approach of critical accounts, and especially Pierre Bourdieu's social theory and his influential conception of the *habitus*, can be viewed as conceptual device meant to open fissures into the vision of social agents as it runs the risk of becoming impermeable to alternative visions of the social world.[3] This, I will argue, undermines the charge of objectivism as it demonstrates that the conceptual resources the theorist draws out get always reinvested into the practices she studies. The article concludes by showing that queer sinister accounts

1 D. Cooper, *Everyday Utopias: The Conceptual Life of Promising Spaces*. Durham and London, Duke University Press, 2014.

2 B. Latour, *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 39.

3 I should like to emphasize that Bourdieu's and Cooper's represent particularly suitable prototypes of two approaches that look *prima facie* irreconcilable but, in reality, share a basic presupposition of to the role of theory vis-à-vis social reality. This will become clear as we go along.

play a crucial part in the mobilization of concepts, whether or not they betray political inclinations and whether or not their picture of phenomena is exhaustive.

2. One step forward, two steps back?

Various strands of critical thinking today cast a sinister light on the political trajectories of Western liberal democracies. Various thinkers in a variety of fields claim that despite the heroic efforts of former generations who struggled hard to improve the society they lived in and that their progeny would inherit, the problems these generations set out to overcome are still there and in good shape. Even more worryingly, these problems are augmenting, morphing, and accelerating. In an epoch of increasing depoliticization, where the neoliberal gauge of market efficiency is replacing other standards to assess the quality of a society's organizational dynamics, inequalities of all sorts – from wealth to class, from skin colour to ethnicity, from sexuality to disability – infiltrate liberal regimes even more sneakily than in the past. A deep scrutiny of the far-reaching changes in the legislation of most Western countries meant to dismantle interlocked grounds of inequality shows that they not only failed to attain the change they promised; worse, they changed the face of inequalities in such a way that these might not seem what they are, and yet might continue to produce detrimental effects of domination and exclusion.

One striking example of this is the struggle for sexual equality and marriage equality. In effect, there is no denying that legislations in Western countries are much more tolerant towards sexual minorities. The same goes for forms of unions that depart from the conventional model of the "sexual family"[4], which have been progressively recognized in the form of marriage or partnership in many jurisdictions, while others are well on the way to recognizing them. Moreover, anti-discrimination law and the legal recognition of same-sex unions had such an impact on the political culture of Western societies that the condition of abjection to which many formerly excluded sexualities where confined is steadily withering away, while homophobic attitudes are perceived as the relics of a faltering heterosexist mindset. Nonetheless, a good deal of left, radical and queer critics paint a different, "paranoid"[5] picture. Based on both theoretical analyses and empirical research, they claim that such an alleged path towards equality ends up in more inequalities, although less visible than traditional forms of injustice. To summarize a wide range of nuanced critiques, they target three aspects of the path towards equality: outward effects of classification, inward effects of subjectivation and the effects radiated by the legal tools granting equality.

Effects of classification have been lucidly identified by one of the foremost criticisms against gay marriage as a dignity-conferring device, Michael Warner's *The Trouble with Normal*. Here Warner claims that the state seizes upon the rhetoric of the loving couple to turn it into an institution intended to discipline relationships and to cut out those that fail to conform to this model. Consequently, marriage is not so much the legal recognition of two people who love each other and want to make it known to the society at large, as it is a benchmark of dignity and respectability that disqualifies and stigmatizes those who do not fit it, such as "adulterers, prostitutes, divorcees, the promiscuous, single people, unwed parents, those below the age of consent – in short, all those who become, for the purposes of marriage law, queer"[6]. For example, research in the area of bisexual and polyamorous sexuality attests to such a tacit and constant activity of censorship and displacement. Ritchie and Barker (2006: 587) comment that "mononormativity" renders open non-monogamy "invisible or pathological in mainstream representations". Maria Pallotta-Chiarolli illustrates how the legitimation of conventional gayness and lesbianism establishes "a homonormative hierarchy based on what is constructed as the dominant or central-within-the-marginal homosexual group: usually a white, middle-class, monogamously coupled, exclusive-

4 M. Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, New York and London, Routledge, 1995.

5 In her text on paranoid and reparative reading, Eve Kosofsky Sedgwick takes issue with the tendency of many progressive and critical academics to engage in paranoid readings: "[Q]ueer studies in particular has had a distinctive history of intimacy with the paranoid imperative", in E.K. Sedgwick, *Touching Feeling: Affect, Pedagogy, Performativity*, Durham, Duke University Press, 2003, p. 126.

6 M. Warner, *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, p. 89.

ly homosexual relationships and families"[7]. In summary, the dividing line state-sponsored marriage draws between fit and unfit sexualities does not vanish with the introduction of same-sex marriage, but shifts to discredit more troubling sexualities that are less amenable to the narrative of the loving couple pursuing a committed, life-long relationship.

The new classification of admissible and inadmissible sexualities does not only affect the "new" excluded, as the "new" included who are granted recognition are also exposed to numerous effects of subjectivation. One instance of such an often-inadvertent dynamic is the narrative surrounding lesbian motherhood. For example, Robert Leckey's analysis of lesbian motherhood in Quebec showcases the courts' reliance on the conventional lexicon of motherhood when it comes to the situation of a woman with no genetic tie to the child. A lesbian mother's endorsing the narrative of conventional motherhood, then, proves strategically advantageous because it "makes it likelier that she will be granted custody, an attribute of parental authority which is itself an effect of filiation"[8]. Also in the most advanced jurisdictions in term of equal rights, such as Belgium and the Netherlands, studies demonstrate that the extension, revision or even innovation of legal kinship terminology builds heavily on the existing forms of relationship[9]. For the better or the worse, new family law categories are modelled on existing ones, which then become the standard, so much so that crucial signifiers such as motherhood[10] and childhood[11] serve as tacit vehicles of normalization. This means that the only, or at least the most effective way for people to gain legal recognition is to adapt to those standards and to lay claim to the rights and benefits attached to them. By doing so, however, non-conventional sexualities tend to get rid of challenging and subversive aspects of their sexuality[12] and to appropriate the jargon of citizenship and respectability[13]. This widens the fracture between erstwhile combative generations struggling for sexual liberation and today's more sedate respectable homosexuals who claim the rights they deserve as state citizens[14].

Yet, according to some scholars, especially queer legal scholars, the linchpin of this bundle of normalization processes is the law itself. From an earnestly feminist perspective, Rosemary Auchmuty comments: "I am frequently astonished at how the very feminists who warn of the dangers of increased legal regulation of pornography or prostitution will yet willingly embrace the legal regulation of marriage"[15]. In this sense, it is the legal regulation itself that does the normalizing, or at least significantly contributes to it. Indeed, it is one's very recourse to the law that intensifies the conservative and de-politicized nature of (legal) marriage as the new shell of respectable (same-sex) couples. On this wavelength, Katherine Franke has recently made a compelling case about the legal recognition of same-sex marriage as a path to equality[16]. Against the common view that landmark judgments such as *Lawrence v. Texas* (which decriminalized sodomy) actualized the "dignity and respect" of all couples through the privileges and immunities granted by the US constitution, she dissects and disproves such a linear argument. By refuting the facile analogy with the full emancipation of black people, Franke foregrounds the many ways in which marriage turned out to be detrimental to African Americans from Reconstruction onward. Legal marriage, she claims, tear to pieces all forms of community and kinship that had been formed within the practices enacted under slavery. In keeping with a general line of reasoning that

7 M. Pallotta-Chiarolli, *Women in Relationships with Bisexual Men: Bi Men by Women*, Lanham, MD, Lexington, 2016, p. 10. Conventional gayness and lesbianism also flattens the complex scenario of lesbians and gays, whose social conditions varies in accordance with an intersectional set of variables (e.g. class, ethnicity, skin colour, religion, employment, age, and so on) – see e.g. K. Browne, E. Ferreira, *Lesbian Geographies: Gender, Place and Power*, Abingdon, Routledge, 2015.

8 R. Leckey, *Two mothers in law and fact*, in *Feminist legal studies*, 2013, 21, pp. 1-19, at p. 7.

9 F. Swennen, M. Croce, *The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of 'Co-motherhood' and 'Duo-motherhood' in Belgium and the Netherlands*, in *Social & legal studies*, 2016, 25, pp. 181-203.

10 See e.g. S.M. Park, *Mothering Queerly, Queering Motherhood: Resisting Monomaternalism in Adoptive, Lesbian, Blended, and Polygamous Families*, New York, State University of New York Press, 2013.

11 See e.g. A.M. Duane (ed.), *The Children's Table: Childhood Studies and the Humanities*, Athens, GA, University of Georgia Press, 2013.

12 See e.g. M. Graham, *Gay marriage: Whither sex? Some thoughts from Europe*, in *Sexuality research and social policy*, 2004, 1, pp. 24-31.

13 See e.g. M. Valverde, *A new entity in the history of sexuality. The respectable same-sex couple*, in *Feminist studies*, 2006, 32, pp. 155-162.

14 See M. Croce, *The Politics of Juridification*. Abingdon, Routledge.

15 M. Auchmuty, *Same-sex Marriage Revived: Feminist Critique and Legal Strategy*, in *Feminism & psychology*, 2004, 4, pp. 101-126, 103.

16 K. Franke, *Wedlocked: The Perils of Marriage Equality*, New York: New York University Press, 2015.

warns against the perils of rights as a self-evidently emancipatory instrument[17], Franke and other scholars[18] offer a cautionary tale on the emancipatory power of legal tools, which have the power to bring about the effects I discussed above.

As I said above, the detrimental effects of the regulation of sexuality is but a particularly clear instance of several accounts of de-democratizing slopes, such as the recreation of a state of exception as a spreading model of security politics[19], the work on the camp as the new biopolitical *nomos* of the planet[20], the subjugation of life to the power of death[21], not to speak of the scarcely visible but strangling yoke of neoliberalism[22]. When confronted with so ominous a portrayal of contemporary political and legal developments, one of the questions that come up more frequently has to do with its paradoxically *conservative* outcomes: if one step forward to the path of equality implies two steps back even for those who should benefit from it, would it not be better to leave everything unchanged? If emancipation, gender equality, marriage equality, the diffusion of rights, and other (seemingly) democratizing strategies turn out to be so unsuccessful, should we come to the conclusion that liberal democracy itself is a failure to get rid of? Is this not a paranoid paroxysm that throws out the baby with the bath water? As I will discuss in the subsequent pages, this type of criticism is usually accompanied by a subtler question concerning the *cognitive* status of social agents vis-à-vis their own conducts. Indeed, if social agents are so narrow-minded and naive to embrace strategies that *prima facie* look advantageous but surreptitiously bring about a host of detrimental effects, this implies that they are thoroughly blind to the upshots of their doings. Social agents (such as more liberal and conservative same-sex individuals and organizations) are driven by short-term goals (e.g. marriage equality) that, measured against the background of broader objectives (e.g. the advance of radical sexual pluralism and the recognition of a variety of kinship practices), prove to be an obstacle to a freer society. How can social agents be so unaware of what they do and of the way they are involuntarily worsening their society?

3. Agents' social incompetence vs. theorists' hubris

The view that social agents are "socially incompetent", in the sense that they are not capable of verbalizing what they do and, if they happen to be, their verbalizations are deprived of any socio-scientific value, is an old and much-criticized one in the field of social theory. It is generally known as "objectivism" in that it postulates the existence of objective social structures, or more generally social constraints, that frame and shape the agents' activity within the social world. Bruno Latour goes so far as to say it has been the hallmark of sociology since its very onset. He chides those whom he calls "sociologists of the social" because they drain the agent of autonomy and self-awareness. He claims that traditional sociology – which he defines "of the social" because it reifies and hypostasizes a taken-for-granted entity (the social) which is nothing but the projection of sociology itself – conceives of social agents as "hapless bearers of symbolic projection"[23]. They are depicted as pawns on a chessboard that move in compliance with forces they can neither grasp nor verbalize. As if this were not enough, agents' discursive performances, when they revolve around their doings, are claimed to be theoretically defective, in that the (real) rules, reasons and motives that lie behind actions are not transparent to them. The conceit of sociologists of the social, and particularly critical sociologists (to wit, those who believe their duty is to rescue agents from their ignorance), is exemplified by their conviction that the any potential disagreements between the agents' verbalization and the theorist's explanations "offer the best proof that those

17 See e.g. R. West, *Tragic Rights: The Rights Critique in the Age of Obama*, in *William & Mary law review*, 2011, 53, pp. 713-746.

18 See e.g. J. Halley, K. Rittich, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, in *American journal of comparative law*, 2010, 58 pp. 753-776; T. Ruskola, *Gay rights versus Queer Theory*, in *Social text*, 2005, 23, pp. 235-249.

19 K. L. Scheppele, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, in *Journal of constitutional law*, 2004, 6, pp. 1-75.

20 G. Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, Stanford University Press, 1998.

21 A. Mbembe, *Necropolitics*, in *Public culture*, 2003, 15, pp. 11-40.

22 See e.g. W. Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, Zone Books, 2015.

23 B. Latour, *Reassembling the Social*, cit., p. 10.

explanations are right". In this way, the agents' "own elaborate and fully reflexive meta-language"[24] is silenced and replaced with the theorist's overintricate repertoire of socio-conceptual tools.

This offensive against objectivism is not recent. Such prominent a school as ethnomethodology – initiated by Harold Garfinkel in the 1960s – was born as a response to the dominance of macro-structural analysis neglecting the agent's point of view. Ethnomethodologists submit that social agents "are not only knowledgeable, but their knowledge of macrostructural phenomena is not treated as impoverished or naïve"[25]. There is no divide between a hidden, sociologically relevant reality (only visible to the theorist), that agents are supposed to be unaware of, and a sociologically irrelevant reality that agents experience but cannot competently articulate. Accordingly, for ethnomethodologists, the object of study is not the structures that constrain and shape social agents' actions and worldview, but the way they account for their actions and worldview. Social agents are treated as cognizant and conscious producers and reproducers of meanings, who should be investigated in their interactional performances as well as in the way they put these interactions into words. On this account, as also Latour claims, postulating the existence of structures invisible to the agents, which constrain and guide their actions, is but a makeshift of the sociologist of the social who aims not so much to understand reality as to prove her own theory of the social – one that she projects on social agents and claims to be the uncovered truth enshrined in their actions. Quite the reverse, non-objectivist investigations should refrain from forging unneeded social entities and to explain how social meanings and categories are accountable for social agents.

According to many critics, the most nuanced kind of objectivism is Pierre Bourdieu's. It is a particularly refined version precisely because Bourdieu himself considered objectivism as serious a mistake as subjectivism. While subjectivism envisions a free, utterly self-conscious subject and provides accounts based on a causal relation between one's motives or intentions and the consequence of one's actions, objectivism hollows out the relation between the agent and her actions. In this latter case, the action is taken to be the application of supra-subjective normative schemes that the agents unconsciously apply when they interact in the social world. Objectivism is the apotheosis of the theorist's hubris, as she believes she has identified the schemes that guide social agent's conduct, ones that make sense of the mystery of social regularities. The theorist's reliance on such schemes, however, "introduces a radical discontinuity between theoretical knowledge and practical knowledge"[26], to the extent that the former is claimed to pin down and establish the particular conditions in which the latter is possible and intelligible. This chasm cannot be filled by the agents' practical experience, because they lack the theoretical knowledge that is necessary to gain a bird's eye view on the possibility conditions of their interactions. While Bourdieu intended to bridge the gap between theoretical knowledge and practical knowledge, he is said to have failed. For example, Alex Van den Berg argues that this was an original sin of Bourdieu's theory as he never dispensed with the aim of "explaining" actions, while "the various 'subjectivistic' approaches simply do not possess any conceptual tools for explaining social behavior"[27].

In effect, one might say that Bourdieu's theory did not live up the expectations he himself had fed. His valorization of practical knowledge (one that is inscribed in one's own bodily postures, gestures, manners, gait, linguistic competence, accent, and so on), as the deposit of a particular position within the social world, clashes with his insistence on social agents' naïve reliance on a normative lexicon that conceals the reality of social mechanisms. In the end, for Bourdieu (1990: 102), social agents master a kind of knowledge that cannot account for itself:

> They thus conceal, even from themselves, the true nature of their practical mastery as learned ignorance ***(docta ignorantia)***, that is, a mode of practical knowledge that does not contain knowledge of its own principles. Native theories are in fact dangerous not so much because they lead research towards illusory explanations, but rather because they bring quite superfluous reinforcement to the theory of practice that is inherent in the objectivist approach to practices, which, having extracted from the ***opus operatum*** the supposed principles of its production, sets them up as norms governing practices.

Therefore, something more is needed for the agents to get to grips with the mechanics of their actions, something that only the theorist is able to offer. This brings to the surface what seems to be an inner flaw of Bourdieu's social theory. Indeed, as Anthony King (2000) avers, Bourdieu is thoroughly aware that the theorist's devising a scheme for interpreting people's conduct is devoid of explanatory

24 Ivi, p. 30.

25 T.J. Berard, *Rethinking Practices and Structures*, in *Philosophy of the social sciences*, 2005, 35, pp. 196-230.

26 P. Bourdieu, *The Logic of Practice*, Stanford, CA, Stanford University Press, 1990, p. 26.

27 A. Van den Berg, *Is Sociological Theory too Grand for Social Mechanisms?*, in P. Hedström, R. Swedberg (eds.), *Social Mechanisms: An Analytical Approach to Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 204-237, at 220.

force, as it is the theorist's own view projected on the phenomena she is studying. Bourdieu reckons, says King, that the theorist's talk of objective structures reifies "the complex and negotiated exchanges over time between individuals into a static, timeless system which exists before any individuals"[28]. Yet, he continues to envision a gulf between the order of practice and the order of knowledge, one that cannot be filled by the agents' limited conceptual resources and then calls for the expertise of a learned observer providing conceptually enriched lenses to make sense of what makes people act in such and such a way. This is evidence that Bourdieu did not settle the score with objectivism, but simply perfected it. He recognized the agents' contribution to the production of the social world but eventually put the theorist on a pedestal, as only she can penetrate the opaque relation between practical knowledge and social action.

4. Reorienting critical attitudes

Bourdieu's (alleged) failure to undo objectivism might be regarded as the epitome of the failure of sinister accounts to warn against the inadvertent shortcoming of liberal politics. Against objectivist perspectives demoting the agent's practical knowledge to unserviceable native experience, Bourdieu placed emphasis on how social agents structure their actions and give life to stable interactional contexts (what he called "fields"). Despite this, he eventually reinstated the theoretical primacy of an omniscient theorist who is called upon to detect the principles lying behind people's "learned ignorance". Analogously, queer and radical critics do not intend to demote same-sex individuals and civil society organizations to unaware puppets amenable to the dynamics of neo-liberal politics.[29] Critical readings of recent legal and political developments by no means discredit the broad range of benefits, protections and rights that marriage grants (such as, social security, pension benefits, child custody, conjugal visits and others).[30] However, sinister accounts, whether explicitly or not, suggest that agents are adopting strategies that prove, or will in the long run prove, not only impoverishing – because they scotomize elements of sexuality that should be included in a radically pluralist society – but also detrimental to themselves – because the conventional model that marriage furthers imprisons them in a formula that evolved in a particular socio-historical context to meet particular requirements, needs and interests.

What are the main defects of such a theoretical pitfall? In her inspirational discussion of the potentials of transformative politics in interstitial contexts (what she calls "everyday utopias"), Davina Cooper laments the attitude of contemporary critical works to frame a dystopian scenario where scholars seem at pains to thwart a menacing future. She notes that today's orientation to the future tends to be "expressed in terms of what needs to be avoided." Accordingly, critical works set themselves up to stall a dreadful "vision of the world seen, unhappily, as taking shape"[31]. In doing so, Cooper does not dismiss the critical edge of 'sinister accounts'; rather, she underlines the risk of self-erosion that besets them, whereby the emphasis placed on the dark side of contemporary political dynamics ends up proving the futility of political engagement as such: "[I]f everything is wrong, if yesterday and tomorrow are just like today, corrupted by politics' relentless (if far from original) sin, investing energy in action to pursue a transformative politics seems pointless"[32].

Cooper's invitation to reorient critical attitudes is sensible and well-placed: critical work should dispense with the conceptual Manichaeism which leads scholars to see large-scale politics as irretrievably decaying and small-scale contexts – where concrete alternatives are imagined and enacted – as too peripheral, idealistic, or even delusional, and thus fundamentally incapable of uncovering the biases of

28 A. King, A., Th*inking with Bourdieu against Bourdieu: A "Practical" Critique of the Habitus*, in *Sociological theory*, 2000, 18, pp. 417-433.

29 For example, Volker Woltersdorff claims there is a special relationship between neo-liberalism and the recognition of formerly excluded sexualities "Institutional recognition is bestowed, therefore, when it is of economic advantage to the state"; yet, this relationship is more ambivalent than it might appear, in V. Woltersdorff, *Paradoxes of precarious sexualities: Sexual subcultures under neo-liberalism*, in *Cultural Studies*, 2011, 25, pp. 164-182, at p. 177. The same type of ambivalent, even equivocal relationship in the struggle for same-sex equality is nicely pinned down in D. Cooper, *Everyday Utopias*, cit., pp. 91-117.

30 For a perceptive analysis of the trade-off between beneficial and detrimental outcomes, see R. Leckey (ed.), *After Legal Equality: Family, Sex, Kinship*, Abingdon, Routledge, 2015. This collective book also reflects the multiple scholarly divisions that characterize such an expanding subject area.

31 D. Cooper, *Everyday Utopias*, cit., p. 30.

32 Ivi, p. 217.

conventional politics. This negative attitude ends up in a deadlock: on the one hand, everything mainstream is corrupt and enchained in spheres of domination; on the other hand, the good that is practiced in minorstream contexts does not rub off on the broader political society. To shed light on an alternative, more optimistic methodological attitude, Cooper engages in colourful and vibrating accounts of particular sites (e.g. a sexual bathhouse for women and transgendered people in Toronto, Summerhill School in Leiston, Speakers' Corner in London, the Local Exchange Trading Schemes), in which transformative politics is practiced in such a way that these sites' conceptual potential might fruitfully speak to mainstream politics. But it is precisely in this context that Cooper centres theorists' and scholars' crucial task. For example, while discussing the contribution of nudist politics to transformative politics, she claims that equality as a presupposition of the former might not be explicitly verbalized or even consciously deployed as a presupposition. Nudists might well frame their claims in terms of individual rights or group rights, but equality is presupposed nonetheless:

> Presupposition concerns the norms required to be in place for a particular practice to be intelligible, appropriate, or possible. Such norms may become apparent only as new practices take shape; they may also be invented or asserted by those claiming legitimacy, as past conditions get imagined as already there in order to drive their future reality. As a presupposition, equality is particularly evident in the conditions animating nudist activism. The contemporary focus of nudist politics may largely revolve around rights and freedom, but these are authorized and gain meaning through notions of a moral equality between nudists and others[33].

Cooper's theoretical hypothesis behind this is that concepts are not static entities, intellectual constructs reflecting states of things, but an *oscillation between how things are imagined and how they are actualized*. This means that concepts cannot be detected in any simple way by observing how principles are put into words by the agents, or the way they materialize, whether or not these are adequately verbalized and whether or not materialization proves successful. For recognizing concepts is not a job of elicitation based on ostension and observation, as "recognition doesn't depend on 'real' things fitting linguistic terms or terms fitting, and thus elucidating, particular social practices"[34]. Rather, drawing out concepts requires taking seriously Latour's distinction between *intermediaries* and *mediators*. While an intermediary "is what transports meaning or force without transformation", mediators "transform, translate, distort, and modify the meaning or the elements they are supposed to carry"[35]. In this light, theorists and scholars should be aware of, even exploit their intermediatory role and should endeavour to identify "more oblique" lines "that emerge when actualization and imagining don't do what is expected, producing complex relationships of nonresemblance […] when community imaginings of particular concepts acquire, in their operational pursuit, an undesired or unsought practical shape; or when concepts are manifested in ways that differ significantly from the expressed imaginings of participants"[36].

This conception sets the stage for a methodological approach that prompts the theorist to contribute to the transformative potential of the phenomena she observes. The theorist makes something appear, something that she does not project on phenomena but at the same time that is not manifest in them. The theorist teases out a conceptual potential that underpins the agents' activity as a linguistically unarticulated and most often intuitive presupposition, and puts it in counterpoint with a future that is imagined but might never be actualized. Importantly, failures open fissures that allow understanding the work of concepts at the moment in which imagining and actualization do not match. However, while agents are not reduced to socially incompetent pawns, they still need someone who observes and interprets what they do. In this respect, also Cooper's compelling plea for a different approach to interstitial, unconventionally normative contexts betrays objectivist nuances. In my view, though, this is by no means a flaw, as it highlights the key importance of the theorist's activity. Based on this analysis, in the successive section I want to make the claim that the flaw with which both sinister accounts and Bourdieu's social theory are charged is not an objectivist flaw, and in the end is not a flaw at all. If we look at it through the prism of the theorist's work on oscillation between imagining and actualization, we can interpret it as *politics in the making*, a political proclivity for the intermediatory role that theorists inevitably play, whether willingly or not.

33 Ivi, p. 76.

34 Ivi, p. 43.

35 B. Latour, *Reassembling the Social*, cit., p. 39

36 D. Cooper, *Everyday Utopias*, cit., p. 13.

5. Following oscillations

In the previous pages I said that Bourdieu set out to debunk objectivism but critics believe his attempt fell through. In particular, they point the finger at the *habitus*, his signature concept[37]. Bourdieu defines it as a set of "durable, transposable dispositions, structured structures predisposed to function as structuring structures, that is, as principles which generate and organize practices and representations that can be objectively adapted to their outcomes without presupposing a conscious aiming at ends or an express mastery of the operations"[38]. Some critics regard the *habitus* as the quintessential form of the theorist's self-assigned superiority. For it is a tacit knowledge, partly hereditary and partly acquired over time, that the agents deploy unconsciously as they move within the various social fields and that only the theorist can reconstruct. Precisely because of its being tacit and unconscious, the *habitus* gets caught in a riddle: "[A]ctors never know why they are doing things, only the interpreter knows. Yet there is no means of verifying the interpreter's hypothesis other than by pointing to the presence of the regularity it interprets and saying it is consistent with the interpretation"[39].

Elsewhere I advanced an alternative reading of the *habitus* that interestingly echoes Cooper's notion of concepts as oscillations between imagining and actualization[40]. Based on a closer inspection into the multiple accounts Bourdieu provided of the *habitus* (accounts that, admittedly, are not always in agreement), I argued that it is not a concrete set of inculcated dispositions constraining the agents' behaviour; rather it is a set of schemes of perception through which people understand and determine what is appropriate and inappropriate in a given context. In a way that resonates with the late Wittgenstein – one of Bourdieu's constant points of reference – the *habitus* makes sense of peoples' inclination to provide accounts of state of things by subsuming them under normative frameworks. While the same behaviour, as Wittgenstein's rule-following argument persuasively demonstrates, can be adequately accounted for with reference to alternative (even conflicting) normative frameworks, the *habitus* is not meant to explain what the most adequate normative framework is. Instead, the *habitus* aims to make sense of why people in a given context draw out and rely on a given normative framework and, by doing so, discard others (most often inadvertently). In other words, the *habitus* as a conceptual device utilized by the theorist draws attention to the the fact that the production of certain accounts of practices implies the concealment or even the erasure of alternative ones. As Loïc Wacquant points out, the *habitus* foregrounds "the genetic mode of thinking as it directs us to excavate the implicit cognitive, conative and emotive constructs through which persons navigate social space and animate their lived world"[41]. In my interpretation, this suggests that Bourdieu is not concerned with these constructs as such, or how they develop, or the way they *determine* (if they ever do) people's activity in the social world. Rather, he is concerned with how these constructs lead people to produce particular accounts of their own actions as well as the actions of the others and to neglect alternative accounts anchored to different normative frameworks. To put it another way, the *habitus* sheds light on the way widespread habits, convictions and principles lose their character of social constructedness and get normalized, naturalized and dehistoricized. It is a conceptual and methodological approach to the social world in the attempt to identify "the processes responsible for this transformation of history into nature, of cultural arbitrariness into the natural"[42].

If this is the case, the *habitus* opens up to a critique of the present as it serves to trace the silent activity of the social taxonomies that are perceived as differences and distinctions inborn in the nature of the social world. Yet, this critical approach can hardly do away with the perspective of the agents. On this point Bourdieu is crystal-clear. On the one hand, the theorist can never be either a neutral outsider (in the sense of an observer who in no way affects the phenomena she observes) or a participant (in the sense of an observer who merges with the object of inquiry in the hope of penetrating its inner dynamics as though she were an insider). On the other hand, however, the theorist's self-awareness of her inevitable contribution to what she studies by no means justifies the tendency to put into the agents' "heads, as

37 M. Emirbayer, *Tilly and Bourdieu*, in *American sociologist*, 2010, 41, pp. 400-422, at p. 41.

38 P. Bourdieu, *The Logic of Practice*, cit., p. 53.

39 P. Gerrans, *Tacit Knowledge, Rule Following and Pierre Bourdieu's Philosophy of Social Science*, in *Anthropological theory*, 2005, 5, pp. 53-74, at p. 68.

40 M. Croce, *The Habitus and the Critique of the Present. A Wittgensteinian Reading of Bourdieu's Social Theory*, in *Sociological theory*, 2015, 33, pp. 327-346.

41 L. Wacquant, *A Concise Genealogy and Anatomy of Habitus*, in *The sociological review*, 2016, 64, pp. 64-72, at p. 70.

42 P. Bourdieu, *Masculine Domination*, Stanford, CA, Stanford University Press, 2001, p. 2.

it were, the problematic that I construct about them and the theory that I elaborate to answer it"[43]. If no objectivist biases are allowed in this critical approach, then theorists have first and foremost to criticize their own position vis-à-vis the object of inquiry. This means that they must bear in mind that they are intermediaries, that they affect the object, that they introduce things that are presupposed in the practice they investigate much as this presupposition might never be verbalized by the agents. At the same time, however, this work can never be an end in itself. The creative and imaginative job carried out by the theorists must be reinvested in the practice for the practice's sake.

Cooper's methodology is illustrative also in this regard. For example, in her analysis of the normative framework organizers, volunteers and participants work with at Toronto Women's Bathhouse (a sexual bathhouse for women and transgendered people), she short-circuits feminist care ethics and the (cognitive and practical) understanding of care at the bathhouse. While care ethics is not a theoretical framework that people consciously deploy to account for their practice, Cooper identifies several key references to care and care ethics in the accounts of those she interviewed. Yet, she does not use feminist care ethics to make sense of people's practices at the bathhouse. Rather, she takes care ethics as a rich normative framework that cast light on the unstated principles lying behind people's care practices and concentrates on the multiple frictions it creates with people's activity at the bathhouse. She illustrates how care ethics is actually present as a presupposition and at the same time how care ethics fails to adequately account for concrete practices that (most often intuitively) draw on it as agents put their doings into words. In doing so, Cooper does flex the order of practice to fit the order of knowledge. She spotlights the limits of care ethics as a theoretical paradigm that "repeatedly refers to the situated body and to situated embodied care, but [shows] a notable absence of real descriptions of embodied encounters – with their odors, textures, and discharges – and the dilemmas that uncontained bodies can pose for ethical care in the contemporary era" as illustrated in the practice of bathhouse volunteers[44].

I am not saying that Bourdieu's and Cooper's approaches map onto each other in any simple manner. What I am saying is that the theorist's methodological attitude they recommend is basically the same: the theorist first reckons with her own situatedness (her history, background, political inclination, theoretical attitudes, and so on); then she positions herself to the observed phenomena in such a way that such a situatedness might productively interact with the investigated phenomena; by doing so, she unearths frictions between normative available frameworks: those tacitly inscribed in the practices she studies, those that are consciously brought up by members, those that the theorist thinks are more appropriate to the context. This activity mobilizes concepts as movements between present and future in such a way that a variety of not-yet-realized futures (which manifest themselves under the guise of competing normative frameworks) might affect the present, whether or not these futures are likely to materialize into actual presents. Certainly, Bourdieu was naturally inclined to focus on the mechanisms of concealment that cut out some normative frameworks and halt the imaginative movement between present and future. Cooper is more attentive to the promising resources that the oscillatory movement can contribute to transformative politics. Yet, they share the methodological premise that the present, as naturalized, normalized history (what I believe can be effectively described as people's *habitus*), contains presuppositions that naturalization and normalization tend to supress and expunge. These presuppositions, whether verbalized or not by the agents, are invaluable resources for "neutralizing the mechanisms of the neutralization of history"[45] with a view to make alternatives appear in the here and the now.

6. Unexpectedly hopeful

If, as I said, the recognition of the concepts that underpin practices is conducive to the discovery of hidden or unverbalized transformative potentials, then we can interpret sinister accounts as light shed on the perpetual conflict among alternative normative frameworks that make particular social practices differently intelligible. On this reading, critics do not put them forward to hold back the movement of history and to hinder governmental equality programmes that are claimed to benefit various strands of the population. More importantly, sinister accounts cannot be charged with lapsing back into conservative positions, or with projecting paranoid suspicions on equality policy measures. Rather they are

43 P. Bourdieu, *Participant Objectivation*, in *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 2003, 9, pp. 281-294, at p. 288.

44 D. Cooper, *Everyday Utopias*, cit., p. 119.

45 P. Bourdieu, *Masculine Domination*, Stanford, CA, Stanford University Press, 2001, p. viii.

intended to inhibit (or, more modestly, to denounce) the risks of naturalization and normalization that all political and legal (and more generally societal) developments imply. This is why Bourdieu claims "there is always room for a cognitive struggle over the meaning of the things of the world […]: The partial indeterminacy of certain objects authorizes antagonistic interpretations, offering the dominated a possibility of resistance to the effect of symbolic imposition"[46].

Thus, sinister accounts are at one and the same time *hopeful* accounts, because they trigger an imaginative movement that favours a clash of normative frameworks. Certainly, some accounts are more accurate and nuanced than others; some are politically more engaged and perhaps potentially more biased than others; some are less attentive to the empirical variety one can always expect to find in our complex societies; despite this, they bring out presuppositions that inevitably conflict with people's self-perception and self-account. As I contended, this does not depend on the fact that the agents' reflexive meta-language gets muted; rather, the theorist's account deliberately brings about fractures between imagining and actualization and produces a cognitive "break with preconceptions and presuppositions – that is, with all theses that are never stated as such because they are inscribed in the obviousness of ordinary experience, with the entire substratum of the unthinkable that underlies the most vigilant thinking"[47]. Bourdieu's effective lexicon gestures towards a conceptual process that makes the unthinkable intelligible insofar as it gives the unthinkable back its status of potential alternative – a status that tends to be effaced by naturalization and normalization.

In this light, sinister (hopeful) accounts are to be seen as alternative routes to an *elaborate language* that lack *reflexive meta-language*, as Ani Ritchie and Meg Barker's text on the silenced language of non-monogamies nicely shows. The article's evocative title ("There Aren't Words for What We Do or How We Feel So We Have to Make Them Up") illustrates how the discovery of muted alternatives is a way of complicating the limited "discursive possibilities" that "construct but also constrain meaning"[48]. Analogously, the refusal to recognize marriage equality as a straightforward path to sexual equality permits realizing that the hegemonic form we live in "contains the history of its own undoing by other possibilities that the law refuses to realize"[49]. For example, Franke's analysis confronts us with the diversity of kinship formations that African Americans created under slavery – ones that were not the compelled response to a state of abjection, but exalted "interdependence and communal cooperation, rather than individualization and immediacy (in the sense of 'immediate family' versus 'others')"[50]. In much the same way, Park's investigation does not simply refute monomaternalism; she does not simply examine how practices of mother-child interaction have been "queered" by several non-biological and poly-maternal families who have moved away from normative family configurations and mainstream domestic arrangements[51]. For she also reframes maternal love – in part against queer portrayals of childhood innocence as an inherently conservative ideal[52] – as a broader attempt "to move beyond the dichotomy of home/not home and safety/risk" towards an understanding of home as "a space of mutuality and conflict, of love and its risks and struggles, of caring and conflictual connections to others"[53].

This does not mean that the theorist is called upon (or even has any right or possibility) to give practices and their language a reflexive meta-language of her own – an approach that, as Latour incessantly remarks, distorts practice for the theory's sake. Rather, the theorist navigates the multiple imbrications of alternative (conflicting) normative frameworks that social agents develop, and emphasizes how they themselves ignite these conflicts – as Cooper's inquiry beautifully shows – when they move among the plurality of practical contexts they are simultaneously member of. In doing so, critical views of the social world accentuate unsettling contradictions that show how the way in which we imagined our future is most of the time destined to fail and, because of this, we can reimagine our present.

46 Ivi, p. 13.

47 P. Bourdieu, *Practical Reason: On the Theory of Action*, Stanford, CA, Stanford University Press, 1998, p. 36.

48 A. Ritchie, M. Barker, 'There aren't words for what we do or how we feel so we have to make them up': *Constructing polyamorous languages in a culture of compulsory monogamy*, in *Sexualities*, 2006, 9, pp. 584-601, at p. 586.

49 E. Freeman, *Still after*, in *South Atlantic quarterly*, 2007, 106, pp. 495-500, at p. 497.

50 K. Franke, *Wedlocked*, cit., p. 30.

51 S.M. Park, *Mothering Queerly, Queering Motherhood*, cit.

52 See e.g. L. Edelman, *No future: Queer theory and the death drive*, Durham, NC, Duke University Press, 2004.

53 S.M. Park, *Mothering Queerly, Queering Motherhood*, cit., p. 251.

*Orsetta Giolo**

Freedom and responsibility of women, between patriarchy and neoliberalism

Summary

1. The pandemic and care mainstreaming. - 2. Freedom (still) misunderstood. The time of feminism and the time of rights. - 2.1. Freedom between responsibility and care. - 3. Female responsibility in the patriarchal vision. - 3.1. The specific forms of women's responsibility. - 4. Female responsibility: responsibility without freedom. - 5. Two responsibilities for two genders: (male) law and its implicit assumptions. - 6. Responsibility in the neoliberal perspective: hyper-responsibilisation or feminisation? - 7. Equality as the key: rethinking freedom and responsibility.

Abstract

Il saggio propone un'analisi della relazione attualmente esistente tra le concezioni genderizzate della responsabilità e della libertà delle donne, l'iper-responsabilizzazione neoliberale e la retorica del care mainstreaming. Indagando nella prospettiva femminista le conseguenze della soggettività neoliberale, particolare attenzione è dedicate all'impatto che le trasformazioni in corso della responsabilità e della libertà producono sulla vita delle donne, nonché sulla loro condizione giuridica e politica.

The objective of this analysis is to try to understand what relationship presently exists between gendered conceptions of responsibility and women's freedom, neoliberal hyper-responsibilisation and the rhetoric of care mainstreaming. In the following pages I shall try to reflect on the consequences of the neoliberal subjectivity in a feminist perspective, focusing above all on the impact that the transformations of responsibility and freedom produce on the life of women, as well as on their legal and political condition.

1. The pandemic and care mainstreaming

During the Covid-19 pandemic, which broke out at the beginning of 2020, the issue of care has acquired a visibility probably never reached before: the health emergency, the need for public intervention in the area of welfare and the difficulty of coping with family and work demands in the various lockdowns have caused care to become one of keywords at a global level in the current times[1].

* Associate Professor of Philosophy of law, University of Ferrara.
This paper has been double-blind peer reviewed.

1 For an in-depth assessment, see for example B. Thomas, I. Macias-Alonso, *COVID-19 and the raising the value of care*, in *Feminist Frontiers*, April 2020, p. 705; B. Casalini, *Prefazione. Femminismo e politiche della cura dal neoliberalismo al covid-19*, in A. Verza, S. Vida (eds.), *Postfemminismo e neoliberalismo*, Rome, Aracne, 2020, p. 17 ff; K. Bahn, J. Cohen, Y. Van Der Meulen Rodgers, *A feminist perspective on COVID-19 and the value of care work globality*, in *Gender, Work & Organization*, 2020, 27, pp. 695-699. On this point see also O. Giolo, *Il virus, il genere, la cura*, in *BioLaw Journal*, 2020, 3, pp. 54-66.

This overexposure has obviously brought with it numerous distortions and many compromises. The care that is prevalently being talked about these days in fact has little to do with what has been extensively addressed by feminist theory over the past decades: the "care mainstreaming" that has now come to dominate places an extreme emphasis on individual responsibility in respect of public health, work and family life, in contrast with the politicisation of care advocated by feminism, which views care as a collective need founded on relationships and mutual dependency. It seems, therefore, that the conception of care being put across in the course of the pandemic crisis has more to do with the neoliberal rhetoric of self-care, rather than with care of others as a political alternative.[2] Indeed, though the representation of self-care also concerns social wellbeing, it reflects an opposite approach: i.e. society will be better off (and healthier) not when we take care of one another, but rather when everyone takes care of themselves — a radical inversion of the perspective from which *feminist care* arose.

This twisting of the notion of care has origins that predate the pandemic and it has recently seen a further acceleration, heavily influencing the ongoing redefinition of the notions of freedom and responsibility, which are connected — often implicitly — to the issue of care.

With regard to freedom, it is by now clear that neoliberalism has had a strong impact on the way it is understood, as it asserts a reductionist conception of freedom that boils down to mere free choice[3].

As for responsibility, it is very well known that neoliberal ideology has remoulded contemporary subjectivity in terms of the entrepreneurial self, burdening individuals with obligations and duties to be fulfilled to enable their integration (which must be fully deserved) into society[4].

In the light of what has been reconstructed in the literature in this regard[5], in the following pages I shall try to reflect on the consequences of this new neoliberal anthropology in a feminist perspective, focusing above all on the impact that such transformations of responsibility and freedom produce on the life of women, as well as on their legal and political condition. As I shall seek to demonstrate, women represent a sort of paradigmatic case. By analysing their condition, it is possible, on the one hand, to understand the changes underway with greater clarity; on the other hand, we will realise that some original "distortions" in respect of women's freedom and responsibility today appear to be useful for the purposes of the neoliberal design and consequently tend to be universalised.

I shall first address the difficulty that usually arises in the debate regarding the substance of the principle of freedom with reference to women's subjectivity, starting off by considering the temporal dimension, which can explain at least some of the ambiguities still surrounding the rights of freedom in this regard. Women, put simply, gained rights of freedom much more recently than men and, paradoxically, after being declared "equal". This different temporal succession in respect of rights and, above all, the evolution of practices tied to the proclamation of the latter, is not irrelevant: it probably lies at the basis of many of the difficulties that women still encounter in defining their free condition — in this sense I mean freedom itself[6] — and in identifying the practices of freedom to lay claim to. This brief consider-

2 A distinction must be made between the neoliberal notion of self-care and Foucault's reconstruction regarding the hermeneutics of the subject (cf. M. Foucault, *The Hermeneutics of the Subject: Lectures at the Collège De France 1981-82,* New York, Palgrave Macmillan; 2005).

3 On the different meanings of neoliberalism - such as rationality, ideology, order, institution - and on the effects of this new paradigm see, ex multis, A. Ong, *Neoliberalism as exception,* Duke University Press, 2006; D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, 2007; G. Leghissa, *Neoliberalismo. Un'introduzione critica*, Milano, Mimesis, 2012; S. Vida, *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2016, pp. 479-506; M. De Carolis, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, Quodlibet, 2017; P. Dardot e C. Laval, P. Dardot, C. Laval, *The New Way of the World: On Neo-Liberal Society*, New York, Verso Book, 2017; M. Barberis, *Liberalismo costituzionale. Fra neoliberalismo globale e liberalismo italiano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2018, pp. 567-578. On neoliberal transformations of conceptions of freedom see also A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto,* Bologna, il Mulino, 2020.

4 Regarding individual hyper-responsibilisation and the construction of the subject promoted by neoliberalism, whereby individuals become the entrepreneur of themselves, there is truly a vast literature. For an analysis of the various implications of such conceptions of subjectivity, cf. in particular what has been carefully underscored by Brunella Casalini in B. Casalini, *Il femminismo e le sfide del neoliberismo. Postfemminismo, sessismo, politiche della cura,* Rome, IF PRESS, 2018, pp. 12 ff. See also S. Trnka, C. Trundle, *Competing Responsibilities: Moving Beyond Neoliberal Responsibilisation,* in *Antropological Forum. A Journal of Social Anthropology and Comparative Sociology*, vol. 24, 2014, pp. 136-153; P. Dardot, C. Laval, *The New Way of the World: On Neo-Liberal Society*, cit.; S. Vida, *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2016, 2, pp. 479-506; Ead., *Postcapitalismo e neoliberismo: il presente e il futuro della crisi*, in *Ragion pratica*, 2, pp. 299-325.

5 Cf., *ex multis,* B. Casalini, *Il femminismo e le sfide del neoliberismo. Postfemminismo, sessismo, politiche della cura,* cit., pp. 59 ff. Cf. N. Fraser, *Fortunes of Feminism: From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis,* Verso Books, New York, 2013.

6 For a definition of "free condition", see again A. Facchi- O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione*, cit., p. 58 ff.

ation will be useful for analysing the problematic relationship between freedom and care, as well as for dispelling the confusions that still linger regarding the relationship between freedom and responsibility.

With reference to the latter, I will attempt to briefly examine the idea of responsibility that traditionally weighs upon women and their representation in the public and private realms. I will look at the relationship between the "classic" vision of female responsibility and the contemporary conception of neoliberal responsibility. In this regard, I will use the term responsibility in its broadest sense, that is, in its two possible meanings — aretaic and ascriptive[7] — and as a notion that today governs every "complex network of interpersonal relations"[8]. I thus intend to take into consideration not only legally regulated relationships (such as contractual ones or ones deriving from legal obligations, for example in the case of parenthood) but also those that lie outside a legal framework and regard the most personal and intimate spheres, which depend on socially determined norms, i.e. morally, religiously and conventionally sanctioned obligations. I believe, in fact, as I will try to underscore, that only this broad and non-formalistic interpretation of responsibility can account for everything that continues to weigh upon the (free) condition of women, profoundly influencing their life choices, the organisation of their time and work and the order of the priorities they pursue. The principle of responsibility, considered from a feminist viewpoint, appears to be theorised *ab origine* in a differentiated manner depending on the gender of those who bear responsibility (and those on the receiving end): the meaning and implications of individual responsibility change in relation to the sexual identity of the individual concerned because "the attribution of responsibility is a *judgment*"[9], to be understood here as a sexual one.

The objective of this analysis is therefore to try to understand what relationship presently exists between gendered conceptions of responsibility and women's freedom, neoliberal hyper-responsibilisation and the rhetoric of care mainstreaming.

2. Freedom (still) misunderstood. The time of feminism and the time of rights

The path towards the affirmation of rights has not followed the same trajectories or the same timing for everyone: individuals became holders of rights at different times and in different ways, so much so that the so-called generations of rights are definable as such only in relation to the paradigmatic individual — white, male, heterosexual, and so on — but not in a generalised manner[10]. In the specific case of women, it should be pointed out that the first right won was the right to vote: women thus gained access first of all to political rights, then to the other classes of rights.

This necessarily entails two consequences.

The first is tied to the fact that the formulation of the principle of freedom, and the connected rights of freedom, was born male, is related to male subjectivity and all the forms, interpretations and translations that have derived therefrom up to now necessarily reflect this original foundation.

The second consequence is closely connected to the first and concerns the lack of consideration of women's freedom outside the male paradigm, also for a temporal reason: the original exclusion of women from the enjoyment of freedom not only favoured a male formulation of the latter, but also implied a delay in the beginning of any similar reflection from the perspective of women's subjectivity.

Compared to the centuries — at least four, from John Locke onwards — that men have had at their disposal to discuss about freedom and its implications, women have had only a few decades: thanks to the affirmation of the principle of equality, they succeeded in gaining recognition of rights of freedom in a full sense starting from the second half of the twentieth century, by degrees and in a highly differentiated manner in relation to the geographic and cultural areas.

Therefore, women's reflection on freedom — with very rare exceptions — is incredibly recent.

7 As Carla Bagnoli explains, one speaks of "aretaic responsibility" in reference to responsibility as a quality of the character and "ascriptive responsibility" when it is understood as ability to act. Both of these meanings identify different but related concerns. Cf. C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 10.

8 Ivi, p. 9.

9 C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, cit., p. 10.

10 Regarding the critical aspects of the generations of rights, see Steven L. B. Jensen, *Putting to Rest the Three Generations Theory of Human Rights*, in https://www.openglobalrights.org/putting-to-rest-the-three-generations-theory-of-human-rights/, 15 November, 2017.

This probably explains the still considerable difficulties in translating the principle of freedom in relation to female subjectivity: we need only consider the many debates on the legitimisation of cultural practices (from the veil to mutilations) or the limits in the control over one's body.

So much so that we can recognise two dynamics underlying the relationship between freedom and women. The first concerns the mere transposition of "male rules" onto female subjectivity: an example in this regard is offered by so-called sexual liberation, which in many cases has simply given rise not so much to a rethinking of sexuality, but rather to a simple transfer of the male model to women[11]. The second, by contrast, concerns the *female exception*, based on which well-defined prohibitions or obligations imposed on men are mitigated or removed: in this case an example may be given by the "availability" that still today characterises women's bodies (exposed, commodified, trafficked and so on), as opposed to the unavailability of the male body.

The two dynamics reveal the existence of incoherencies that revolve around an implicit conception of female freedom understood not as a form of emancipation but, on the contrary, as an instrument for legitimising subjection. Still today, women who claim their freedom in order to escape the clutches of patriarchal society are often ostracised, or even subjected to corporal punishment. A similar reaction does not appear to affect women who rely on the argument of freedom to legitimise practices of enslavement. Not coincidentally, the rhetoric of free choice weighs heavily on the very definition of women's freedom: it seems to have replaced and simultaneously removed the need to discuss the original meaning that freedom is capable of expressing in relation to female subjectivity. Consequently, the legal translation of women's freedom similarly fails to take on clear meanings, maintains ample margins of ambiguity, and leaves the door open to exploitation and enslavement, giving rise to a veritable "dilemma of freedom".

2.1. Freedom between responsibility and care

The dilemma of women's freedom has multiple implications, of course, and one of them concerns precisely the link between freedom and responsibility, that is, the articulation that has developed historically between these two concepts in relation to women. Feminist theory on the subject of care has undoubtedly contributed to the deconstruction of some assumptions of male liberal thought by attempting to propose an alternative and original interpretation.

The various feminist theories of law[12], in particular, pointing to the notion of autonomy as the main illusion that has sustained up to now a conception of subjectivity built on male identity, have criticised the idea of freedom as a condition that implies the absence of responsibility in relations with others and disputed the consequent opposition — as I shall also discuss below — between freedom and responsibility. The opposition between the two terms, it is argued, belongs to the distorted and hierarchising representation of relationships and subjectivity which is founded on autonomy. There is necessarily a contradiction, within the liberal theoretical framework, between those who are free (the dominant individuals, being autonomous) and those who instead take care of others (the enslaved individual, dependent because in a relationship): the former are focused on themselves, the latter renounce themselves to take on the burden of others.

However, this representation of the antinomy between care and freedom is not attributable exclusively to the theoretical framework of liberal thought. In fact, taking on the task of care work, taking responsibility for it, inevitably means narrowing one's margin of freedom. With satisfaction, joy, affection, love and dedication, but also with an enormous expenditure of energy, time and effort, which are necessarily diverted from other things. For example, engaging in care work means organising one's day according to the needs of several people, and not only on the basis of one's own needs. Not coincidentally, for women the private sphere was long exclusively a sphere of "deprivation", of freedom first of all, and rights and justice in general.

Unlike liberal thought, the feminist ethic of care[13], which diverges considerably from the female ethic of care — "disinterested and altruistic" like women of "good will", the reason why "taking care be-

11 Emblematic in this regard is what is highlighted by Carla Lonzi in C. Lonzi, *Sputiamo su Hegel*, Milan, et al. edizioni, 2010, p. 54 ff.

12 As is well known, there are several currents within legal feminism. For an examination see for example V. Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2007; V. Munro, M. Daviers (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2018; J. Conaghan, *Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law*, in *Journal of Law & Society*, Vo. 27, issue 3, 2000, pp. 351-385.

13 For a survey of the main issues related to the ethics of care, obviously see first.C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women s Development*, Harvard, Harvard University Press, 2016 and R. West, *Caring for Justice*, NYU Press, 1999. See also, below, par 4.

comes an activity of angels and saints"[14] — underscores the fallacious character of the liberal representation of the individual insofar as it opposes freedom and responsibility. It does not deny that in reality the two principles are in mutual tension, but rather affirms that this tension arises and is exacerbated when the connection between responsibility is freedom is removed. Given the universality of being in relation, acting on behalf of others implies acting on behalf of oneself and vice-versa, since the two aspects of agency are only rhetorically, not effectively, divisible. Personal spaces are necessarily also the spaces of others, and vice-versa. Denying this fact implies a twisting of reality, often violent: an imposition of all responsibilities on some, consequently depriving them of (areas of) freedom.

Indeed, the subject of care seems to be more closely tied to the issue of freedom, rather than equality. If we think about care work, in particular, its unequal distribution depends both on the conviction that there exists an original inequality between the sexes (and thus a different role for them in the world), and the awareness of the narrowing of the margin of freedom this implies. Seriously rethinking the organisation of care in a non-gendered egalitarian perspective would mean calling into question the private and public arrangements relating to the areas of individual freedom, which still privilege men.

The enduring tension between freedom and care thus derives its original justification from patriarchal tradition, which for centuries conceived only male subjectivity to be free and autonomous, deeming it impossible to recognise female subjectivity in the same terms. In the contemporary world, though all human beings are understood to be equal and free, that original condition of deprivation of freedom persists, as women are still tasked with the provision of care: thus, the formally recognised freedom has not yet been effectively realised, whereas the male subject, formerly dominant, still harbours a conception of freedom that implies delegating his responsibilities to others.

Changing this state of affairs necessarily entails rethinking the connection between freedom and responsibility in radical terms. However, the impression is that we need to go beyond care mainstreaming if we are to effectively solve the dilemma of women's freedom.

3. Female responsibility in the patriarchal vision

While the issue of women's freedom no doubt requires further theorisations in order to transcend the male representation of female subjectivity, some questions remain to be clarified in respect of responsibility as well[15].

In fact, in the patriarchal narrative, women were represented in a very ambivalent manner in relation to personal responsibility.

Having not been considered, for centuries, as autonomous individuals but rather as "inferior" beings, they were long judged to be incapable of assuming, expressing and managing their responsibility. In the family, economic and public spheres, women were thus considered *non-responsible* by definition. In the private sphere they required male protection, also as regarded the management of their property[16]; in the public sphere, on the other hand, they were deemed to be insufficiently rational and thus incapable of holding public office or occupying important roles[17], or consciously manifesting their political orientation (hence expressing a vote)[18]. Even in the criminal realm, women were long considered to

14 C. Gilligan, *La resistenza all'ingiustizia: un'etica femminista della cura*, in *Iride*, a. XXIV, n. 63, maggio-agosto, 2011, pp. 315-329.

15 An earlier and partial version of the following paragraphs was published in O. Giolo, *La responsabilità delle donne tra patriarcato e neoliberalismo*, A. Verza, S. Vida (eds.), *Postfemminismo e neoliberalismo*, cit.

16 Cf. for example, G. Duby, M. Perrot, *A History of Women in the West*, Harvard, Harvard University Press, 1992; and M. Davide, *La condizione giuridica delle donne nel Medioevo. Convegno di studio*, CERM, 2012.

17 Regarding the hostility towards the political power of women, C. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, cit.; Ead. *Are Women Human?: And Other International Dialogues*, Harvard University Press, 2007; see also F. Marnissi, *Beyond the Veil: Male-Female Dynamics in a Muslim Society*, Sadi Books, 2011; L. Muraro, *Al mercato della felicità. La forza irrinunciabile del desiderio*, Milano, Mondadori, 2009, pp. 84 ff. Significant in this respect is the reconstruction contained in C. Casanova, *Regine per caso. Donne al governo in età moderna*, Rome-Bari, Laterza, 2014, with particular reference to the "virulent and misogynistic" denigration and delegitimization of female power disseminated through treatises in the 14th-15th centuries onward (ivi, pp. 57 ff.), through the re-evocation of the image of the "disorderly woman" (ivi, p. 58).

18 On the first challenges against women's exclusion from the vote and from political life, see E. Pankhurst, *My Own Story*, London, Penguin, 2015 for a reconstruction of the battles for the right to vote, see C. Chapman Catt, N. Rogers Shuler, *Women Suffrage and Politics. The Inner Story of Suffrage Movement*, DoverPublications, 2020; S. Vantin, *I "segreti di Blackstone" rivelati.*

be incapable of autonomously committing crimes or violent actions, and were rather involved in illegal or improper actions under the direction or orders of men[19].

The association of women with lack of responsibility became firmly established over time, as reflected in legal assumptions, special rules of evidence, and *ad hoc* legislation; hence in an explicit manner through a public recognition of that handicapped condition, which obviously depended on a conception of female subjectivity in terms of reduced, if not inexistent, autonomy. For women, therefore, the classic nexus between freedom, autonomy and responsibility — theorised legally and politically with reference to the paradigmatic male individual[20] — was always understood either in a watered-down version (for example in the private sphere) or as impossible (above all in the public sphere).

However, this reconstruction would not be accurate if we did not add a further element, which explains the ambivalence mentioned above and characterised the condition of women in the patriarchal system, but in the opposite sense, i.e. through the attribution of specific forms of responsibility, based upon some assumed peculiarities of female subjectivity. In actual fact, such forms of responsibility were conceived as befitting of the female condition and the role *naturally* occupied by women in society, above all in the domestic sphere, and understood as dissociated — this seems to me to be the most relevant aspect — from the *status libertatis* and the exercise of individual autonomy.

Whereas, indeed, for individuals of the male sex, the triptych of freedom-autonomy-responsibility has been the foundation of the very conception of legal and political subjectivity up to the present day[21], for women it was long without meaning, as the latter were assigned forms of responsibility dissociated from freedom and autonomy.

Therefore, it is worth taking a brief look at the specific forms of responsibility that characterised the female condition in the patriarchal context.

3.1. The specific forms of women's responsibility

In truth, it is a matter of bringing to light well-known issues related to the roles traditionally occupied by women in patriarchal societies. The specific forms of responsibility depend constitutively on these roles and represent their main expression.

As is well known, women's roles as defined in patriarchies are based on the functions attributed to the female body: reproduction, the provision of care, sexual pleasure[22]. In the patriarchal system, these three functions, long confused with the specificities of female subjectivity, corresponded to three forms of responsibility typically (if not exclusively) borne by women.

The reproductive function resulted in women being given responsibility for procreation and the care of children[23]. The responsibility in respect of procreation was always connected, moreover, to the disciplining of female sexuality, i.e. to the strict self-control over their bodies, publicly sanctioned

Abolizionismo, riforma dell'educazione e suffragio femminile in Sarah Moore Grimké (1792-1873), in *Percorsi Storici – Rivista di storia contemporanea*, 2016, 4, pp. 1-17, in http://www.percorsistorici.it/images/pdf/pdfn4/ps_4_2016_vantin.pdf.

19 See especially M. Graziosi, *Infirmitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 1993, 2, pp. 99-143. Cf. C. Smart, *Women, Crime and Criminology. A Feminist Critique*, Routledge, London, 2012 (first published in 1977); C. M. Renzetti, *Feminist Criminology*, Routledge, 2013; G. Cazzetta, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura moderna*, Milano, Giuffrè, 1999; O. Ingrascì, *Donne d'onore*, Mondadori, Milano, 2007.

20 In this regard, see Alessandra Facchi's discussion about the link between autonomy, responsibility, freedom, self-ownership and dominion in A. Facchi, *Sulle radici della proprietà di sé,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, 2, pp. 427-442. As regards responsibility, autonomy is even more closely connected to freedom, cf. C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, cit., p. 227.

21 This classic construction, which has for centuries underpinned the conception of subjectivity, has been strongly criticised by feminist theory. Reference should obviously be made, first and foremost, to the critique of autonomy and independence contained in J. Tronto, *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, New York, Routledge, 1994; E. Kittay, *La cura dell'amore. Donne, uguaglianza, dipendenza* (1999), Milan, Vita e Pensiero, 2010; A. Cavarero, *Inclinazioni. Critica della rettitudine*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2013.

22 L. Melandri, *Amore e violenza. Il fattore molesto della civiltà*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011, pp. 70 ff.

23 Women's bodies are "il punto di applicazione di tecniche che, sospendendo la sessualità e il desiderio a questa legato, utilizzano il sesso femminile nell'ordine della generazione, quale fornitore di materia sia dal punto di vista biologico che da quello politico" (A. Putino, *I corpi di mezzo. Biopolitica, differenza tra i sessi e governo della specie*, Verona, Ombre corte, 2011, p. 82). Cf. S. Forti, O. Guaraldo, *Rinforzare la specie. Il corpo femminile tra biopolitica e religione materna*, in *Filosofia politica*, 2006, 1, pp. 57-78.

through the repression of adultery[24] and the cult of virginity[25]. This whole surveillance apparatus was obviously geared towards controlling descendancy and the inheritance of property[26]. It also explains the strong connection established between reproduction and marriage, to prevent the dispersal of wealth and disputes over the legitimacy of heirs, again in a situation of ambivalence: that is, with the attribution of female responsibility as far as reproduction was concerned and a total lack of responsibility — on the grounds of the dependency sanctioned by law — as far as the marriage was concerned. Therefore, over the centuries, the alleged sexual incontinence of women — which rhetorically justified such limitations — led women to be made largely responsible for managing their fertile bodies; so much so that, in much more recent times, the control over reproductive capacity continued to be mostly a "woman's affair", achieved through the adoption of medical instruments that placed the burden of birth control on the female body; this stands in contrast with the nearly total (now like then) non-responsibility and uncontrollability of the male body. In this regard it is worth underscoring that the lack of responsibility of men, in the patriarchal conception, mainly regarded the consequences of their actions, as is clearly demonstrated by the male approach to sexuality, and therefore did not concern their ability to assume responsibility. I will come back to this point shortly.

The reproductive specificity and maternal capacity to provide for the nourishment of babies in the early months of life through breastfeeding led to women being made responsible for the care of children. The task of providing care continued to weigh exclusively on women even after the period of nursing had ended, while procuring means to support the family remained strictly the responsibility of men.[27] In this regard, it should be noted that the notion of "care" covered a vast array of tasks: from household cleaning chores to everything concerning the care of persons, in a physical, material and emotional sense. The whole set of tasks was always of enormous dimensions, with an often overwhelming burden of responsibilities[28], including everything from doing laundry to managing meals, from taking care of physical health to dealing with matters relating to education or work, recreational or sports activities, as well as taking care of and managing relationships outside the family. All this multiplied by every member of the nuclear family, and not limited to the necessary minimum but rather with the duty of assuring that everything is done in the best possible manner, in a pleasant environment with the most careful regard. This array of functions and tasks gave rise to the so-called "feminine mystique"[29], as a stereotypical narrative of a tangle of responsibilities around which female subjectivity has been constructed.

A last function needs to be mentioned, namely that of providing pleasure, which, in apparent contradiction with the feminine mystique, assigned a further role to women in the patriarchal system, as bodies at the disposal of men to fulfil their sexual needs[30]. The reference to "needs" is not coincidental, since patriarchal male sexuality was interpreted in these terms, not as uncontrolled and coarse, but as naturally predatory and exemplifying the very essence of virility. The resulting responsibility for women again regarded, on the one hand, control over their reproductive capacity — in contrast, I shall repeat, with the total lack of responsibility of men — while on the other hand women were made to bear responsibility for men's happiness, there being no reciprocity in this case either[31].

For centuries, this overall complex representation sanctioned, as is well known, both male power over the female body and the availability of women's bodies, according to an anything but contradictory "division of labour" among women themselves: the patriarchy distinguished women into categories

24 Adultery, writes Teresa Forcades, functions as a sort exception to the rule of female incapacity/irresponsibility, as it paradoxically affirms the subjectivity of women, deemed "guiltier — i.e. freer, more responsible — than males" (T. Forcades, *La teologia feminista en la historia,* Barcellona, Fragmenta Editorial, 2012).

25 Cf S. De Beauvoir, *Le deuxième sexe,* Paris, Gallimard, 1949.

26 Cf. C. Delphy, *L'ennemi principal. Economie politique du patriarcat*, Paris, Syllepse, 2009.

27 Regarding the figure of male breadwinner, reference should obviously be made to N. Fraser, *After the Family Wage: Gender Equity and the Welfare State*, in *Political Theory*, 1994, 22, 4, pp. 591-618. Still today, as I will explain further below, the task of feeding and raising children is widely considered to be the responsibility of women. Despite the fact that it is no longer only men who go out to work, these responsibilities are still mostly, if not exclusively, borne by women, deemed more capable, because of their specific qualities (precisely), of better fulfilling such tasks. Cf. P. Setti, *Non è un paese per mamme. Appunti per una rivoluzione possibile*, Rome, All Around, 2019. Regarding the persisting gender imbalances in the distribution of care work cf. the recent OXFAM report, *Time to care – Unpaid and underpaid care work and the global inequality crisis*, 2020, in https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620928/bp-time-to-care-inequality-200120-en.pdf.

28 S. de Beauvoir, *Quando tutte le donne del mondo…* [1979], Torino, Einaudi, 2006.

29 B. Friedan, *The Feminine Mystique*, New York, Norton, 1963.

30 Cf. A. Verza, *Il dominio pornografico*, Napoli, Liguori, 2006.

31 E. Gianini Belotti, *Dalla parte delle bambine* (1973), Milano, Feltrinelli, 2014, pp. 158 ff.

(based on social class and race, mainly), attributing to them either a reproductive function — for the purpose of producing descendants and assuring the transfer of property to heirs — or the task of providing care or satisfying sexual needs[32]. Severe penalties were provided for in the event of these roles being mixed or inverted (for example, if a prostitute or a maid expected an illegitimate child or a wife committed adultery).

Therefore, the female body has always been the subject of a contradiction: it is made unavailable on the one hand, being the property of or under the protection of a man, yet the woman bears responsibility for her behaviour and its consequences.

This confusion — between functions, specificities and responsibilities — still often survives today, albeit in different degrees depending on economic, cultural and religious variables, and lies at the basis of the dilemma of freedom.

4. Female responsibility: responsibility without freedom

What appears evident, therefore, is a particular conception of female responsibility. Whereas, as noted earlier, for men responsibility has always been connected to the possession of the status of a free and capable individual, and thus of the quality of autonomy, in the case of women the opposite has been true. In patriarchal societies, women were not considered as free individuals, much less autonomous ones; however, they were recognised as bearing the specific forms of responsibility just described, without this resulting in any type of emancipation. On the contrary, such responsibilities gave rise to various forms of subjugation, confinement, segregation, control and punishment. In this regard, the only condition comparable to that of women, in terms of the connection between responsibility and status, was that of slaves[33]: deprived of freedom and autonomy, the latter were nonetheless deemed responsible for their actions at work and in the domestic sphere and were often answerable even with their lives.

For women, as in the case of slaves, the relationship between responsibility and freedom paradoxically came to the fore at the moment when they rebelled against the pre-established roles and functions, acting *freely*, by challenging the patriarchal order: in this case women were considered explicitly responsible for attitudes, choices and behaviours that were qualified — also legally — as deviant. In this context, the meaning of responsibility changed completely, as the term took on a different connotation: it was no longer understood as a manifestation of the capability to think and act for oneself, and hence to make decisions, hold office and so on, but was rather tied to a dimension of guilt, the attachment of a stigma.[34] Women's desire to express their freedom in this sense was seen as a negative manifestation of their being, as a contestation against the naturally, morally and socially given order.

Whereas in the case of men responsibility thus served as a legitimising and emancipating criterion, in the case of women it was a key instrument of their oppression.

However, there is a further aspect to be highlighted in relation to the limits of female responsibility.

Male responsibility, besides being founded on freedom and autonomy, was traditionally understood as "limited responsibility", as it was restricted to individual actions and individual behaviours and above all without regard for the consequences that might be produced for others. Indeed, we can probably recognise, in the evolution towards a liberal society, a tendency in the direction of a progressive, ever greater circumscription of the forms of male responsibility, in order to define certain boundaries as to what was due to or expected from each individual in the complexity of interpersonal relations and relations with the public authority. The liberal principle[35] of damage is paradigmatic in this sense, as it is founded upon the isolation of the relations involved in the damaging event from the broader

32 A paradigmatic example of the gendered "female division of labour" is illustrated by Margaret Atwood in her dystopian novel, *The Handmaid's Tale*, Random UK, 2000.

33 Regarding the similarity between the condition of women and that of slaves, see C. Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press, 1988.

34 The reference is obviously to E. Goffman, *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*, London, Penguin, 1990.

35 Concerning the centrality of the principle of damage in liberal theory, see, by way of example, G. Maniaci, *Come interpretare il principio del danno,* in *Ragion pratica*, 2017, 1, pp. 141-168.

context in which it takes place, and because it enables the scope of responsibility itself to be limited to the damage caused[36].

These forms of containment and limitation of responsibility, typical of the free, autonomous man held fully answerable only for the acts committed rationally and knowingly[37], have never applied to women. The latter, paradoxically, are considered responsible not because they are free and autonomous but only because they are subservient: as a result of this, they are usually burdened with general and generalised forms of responsibility. Indeed, a sort of mechanism of generalisation of responsibility operates for women (the reverse of the male one): not coincidentally, a single improper behaviour (whether serious or not) has traditionally been considered an indicator of a general tendency towards irresponsibility in the performance of one's tasks. In a patriarchal perspective, this gave rise to the most evident consequence in terms of the construction of female subjectivity: on the one hand, an obsession with perfection and omnipotence (knowing how to do everything well is a must in order to be considered a complete woman)[38] as well as a prevailing sense of guilt[39]. Efforts are made to avoid even the most trivial mistake, which would be immediately pointed out and would lead to the generalisation mentioned above[40]; on the other hand, the giving up of the idea of "doing everything" or "having everything"[41], as a result of the specific forms of responsibility, which, in order to be properly fulfilled, requires total abnegation and the abandonment of other aspirations.

Moreover, female responsibility is constructed around not (only) the principle of damage, but (also) the *female* ethic of care:[42] women are considered responsible not only for the damage caused to others, but also, and above all, for the degree of happiness and wellbeing they are able to produce — in the private sphere, first and foremost, but also in the public sphere. This means that whatever a man does for the good of others is usually considered an individual merit (in a work context, but also in the political, social, intellectual realms, etc.), whereas in the case of a woman it represents a further execution of her function of taking care of the world. So much so that female merit is regularly underestimated due to the difficulty of distinguishing it from the ordinary tasks within the scope of female responsibility. Childbirth is a paradigmatic example in this respect:[43] risking one's life to give birth to others is considered a routine affair for women, as a natural event, in no way qualifiable as heroic, as it is included among the female functions-specificities-responsibilities[44]. In contrast, any action of men that implies a risk for their safety is considered worthy of acclaim and social recognition.

36 So much so that (male) responsibility understood with reference to the public sphere and the exercise of power in the public sphere (political responsibility) still poses considerable problems as regards its translation in a legal framework and the definition of its limits and its consequences.

37 Responsibility being notoriously understood in a weaker sense in the case of objective responsibility or guilt.

38 Cf. R. Simmons, *The Curse of Good Girl. Raising Authentic: Girls with Courage and Confidence*, Penguin Press, 2009.

39 "C'est simple, vous culpabilisez pout tout. Ce que vous faites, et ce que vous ne faites pas. Ce que vous pourriez faire, ce que vous auriez dû faire, ce qu'il fallait faire". N. Daam, E. Defaud, J. Sabroux, *Mouvaises mères*, Paris, Editions Jacob-Duvernet, 2009, p. 96.

40 "I called it 'the problem that had no name'", wrote Betty Friedan, "because women were blamed for a lot of problems — not getting the kitchen sink white enough, not pressing the husband's shirt smooth enough …" (B. Friedan, *The Feminine Mystique*, cit., p. 6).

41 We need only consider the debate triggered by the statements of Anne-Marie Slaughter, the former Director of Policy Planning for the United States Department of State, regarding the impossibility for women to combine a private life and a working career, in any case echoing the stereotype of the woman who is omnipotent and/or has to meet standards of utmost efficiency in every realm of her existence. A. M. Slaughter, *Why Women Still Can't Have It All*, in *The Atlantic*, July/August, 2012, available at https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2012/07/why-women-still-cant-have-it-all/309020/.

42 Cf. C. Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, cit. As is well known, some of Gilligan's views have not met with a unanimous consensus among feminists. For example, MacKinnon disagrees with the idea that women express moral reasoning "in a different voice". She argues that it is rather a morality expressed in a higher, female vocal range. Women value care because men have valued them in relation to the care they give them and women could probably profit from it. Women think in relational terms because their existence is defined in relation to men. (C. Mackinnon, *Le donne sono umane*, a cura di A. Facchi, A. Besussi, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 35). For a more recent interpretation of care by Gilligan see C. Gilligan. *La resistenza all'ingiustizia: un'etica femminista della cura*, in *Iride*, 2011, 2, pp. 315-330.

43 In this regard see also O. Giolo, *Conclusioni. Il patriarcato adattivo e la soggettività politica delle donne*, in *La soggettività politica delle donne. Proposte per un lessico critico*, O. Giolo, L. Re (eds.), Roma, Aracne, 2014.

44 For considerations regarding maternity and childbirth, especially in the italian debate, cf. the essays collected in S. Niccolai, E. Olivito, *Maternità, filiazione, genitorialità*, Jovene, Naples, 2017; C. Angiolini, V. Calderai, S. Cavagnoli, F. Coppola, D. Danna, M. Feresin, O. Guaraldo, C. Luzzi, S. Niccolai, E. Olivito, S. Pozzolo, P. Romito, L. Santos Fernandez, L. Sugamele, *Mater*

Furthermore, male responsibility is typically founded on agency: an individual who acts is responsible for himself, rarely for others (except according to specific restrictive legislation provisions), and is responsible for what he causes to others, but within the limits just mentioned. Female responsibility, by contrast, has more to do with looking after others rather than a definition of the limits of individual freedom; therefore, it appears to be founded not on agency, but on the needs of those on the receiving end of the woman's actions.

Ultimately, male responsibility is built upon a general principle of freedom and autonomy, where responsibility arises only when damage caused to others is proven. Female responsibility, by contrast, revolves around a general principle of responsibility founded on the condition of subjugation, which implies a substantial devaluation of female agency and corroborates an ambiguous interpretation of women's freedom: they were long considered responsible not as free and autonomous individuals but as subservient ones, yet by the same token they are to be considered free, subjects who exercise freedom, also (and perhaps *above* all) when they choose subservience.

5. Two responsibilities for two genders: (male) law and its implicit assumptions

The law has translated this complex moral, social and political construction into customs, rules and practices, sometimes explicitly, but above all implicitly. In fact, in relation to issues that are highly important and pervasive as regards both the private and public spheres, the law has notoriously relied on gender stereotypes that are well rooted in the common system of beliefs, as is emerging with increasing clarity[45].

So it is that male responsibility has tended to be defined through explicit regulations, determined by the formal attribution of various public and private tasks and forms of damage compensation.

As regards the responsibility of women, by contrast, the law has adopted — implicitly for the most part — the patriarchal distribution of gender roles, contributing to the basic ambiguity underlying it[46]: in fact, women were long legally qualified as incapable, hence precluded from taking on responsibilities similar to those of men, but at the same time they were treated as bearers of specific responsibilities, as previously noted, in close connection with their "traditional functions". Again, for the most part, these specific forms of responsibility were not established explicitly: if they had been explicitly defined, there should have been an attribution of some sort of power, even only in the private sphere. But the responsibilities attributed to women typically did not involve any granting of power, which undoubtedly contributed to the persisting precariousness of the female condition. This was evident for a long time in the family realm as well: the responsibility for taking care of children was not accompanied by any "power" over them; on the contrary, this power was entrusted to men, for example through the principle of *jus corrigendi*.

However, the implicit attribution of responsibility to women was also indirectly reinforced through the establishment of several explicit rules. We need only consider the crime of adultery, intended to reinforce (implicitly, precisely) female responsibility in relation to the legitimacy of descendants; or even the competences of the Inquisition in relation to witchcraft, aimed at reaffirming (again implicitly) female responsibility with respect to maintaining the family, sexual and social order and the condition of subservience (that is, the absence of freedom and autonomy); or else honour killings and the (old) crime of rape, which reinforced — especially in the way the law was applied — the rhetoric of the presumed

iuris: la differenza sessuale come principio di libertà. Presentazione, in *Ragion pratica*, 2019, 2, pp. 353-356; O. Guaraldo, *Sul materno: ripensarne il senso tra biopolitica e femminismo*, in *Critiche di genere. Percorsi su norme, corpi e identità nel pensiero femminista*, M.G. Bernardini, O. Giolo (eds.), Roma, Aracne, 2015, pp. 157-179; cf. R. Campisi, *Partorirai con dolore*, Milano, Bur, 2015.

45 Cf. R. Cook, S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010; for a discussion see also Th. Casadei, *Giusfemminismo: profili teorici e provvedimenti legislativi*, in *Notizie di Politeia*, XXXII, 124, 2016, pp. 32-45; P. Parolari, *Stereotipi di genere, discriminazioni contro le donne e vulnerabilità come* disempowerment. *Riflessioni sul ruolo del diritto*, in *About Gender-International Journal of Gender Studies*, 2019, 8, 15, pp. 90-117; B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, L. Morra, B, Pasa (eds.), Torino, Giappichelli, 2015.

46 Regarding the ambivalence of the legal culture towards the role of women, as a result of which it was possible to invoke their incapacity and consequent need for protection in order to deny them any recognition of autonomy and responsibility, see M. Graziosi, *Infirmitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, cit.

complicity of the victim, with the aim of stigmatising attitudes deemed improper and provocative, if not offensive to the moral sensibilities and dignity of others[47]. This also gave rise to the confusion, which has typically surrounded the female condition, between responsibility and responsibilisation, on the one hand, and between responsibility and happiness, on the other. Over the centuries, in fact, in addition to the implicit and indirect attributions of responsibility, the patriarchal society adopted rhetoric emphasising women's responsibility in relation to their roles and functions: pervasive and performative rhetoric, of a religious or moral nature, aimed at the social stigmatisation of deviant behaviours and at educating women on the "feminine mystique", as the only symbolic image of reference[48]. This confusion between responsibility and responsibilisation[49] is probably at the basis of the long survival of the patriarchal system, because it resulted in the involvement of women themselves in handing down the value system of the patriarchy, as contented slaves — as John Stuart Mill suggested[50] — or as vestals of the male order. Contented slaves, precisely: for women, assuming responsibility always rhetorically signified their true realisation. In the patriarchal order, only by taking charge of others could women be happy and complete, because only in this manner would they realise their nature, by performing their natural functions[51].

It goes without saying that it is necessary to distinguish, in this regard, between the free assumption of responsibility towards others as the manifestation of a willingness, an awareness, an ethic, and thus as a manifestation of one's individuality, and the assumption of responsibility that is instead imposed, as the sole destiny, the negation of one's subjectivity.[52] Whereas the former situation was typical of men (who deserved praise, and were even seen as incarnating the virtue of heroism), the latter was typical of women, who thus tended to reduce their existence to the fulfilment of obligations[53].

---

47 For a reflection on the procedural practices based on sexist stereotypes and prejudices in connection with violence against women cf. P. Di Nicola, *La mia parola contro la sua*, Milano, Harper Collins, 2018 and Ead., *La giudice. Una donna in magistratura*, Monterotondo, 881 Agency, 2013. T. Manente, *La pratica femminista del processo penale come strategia di difesa dei diritti delle donne vittime di violenza maschile*, in A. Simone, I. Boiano (eds.), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, Argomentazione, Interpretazione*, Roma, Edizioni Efesto, 2018, pp. 75-89. See more generally J. Du Mont, K.L. Miller, TL. Myhr, *The Role of "Real Rape" and "Real Victim" Stereotypes in the Police Reporting Practices of Sexually Assaulted Women*, in *Violence Against Women*, 9, 2003, pp. 466-486; D. L. Richards, J. Haglund, *Violence Against Women and the Law*, Routledge, 2015; and the recent publication by L. Re, E. Rigo, M. Virgilio (eds.), *Le violenze maschili contro le donne,* monographic issue of *Studi sulla Questione criminale*, 2019, 1-2.

48 The feminist literature on this point is very abundant. Solely by way of example, I shall mention the analysis of female education in S. De Beauvoir, *Le deuxième sexe,* cit.; E. Gianini Belotti, *Dalla parte delle bambine* (1973), cit.; S. Piccone Stella, C. Saraceno (eds.), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, Il Mulino, 1996. Between the late 18th century and early 19th century, Mary Wollstonecraft and Jane Austen had already harshly criticised the differences characterising female and male education, the former in *Thoughts on the Education of Daughters: With Reflections on Female Conduct, in the More Important Duties of Life* (1787) and *A Vindication of the Rights of Woman* (1792), and the latter in *Pride and Prejudice* (1813) and *Sense and Sensibility* (1811) in particular, but in actual fact in her other novels as well. For a more recent viewpoint, see also L. Lipperini, *Di mamma ce n'è più d'una*, Milan, Feltrinelli, 2013.

49 «[L]'analisi filosofica ha finora trascurato la tesi metanormativa, e ciò ha compromesso seriamente la comprensione delle pratiche di responsabilità e dei processi di responsabilizzazione (C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, cit., p. 93).

50 According to John Stuart Mill, the main peculiarity of the domination over women, as opposed to that over slaves (and hence over female slaves), concerned the "voluntary" nature of the enslavement: male domination was founded not only on force, but also on voluntary acceptance: "men do not want solely the obedience of women; they want their sentiments. All men, except the most brutish, desire to have, in the woman most nearly connected with them, not a forced slave but a willing one, not a slave merely, but a favourite." (J.S. Mill, *On Liberty and the Subjection of Women* [1869], London, Penguin, 2006, at p. 87).

51 Catharine Mackinnon, as is well known, believes that this configuration of women's "natural" responsibilities is to be understood as a "false consciousness", see C. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1991, pp. 115-16. For a reconstruction of the debate on the subject see also S. Wells, *Feminism, false consciousness, & consent: A third way*, in *Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. 18, no. 1, spring 2017, pp. 251.

52 Adriana Cavarero writes: "[s]econdo uno schema che vige già da Aristotele, egli [il maschio, n.d.s.] è infatti per sé e per la comunità politica, mentre, confinata alla sfera laboriosa del domestico, la donna è per l'altro. Ossia, in ultima e documentabile analisi, per lui" (A. Cavarero, *Inclinazioni. Critica della rettitudine*, cit., p. 140). According to Friedan, "togetherness" is the state in which a woman has no independent personality (B. Friedan, *The Feminine Mystique*, cit., p. 49). The feminine mystique "permits, even encourages, women to ignore the question of their identity." (ivi, p. 68). On this subject John Stuart Mill wrote that, when something was denied to a woman, it was believed appropriate to affirm, and necessary to believe, that by wanting it they were deviating from the true road to happiness. (J. Stuart Mill, *On Liberty and the Subjection of Women [1869]*, cit.). According to Catharine MacKinnon, women have a history, but it is a history both of what they were allowed to be and what they were not. (C. Mackinnon, *Le donne sono umane?*, cit, p. 35).

53 V. Woolf, *A Room of One's Own* [1929], London, Penguin, 2004.

Consequently, male responsibility and freedom were rhetorically understood as corollaries of autonomy; in the case of women, by contrast, they appeared as expressions of the network of dependencies in which they were enmeshed[54].

6. Responsibility in the neoliberal perspective: hyper-responsibilisation or feminisation?

At this point we should begin to reflect on the transformations of responsibility that neoliberalism has promoted.

Neoliberal ideology has notoriously given rise to a process of individual hyper-responsibilisation. Individuals are considered responsible for their own condition to a much larger degree than in the recent past, while the public sphere no longer systematically takes responsibility for solving their problems. In the context of European and Western democracies, the progressive dismantling of the welfare system has largely contributed to reinforcing a conception of individuals as entrepreneurs of themselves, and thus responsible for their success as well as their failures[55].

The neoliberal and liberal conceptions of responsibility thus seems to tend in the opposite direction: whereas the latter aimed to limit the responsibility of the individual (man), the former appears to aim at its progressive expansion. Moreover, whereas in the liberal conception individual responsibility considerably involved with the public sphere, the neoliberal one implies its removal therefrom.

So if we think about it, the processes of individual hyper-responsibilisation seem to correspond to dynamics of feminisation of responsibility itself.

In particular, the confusion between responsibility and responsibilisation, typical of the female condition, seems to have found a new translation in the neoliberal context.[56] The development of normative systems founded not on coercion but on "nudges"[57], and the laying of emphasis not so much on obligations, but rather on the "spontaneous" adherence to the social and political orders are typical characteristics of neoliberal law[58], but they bring to mind what was long inflicted on women: a combination of constriction and stigmatising rhetoric, which had nothing to do either with autonomy or freedom, or with power (much less self-determination).

Not coincidentally, a parallel process of redefinition of legal subjectivity is underway, starting from a new configuration of the principle of freedom, which allows for a reductionist interpretation of freedom itself and, above all, the presence of forms of freedom and of subservience attributable simultaneously to the same individual[59]. In the context of societies dominated by the neoliberal paradigm, therefore, the patriarchal model of female subjectivity — whereby women were in part free and in part enslaved — seems to have spread to such an extent as to become the paradigmatic model of neoliberal subjectivity[60].

Moreover, the same process seems also to have impacted the conception of responsibility: the model of female responsibilisation — generalising and at the same time detached from the *status libertatis* — seems to have become the new paradigmatic model of individual responsibility, for everyone.

As regards both freedom and responsibility, the neoliberal transcending of the gendered vision has thus resulted not in the emancipation of the exploited gender, but rather the enslavement also of the gender that was formerly privileged, in favour of a new human hierarchy tailored mainly to market

54 Hence the critical reflection promoted by feminism on the notion of dependency. For a reconstruction of philosophical thought in this regard and for a critique on the conception of the individual separate from relations, see A. Cavarero, *Inclinazioni. Critica della rettitudine*, cit., in particular pp. 45 ff.

55 S. Vida, *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, cit., especially pp. 491 ff.

56 P. Dardot, C. Laval, *The New Way of the World: On Neo-Liberal Society*, cit.

57 For a reconstruction, R.H. Thalerm, C. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Penguin, 2009; cf. G. Tuzet, *Nudge, paternalismi e principio del danno. Nota su un libro di Cass Sunstein*, in *Ragion pratica*, 2019, 2, pp. 637-660.

58 On this point see also O. Giolo, *Il diritto neoliberale*, Napoli, Jovene, 2020.

59 In this regard, see O. Giolo, *Sulla libertà delle donne*, in *La società degli individui*, 2017, 58, pp. 11-21.

60 In this regard, I again refer the reader to O. Giolo, *Brevi riflessioni sulla libertà nella prospettiva delle teorie critiche del diritto, al tempo del neoliberalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2019, 2, pp. 433-448.

needs, within which class, sex and race act as mechanisms of social differentiation according to a variable geometry.

In this respect, however, a contradiction seems to emerge, though it is actually only apparent. Given the rapid proliferation of forms of individual hyper-responsibilisation, the law seems to focus increasing attention on the recognition and promotion of responsibility within the private realm, based on compensation for damage and systems of retributive justice, in accordance with the mercantilist logic and contractual paradigm that represent the core of neoliberal ideology.[61]

Therefore, as things stand, neoliberalism seems on the one hand to radicalise the private dimension of justice and responsibility and, on the other hand, to inundate the individual condition with attributions of responsibility — more or less implicit — which range from caring for oneself to caring for the world. This has the effect of promoting a huge transfer of responsibility from the public sphere to the private sphere and at the same time responsibility itself, once explicitly provided for, has become implicit in nature, thanks also to the confusion — typical of contemporary legal systems — between the moral, political and legal dimensions.

7. Equality as the key: rethinking freedom and responsibility

With respect to freedom and responsibility, in view of the affirmed principle of equality, the legal framework has undergone major processes of reform, by virtue of which many of the most odious and conspicuous sexist discriminations have been abolished. At the same time, the levels of responsibility of men in the private domain — specifically as regards the family — and of female responsibility in the public domain — through access to the job market, political life and so on, have increased. The area of women's freedom has increased accordingly.

However, we should stress the fact that forms of implicit attribution of responsibility and of restriction of freedom have not disappeared altogether and, likewise, the confusion between responsibility and responsibilisation remains infrequently addressed in relation to gender.

There has been a much discussion about responsibility in recent decades; feminist theory has attempted on more than one occasion to focus the attention of the theoretical and political debate on the question of its distribution in egalitarian terms, in particular starting from a shared reflection on the relevance of care, the rhetorical nature of autonomy and, most recently, the notion of vulnerability[62]. The demands in respect of the distribution of family responsibility, the care of children and of relatives, housework, parental leaves, as well as the distribution of government offices, positions in boards of directors and in public institutions are simply demands to redefine responsibilities with a view to equality, rather than discrimination.

And yet, in contemporary public discourse the distribution of responsibilities — in both the public and private spheres — is still usually addressed and managed at the level of public policy as a question of "goodwill", to be da incentivised,[63] tied to the evolution of customs, habits, jobs, living spaces and emotional relationships. Without counting the fact that, very often, alongside such approaches, we see the cyclical emergence of regressive attitudes, which aim to reconfirm and reinforce the natural character of general female responsibilisation, encouraging in this case maternity leave, breastfeeding *sine die*,

61 M. De Carolis, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, Quodlibet, 2017, pp. 87 ff. See also O. Giolo, *La vulnerabilità neoliberale. Agency, vittime e tipi di giustizia*, in O. Giolo, B. Pastore (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018, pp. 253-273.

62 The reference is obviously to M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, 20, 2008-2009, pp. 1-23; for a further discussion, see M.G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, Giappichelli, 2016 and O. Giolo, B. Pastore (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, Carocci, 2018.

63 If we think about it, as an instrument incentives fall within the logic of orientation and promotion — and not imposition — of obligations and behaviours, again in line with neoliberal rhetoric, which does not, however, disdain authoritarian practices, due to its "dichotomous" character. The two different techniques of government — one "gentle" and the other violent — are aimed at different subjects, positioned in different areas of the social hierarchy (privileged, in the former case, marginalised, in the latter). Cf. also J. Butler, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, Harvard, Harvard University Press, 2015.For further considerations, see also F. Denozza, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Rivista del diritto commerciale*, n. 1, 2014, pp. 13-47; Id., *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in *Regole e mercato*, M. Rispoli Farina, A. Sciarrone Alibrandi, E. Tonelli (ed.), Torino, Giappichelli, 2017, pp. XI-XLV.

part-time work, and so forth[64]. That is to say, old and new images of women intersect; in any event, they do not resolve the large burden of responsibilities — implicit and explicit — women have to bear still today and which compromises their free condition, reducing it to fragments of freedom combined with enduring practices of subjugation[65].

Such dynamics are closely connected to the progressive undermining of the principle of equality in contemporary societies[66], from both a legal and political standpoint. By virtue of the principle of equality women were able to begin to dismantle the norms and practices that consolidated their enslavement; however, as a result of its weakening, they seem to be trapped once again under old and new schemes which have burdened them with a partially new set of responsibilities: which on the one hand involve men as well, thanks to the rhetoric of the entrepreneurial self; and which, on the other hand, propagate an idea of freedom that increasingly resembles a further stage in the process of hyper-responsibilisation, thanks to the criterion of free choice, rather than the emancipation from conditions of subjection.

Starting off once again from the principle of equality could thus offer the correct perspective for rethinking the connection between freedom and responsibility, while superseding the old patriarchal paradigm and the new neoliberal paradigm at the same time, by promoting a liberation that does not imply a renunciation of equality itself[67], or the enslavement of others in the name of attributing responsibility[68], nor is limited to a choice between limited or hetero-imposed options[69].

64 Cf. E. Badinter, *Le conflit entre la femme et la mère*, Paris, Flammarion, 2010.

65 For a reflection on this topic, see C. Cossutta, *"Il personale è politico". La ristrutturazione neoliberista della casa*, in *Il genere tra neoliberismo e neofondamentalismo*, F. Zappino (a cura di), Verona, Ombre corte, 2016, pp. 126-136.

66 Regarding this point, see generally L. Ferrajoli, *Manifesto per l'eguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2019.

67 The theory of difference, as is well known, conceives female freedom as a transcending of equality. On the issues raised by this approach, cf. D. Morondo Taramundi, *Il dilemma della differenza*, Aras edizioni, 2004.

68 As Letizia Gianformaggio writes, the "new subject" must transcend the model of political action typical of the male subject, which consists in "erecting one's own freedom on the slavery of others": the new subject must learn to be free without dominating, as a rational subject, but without suffocating or concealing feelings and passions, in L. Gianformaggio, *Soggettività politica delle donne: strategie contro*, in Ead., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 164-165.

69 Regarding this point, see again A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, cit., p. 55 ff.

Focus

Hate speech

*Kim Barker, Olga Jurasz**

Online Misogyny as a Hate Crime: An Obstacle to Equality?

Summary

1. Introduction - 2. The Online Phenomenon of Abuse: Misogyny in the Making - 3. The Misogynistic Hate Paradox: A Conceptual Misdirection - 4. Gender Equality and Discrimination - Where is the (Online) Harm? - 5. The Platform Problem: Better Regulation, not More - 6. Responses to Online Misogyny: Hope, not Hate? - 7. Conclusion – Squaring the Equality Circle?

Abstract

Le campagne per rendere la misoginia un crimine d'odio sono prevalenti, ma tali affermazioni confondono la situazione e sminuiscono le questioni fondamentali. I suggerimenti che la misoginia e l'odio siano intercambiabili non aiutano, e tali suggerimenti mancano delle sfumature e della comprensione olistica che quest'area del diritto richiede. Suggerire che la misoginia sia un crimine d'odio rappresenta erroneamente le sfide della misoginia e del pregiudizio misoginico. In quanto tale, questo articolo delinea la sfida posta dalla misoginia online e sostiene che rappresenta una significativa sfida partecipativa per la vita in una società digitale e rappresenta un ostacolo significativo all'uguaglianza. Nel sostenere questa argomentazione, l'impatto della misoginia online viene preso in considerazione in modo unico, collocando la misoginia all'interno del quadro dell'uguaglianza di genere.

Campaigns to make misogyny a hate crime are prevalent, but such claims confuse the situation, and detract from the core issues. Suggestions that misogyny and hate are interchangeable are unhelpful, and such suggestions miss the nuance and holistic understanding that this area of law requires. To suggest that misogyny be a hate crime misrepresents the challenges of misogyny and misogynistic prejudice. As such, this paper outlines the challenge posed by misogyny online, and argues that it poses a significant participatory challenge for life in a digital society and represents a significant obstacle to equality. In making this argument, the impact of online misogyny is given unique consideration, situating misogyny within the gender equality framework.

1. Introduction

Women across the digital world have embraced the promise of the Internet and all it offers for participation, engagement, community, and connectivity. This 'force for good' has been especially important in 2020 and 2021 given the reliance on all things digital and technological as lifelines during the Covid-19 pandemic.[1] However – and it is a significant caveat – the promise of participation does not come without

* Senior Lecturers in Law, Open University Law School (UK).
This paper has been double-blind peer reviewed

1 L. Taylor, *Love, Tach and Online Abuse in the Time of Coronavirus*, in *Thomson Reuters Foundation*, 2 January 2021 https://news.trust.org/item/20210104110922-bqn8t.

qualification nor without limitation. Where women have turned to online engagement, especially on digital platforms designed to foster and replicate community, or encourage sharing of content and opinion, significant volumes of vitriol, abuse, and hostility have been one of the predominant consequences.[2]

Where women have sought to speak out against this vitriolic and abusive content, it has led to a significant backlash, which encompasses yet more abusive messages – both directly and personally – and threats to rape, kill, or otherwise cause a range of harms. This "backlash" is broadly speaking encompassing of misogynistic behaviour – taken here to be defined as "prejudice directed against a woman because she is a woman."[3] The overly – and overtly – gendered nature of (i) the abuse and (ii) the backlash arise precisely due to systemic gendered biases. This – to some extent – replicates offline attitudes and patriarchal norms – but in online environments takes on a much more sinister tone. Misogynistic abuses are designed deliberately to make online spaces hostile for women; to counteract the promise of the entire sphere and deliberately silence women.[4]

The phenomenon of online abuse, particularly online misogynistic abuse has become much more prominent in the age of social media. It is not, however, a new phenomenon – misogynistic tendencies and prejudice pre-date the internet and social media but these instant forms of mass communication provide for new outlets of long-held and systemic attitudes. As Scotland's First Minister, Nicola Sturgeon MSP has stated:

> "There's a link between the misogyny and abuse that women experience offline and online… Social media is just a different way of committing these acts. Ultimately, it's the misogyny lying behind it that is the problem. So, it's that we have to tackle, not just the means by which people are able to spread their hate and misogyny and abuse."[5]

The legal responses to such prejudice and abuse have fallen far short of meaningfully addressing the issue. This article therefore explores the phenomenon of online misogyny, positioning it within the legal framework, and assessing the various branches of law which could – and have failed – to tackle it. The argument offered here focuses on the experiences of the UK in tackling online misogyny across a number of legal branches where action *could* be taken to address the phenomenon.

The discussion here addresses the lack of a holistic and systematic approach to the problematic phenomenon of online misogyny. It critiques the suggestion that introducing a misogynistic hate crime offers – as has repeatedly (and confusingly) been suggested[6] – a catch-all solution and it scrutinises the (in)action of platforms with regard to tackling online misogyny. In advancing this argument, this paper highlights the inequalities that a failure to address online misogyny perpetuates, and advocates for a holistic approach to tackling the – now – normalised phenomenon of online misogyny, and gender-based abuse online. As such, this paper outlines the challenge posed by misogyny online, and argues that it poses a significant participatory challenge for life in a digital society, but one that has gone unchecked, and unrecognised by the disparate branches of the legal system.

2. The Online Phenomenon of Abuse: Misogyny in the Making

In a society that is ever more connected, digitalised, and dependent on technology, the potential for the Internet to offer enhanced engagement, connection, and communication is unrivalled. The manner, medium, and reach of online interactions, social media, and internet platforms reduces geographical distance, and opens up new channels of consumption that have never been seen on such a scale previously. In doing this, the ability of groups that are marginalised, or less vocal in physical society, to

2 For instance, event hosting of International Women's Day events attracts online vitriol and backlash, including through Zoombombing of online events: S. Little, *B.C. group's International Women's Day event hit by racist, sexist 'Zoom bomb,* in *Global News*, 7 March 2021 https://globalnews.ca/news/7682309/womens-day-zoom-bomb-sexist/.

3 K. Barker & O. Jurasz, *Online Misogyny as a Hate Crime: A Challenge for Legal Regulation?* London, Routledge, 2019, p. xiv.

4 K. Barker & O. Jurasz, *Online Misogyny: A Challenge for Digital Feminism?* in *Journal of International Affairs* 2019, no. 72(2) p95-113; 95.

5 Amnesty International, *Toxic Twitter – A Toxic Place for Women*, March 2018, https://www.amnesty.org/en/latest/research/2018/03/online-violence-against-women-chapter-1/.

6 K. Barker & Olga Jurasz, *Why misogyny and hate crime reforms need more than slick campaigns*, in *The Conversation*, 26 March 2020 https://theconversation.com/why-misogyny-and-hate-crime-reforms-need-more-than-slick-campaigns-134265.

engage and have their voices heard is greatly enhanced. Digital, internet communication platforms and technologies offer an outlet and reach that can empower such groups, and individuals too, to engage. In this way, there is a utopian ideal at the centre of what the Internet – as a tool for 'good' – can offer.

The idea of everyone being able to engage and speak out is tantalising as an equaliser. The reality for many though, never quite reaches this ideal. The technological capabilities, digital divide, and risks of engaging in this way are all barriers to the ideal of an internet for all, and a fully participatory utopia. Furthermore, the rise of new technologies, whilst empowering on one hand, has also contributed to the rise of technologically facilitated abuse, which frequently takes on gender-based and/or sexualised forms. For instance, technologically facilitated abuse has become increasingly common in the context of intimate partner/ domestic violence[7], whilst critical literature on gendering algorithms highlighted gender biases and intersectional accuracy disparities[8] which reinforce gender biases and stereotypes which, in turn, feed into cycles of violence. These challenges make the dream make the potential harms of engaging very real.[9] One of these harms, and one of the most topical, prominent risks, is that of the 'backlash'. In daring to engage online, women are exposing themselves to invasive, harmful, and pervasive abuse, particularly given the immediacy of disagreement. The risk of engaging online means greater exposure, greater reach, and potentially greater impact. All of these are potentially excellent – but when things go wrong, or there is a backlash, it is often amplified online, rendering the utopian dream of a participatory space for all a myth:

> "The Internet, and digital media generally, offer enormous potential as spaces for engagement, activism, and contentious debates. The ideal of an all-inclusive, participatory space that is genuinely open to all poses a challenge… Online spaces and platforms are notoriously hostile places for women who dare to share opinions or speak out against the crowd."[10]

The downside to the Internet's potential is particularly prevalent with social media, and online abuse, particularly that with a gendered dimension or misogynistic undercurrent. The rise in online engagement has been matched by the phenomenon of abuse directed at those who dare to engage online. Participation online could – and should – mean marginalised or less popular opinions can be given a space for discussion and debate. Unfortunately, the participatory element of the Internet and digital spaces means that those who participate are often met with abuse – in 2021 it seems that the common response to anything is to launch or participate in an online attack at the people involved. This is further amplified where intersectional online abuse takes place. For instance, Amnesty International highlighted disproportionately higher level of online abuse experienced by black women in politics[11] whilst other studies confirm that transgender[12]individuals experience higher rates of online abuse and harassment overall and higher rates of sexualised and/or gender-based forms of such abuse than heterosexual cisgender individuals. This undermines the idea of the ability for all to be able to participate freely in entire spaces and means that some groups and figures – especially women – are driven offline[13].

With the backlash that prominent figures experience in online spaces becoming ever more impactful, there is an even greater risk for women, especially women in politics or women in other prominent, high-profile public roles. This is increasingly apparent through recent notable examples. For instance, Sonja McLaughlan, the BBC Sport presenter suffered an outburst of online abuse on Twitter for asking

7 D. Woodlock, *The Abuse of Technology in Domestic Violence and Stalking* in *Violence Against Women*, 2017, no. 23(5), pp. 584-602; H. Douglas, B. A. Harris & M. Dragiewicz, *Technology-facilitated Domestic and Family Violence: Women's Experiences* in *The British Journal of Criminology*, 2019, no.59(3), pp551-570.

8 C. Madhusudhanan, *AI through an Intersectional lens* in *Femme First Foundation,* 17 May 2021 https://www.femmefirst.org/post/ai-through-an-intersectional-lens; J. Buolamwini & T. Gebru, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification* in *Proceedings of Machine Learning Research*, 2018, pp77-91; E. Fosch-Villaronga, A. Poulsen, R. A. Søraa, & B. Custers, *Gendering algorithms in social media*, in *SIGKDD Explorations Newsletter*, 20201, no.23(1), pp24–31.

9 K. Barker & O. Jurasz, *ivi,* p.3; T. Berners-Lee, *Why the web needs to work for women and girls* in *The Web Foundation*, 12 March 2021 https://webfoundation.org/2020/03/web-birthday-31/.

10 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 4, p.95.

11 A. Dhordia, *Unsocial Media: Tracking Twitter Abuse Against Women MPs* in *Medium*, 4 September 2017 https://medium.com/@AmnestyInsights/unsocial-media-tracking-twitter-abuse-against-women-mps-fc28aeca498a.

12 A. Powell, A. J. Scott, & N. Henry, *Digital harassment and abuse: Experiences of sexuality and gender minority adults* in *European Journal of Criminology*, 2020, no.17(2), pp199–223.

13 Amnesty International, *ivi* 5; Letters, *To end online harms we must address misogyny* in *The Guardian*, 6 September 2019 https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2019/sep/06/to-end-online-harms-we-must-address-misogyny.

difficult questions during the 2021 Six Nations championship.[14] The abuse sent directly to her on Twitter, in her own words, left her in tears.

Figure 1: Sonja McLaughlan tweet that left her crying (27 February 2021).[15]

The abuse reported by McLaughlan is, sadly, not an isolated nor unusual incident, but serves to highlight the severity, and impact of such levels of abuse. Other prominent figures who have recently experienced significant online abuse include sports figures as well as women in politics.[16] For instance, ex-England international footballer Karen Carney deleted her Twitter account as a result of abuse that she received following her punditry on the BBC in December & January 2021,[17] but hers is not an isolated example. Sports journalists have also highlighted the abuse they receive,[18] reinforcing the point that Sonja McLaughlan's experience is not an unusual occurrence.[19] The ease with which online abuse can be communicated leads to situations where abusive messaging is not isolated, and very rarely a 'one-off'.

The scale of online misogynistic abuse is significant – even overwhelming, highlighting the broader challenge posed in respect of enfranchising women to play an equal role in the digital and public sphere.[20] Of significant concern are two distinct factors which highlight the dangers and barriers for women seeking to engage online. First, the protections for women that are designed to prevent and online abuse, online violence, and combat online misogyny are inadequate. Second, the leading and most heavily used social media platforms have been developed and built by men, and – at least at their conception – embodied some of the problematic attitudes that in today's online worlds lead to misogynistic abuse, and online violence against women. Zuckerberg – the Facebook founder – for instance

14 Observer Sport, *BBC's Sonja McLaughlan reveals online abuse over Owen Farrell interview* in *The Guardian*, 27 February 2021 https://www.theguardian.com/sport/2021/feb/27/bbcs-sonja-mclaughlan-reveals-online-abuse-over-owen-farrell-interview.

15 Full tweet and thread available at: https://twitter.com/Sonjamclaughlan/status/1365757473462829066.

16 S. Watson, *Analysis shows horrifying extent of abuse sent to women MPs via Twitter* in *The Conversation*, 6 November 2019 https://theconversation.com/analysis-shows-horrifying-extent-of-abuse-sent-to-women-mps-via-twitter-126166; K. Barker & O. Jurasz, *Gendered Misinformation & Online Violence Against Women in Politics: Capturing legal responsibility*? in *CoInform*, 2019 https://coinform.eu/gendered-misinformation-online-violence-against-women-in-politics-capturing-legal-responsibility/; L. Cater, *Finland's women-led government targeted by online harassment* in *Politico*, 17 March 2021 https://www.politico.eu/article/sanna-marin-finland-online-harassment-women-government-targeted/.

17 BBC, *Karen Carney: Ex-England international deletes Twitter account after online abuse* in *BBC Sport*, 1 January 2021 https://www.bbc.co.uk/sport/football/55485336.

18 P. MacInnes, *Sky Sports tries to tackle online abuse after lockdown surge* in *The Guardian*, 1 October 2020 https://www.theguardian.com/football/2020/oct/01/sky-sports-online-abuse-lockdown-surge-sexism-racism.

19 S. Spain, *Grace under fire: Women in media shouldn't have to 'ignore' abuse* in *espnW.com*, 27 April 2016 https://www.espn.com/espnw/voices/story/_/id/15412369/women-sports-media-ignore-abuse; D. Fraser, *'Hate won't stop us' Sky Sports presenters read out horrific online abuse including sick barb over death of brother in bid to combat trolls* in *The Sun*, 1 October 2020 https://www.thesun.co.uk/sport/football/12820594/sky-sports-presenter-horrific-abuse-trolls/.

20 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 4, p.95; Amnesty International, *ivi* 5.

developed the platform as it is now on the back of a slightly different website that was developed to allow users to compare two photos of women and vote for which was the most attractive.[21] This – while arguably a prank – shows the so-called 'harmless' behaviours which enshrine patriarchal norms. The platforms that founders such as Zuckerberg have developed have grown out of the shadows of such pranks. As such, it is of little surprise that there remain woeful responses to the online abuse of women but especially the abuse of women on social media platforms. There is – at the time of writing – still no specific reporting category available for misogynistic abuse, nor gender-based prejudice on Facebook. Other platforms – including Twitter where huge amounts of online abusive communications have been shared – fare little better in this regard.

There are therefore significant disbenefits for women to openly engaging in online spaces that are – at least notionally – open to all. Whilst they create spaces for dialogue, the potential of these 'truly equal' spaces is undermined by the lack of control, and protections for all of those who seek to participate here, but especially women. It is in some respects, confusing as to why these online spaces (which claim to be open to all) have not addressed an issue which predates their existences: discrimination and inequality, which are also embodied in online hate and online misogyny.

3. The Misogynistic Hate Paradox – A Conceptual Misdirection

The online abuse of women, and online misogyny are two phenomena that present contemporary societal challenges. In recent years, there has been increased interest amongst law and policy makers in highlighting the issue of gender-based hate. Alongside this, the prevalence of misogyny and misogynistic abuse – whilst certainly not a new phenomenon – has been gaining public attention and coverage. For instance, the Council of Europe has recognised that

> "[h]ate speech is not limited to racism and xenophobia: it may also take the form of sexism, antisemitism, Islamophobia, misogyny, homophobia, and other forms of hate speech directed against specific groups or individuals" emphasizing that "[s]uch forms of behaviour, which are not accepted offline, are equally unacceptable online"[22].

Across the UK alone, the question of the inclusion of gender within hate crime frameworks has been raised in proposals for law reform across all three of the national jurisdictions comprising the UK legal system[23]. In addition, in Scotland, the creation of a new offence of misogynistic harassment has been proposed in recognition of the widespread nature of misogynistic abuse both online and offline[24]. Whilst these developments have certainly marked a significant shift in focus of the public debate towards these pressing issues, they have also brought to the fore a range of legal uncertainties resulting from such proposals, not least regarding the legal definitions of key terms and legal categories involved. In the context of hate crime law reform in particular, in England, the distinctions between gender-based hate and misogyny hate crime have become blurred. As we argue elsewhere, a number of campaigns – whilst well intended – have contributed to painting a misleading picture of the proposed changes to the law by conflating the key concepts of misogyny as hate crime and gender-based hate.[25] It is therefore important to distinguish between misogyny and hate. The two are not the same, and while there

21 S. Levy, *Facebook: The Inside Story*, Penguin, 2020, p.48-49; S. Annear, *A congressman asked Mark Zuckerberg if 'Facemash' was still up and* running in *Boston Globe*, 12 April 2018, available at https://www.bostonglobe.com/metro/2018/04/12/congressman-asked-mark-zuckerberg-facemash-was-still-and-running-online/IBtqskC771xtkLf6QcQrzL/story.html; K. Barker & O. Jurasz, *Text-based (sexual) abuse and online violence against women: towards law reform?* in *Technology-Facilitated Violence and Abuse – International Perspectives and Experiences*, J. Bailey, A. Flynn and N. Henry (ed), Bingley, Emerald, 2021, pp. 259.

22 PACE, *Resolution 2144 on ending cyberdiscrimination and online hate*, 25 January 2017, para.2.

23 Scottish Government, *One Scotland: Hate Has No Home Here. Consultation on amending Scottish hate crime legislation,* November 2018 https://consult.gov.scot/hate-crime/consultation-on-scottish-hate-crime-legislation/user_uploads/sct08182935681.pdf; K. Barker & O. Jurasz, *Hate Crime Legislation in Northern Ireland – An Independent Review: Consultation Response*, 2020 http://oro.open.ac.uk/71116/; Law Commission, *Hate Crime Laws. A Consultation Paper*, September 2020 https://www.lawcom.gov.uk/project/hate-crime/.

24 K. Barker & O. Jurasz, *Misogynistic Harassment: Advancing Scots Criminal Law?* in *Scottish Legal News*, 7 February 2020 https://www.scottishlegal.com/article/misogynistic-harassment-advancing-scots-criminal-law; K. Barker & O. Jurasz, *Misogynistic Harassment: A Stumbling Block for Scots Hate Crime Reform?* in *Juridical Review*, 2021, no. 1, pp.14-17.

25 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 6.

are some shared elements focussing on the prejudice against women, hate and misogyny are different issues, should be treated differently within the legal system, and must not be conflated.

In an online context, this hostility is – to coin internet parlance – "levelled up" so that the hostility becomes textualized, more prominent, and voluminous. In categorising, and conceptualising online misogyny, it is essential to recognise the societal foundation of misogyny itself, not only to illustrate the scale of the problem but also to contextualise the impact of such vitriol on the targets of it, and the wider community. After all, the underpinning raison d'être of misogyny, alongside structural and patriarchal societal factors, is hostility towards women because they are (or are identified by the perpetrator) as women. Accordingly, we define misogyny in online contexts as: "a form of gender-based cyberhate, directed at women because they are women"[26]. Consequently, in utilising this definition, there is both a line and distinction to be drawn between misogyny and hate. There is – as we argue elsewhere[27] – a connection between the two concepts, but the overlap between misogyny and hate does not equate to one and the same thing.

Hate is a much broader concept which underpins the hate crime legislation as well as hate crime discourse. Misogynistic hate is one of many possible forms of hate speech – as acknowledged by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.[28] However, in legal terms, it is difficult to rationalise the conceptualisation of misogyny (as opposed to sex or gender) as a protected characteristic[29]. If misogyny is to be a hate crime, then this would require – in England & Wales, and Scotland – the law to protect misogyny as a characteristic in a similar way to transgender identity or religion[30]. This is a short-sighted approach in that it is not the misogyny that ought to be protected and enshrined in the law, but rather the underlying characteristic i.e., that of gender, and as the factor which generates the hostility[31]. To suggest that misogyny itself – as the outcome not the characteristic – be protected is potentially more damaging than not acting at all. At the very least, it focuses narrowly on the notion of misogynistic abuse rather than gender-based abuse, which in turn has potential implications on the conceptualisation of harms arising from such abuse – especially when it happens online.

4. Gender Equality and Discrimination - Where is the (Online) Harm?

Through the existences of such online spaces, the (analogue) patriarchal societal models that have flourished are now replicated in digital form, recreating the norms, and conventions that have perpetuated inequality offline. What is increasingly lost in discussions of online abuse, and the online abuse of women – which manifests itself as online misogyny – is the unequal and discriminatory effect such abuse has. That is not to suggest that online abuse does not have a wide-ranging impact across a range of demographics, but the scale, severity, harm, and gendered nature disproportionately impacts upon women[32]. The online misogynistic abuse of women is therefore nothing other than the digital manifestation of violence against women (VAW). As such, online misogynistic abuse is not a new phenomenon – rather, it ought to be viewed as a set of behaviours which stem from the same structural causes as VAW: discrimination of women, gender inequalities, patriarchy, which are fuelled and exacerbated by the pervasiveness of gender stereotypes. However, online environments provide a relatively new and fertile ground for these gendered and abusive behaviours, which differ somewhat from the offline environments where misogynistic abuse takes place. Online misogyny brings an additional layer of complexity which is played out through the combination of the anonymity of the abuser(s) and hypervisibility of such abuse which can be easily amplified through reposting of abusive content by other users or practices such as dogpiling.

26 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 3, p25; K. Barker & O. Jurasz, *Online Misogyny as a Hate Crime: # TimesUp?* in *Misogyny as Hate Crime,* J. Smith & I. Zempi (ed), London, Routledge 2021.

27 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 26.

28 PACE, *ivi* 22.

29 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 26.

30 §§ 145 and 146 Criminal Justice Act 2003; § 2 Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009; § 1(2) and 4 Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021.

31 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 3; K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 26.

32 Amnesty International, *ivi* 5.

Yet, online misogynistic abuse has gone relatively unchecked to date, despite its growth and prevalence, indicating its systemic character. The misogynistic abuse of women online is therefore nothing novel nor surprising in its nature – it is long-standing prejudice which has found a new mouthpiece in online forms. Misogyny is not a new phenomenon, but it is one that retains discriminatory and unequal principles at its core, and which has now spread to the online environment.

At an international level, the principles of equality and non-discrimination are deeply enshrined in the language of legal obligations and core human rights principles. For instance, The Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979 (which is the key instrument protecting women's rights at an international level) places due diligence obligations on state parties to the Convention with respect to eliminating all forms of violence against women[33]. This covers both sex-based and gender-based forms of discrimination[34] as well as both direct and indirect forms of discrimination[35]. Similarly, there is a firmly established commitment, at international and regional levels, to tackling violence against women, which is now also recognised as a form of discrimination[36] and includes technology-mediated environments, such as the Internet and digital spaces[37]. These commitments accumulate under the umbrella of Sustainable Development Goals – more specifically, gender equality (SDG5). The targets of SDG5 include not only the eradication of all forms of discrimination against women and girls (SDG 5.1.) and violence against women and girls (SDG 5.2.) but also seek to ensure women's full and effective participation in political and public life (SDG 5.5.). Nowadays, both public and political life is heavily reliant on and plays out in the online domain, including social media. As such, it is crucial that online spaces are free from gender-based discrimination and gender-based violence which have a curtailing effect on the participatory rights of women[38].

Online violence against women, including online misogynistic abuse, threatens women's and girls' freedom of expression online. Online misogyny is not only a form of online violence against women, but also a serious and contemporary challenge to gender equality, non-discrimination of women and women's rights – especially the right to participate in public and political life as well as the right to freely express themselves without threats of violence or discrimination. Emerging studies suggest the silencing effects of online abuse, including its misogynistic forms, on women. Khoo notes that "[T]he most common response to facing online abuse and harassment is that women reduce their online activities, avoid certain social media platforms or conversations, withdraw from expressing their views, or self-censor if they continue to engage online"[39]. For instance, alarmingly, the UK Girlguiding Girls' Attitude Survey (2016) showed that 49% of the 1600 surveyed girls aged 11-16 and 44% of young women aged 17-21 felt unable to express their views in an online environment[40]. The silencing effects of online abuse and violence are also felt by prominent women, who are subjected to volumes of online abuse[41] and who frequently withdraw from participating online and public life as a result of abuse received. This impact is particularly felt amongst women politicians, who increasingly attribute their departure

33 Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979 (hereafter: CEDAW).

34 Although the Convention only explicitly refers to sex-based discrimination, the CEDAW Committee clarified in General Recommendation 28 on the core obligations of States parties under Article 2 of the CEDAW that the Convention extends to gender-based discrimination too (para. 5).

35 CEDAW General Recommendation 28, para.16.

36 CEDAW, General Recommendation 19, paras.1, 6.

37 CEDAW, General Recommendation 35, para.20.

38 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 4, pp.104-106.

39 C. Khoo, *Deplatforming misogyny. Report on Platform Liability for Technology-Facilitated Gender-Based Violence*, 2021 https://www.leaf.ca/publication/deplatforming-misogyny/.

40 *Girlguiding, Girls' Attitudes Survey 2016*, 17-19 www.girlguiding.org.uk/globalassets/docs-and-resources/research-and-campaigns/girlsattitudes-survey-2016.pdf.

41 See, for example: A. Dhordia, *Unsocial Media: Tracking Twitter Abuse Against Women MPs* in *Medium*, 4 September 2017 https://medium.com/@AmnestyInsights/unsocial-media-tracking-twitter-abuse-against-women-mps-fc28aeca498a.

from office to the online abuse and harassment suffered while in elected office,[42] but also women journalists[43] and human rights defenders[44].

The impact of online violence on women's and girls' freedom of expression highlights the need for a broader conceptualisation of online harms arising from such forms of abuse. As we argue elsewhere, the categorisation of harm must transgress the dichotomy of physical and emotional/ psychological impact which dominates the discourse on online harms[45]. The spectrum of online harms arising from gender-based abuse online is diverse and, in this context, ought to include participatory and democratic harms[46]. Furthermore, where misogynistic content is used to abuse women and girls online, consideration needs to be given to the broader social harm caused. In particular, the hypervisibility of online misogynistic abuse, strengthened by the lack of accountability, perpetuates the everyday violence against women, not only normalising it[47], but also contributes to its escalation. It is in this context that the role and responsibilities of platforms become central to ensuring that abusive content – especially in its misogynistic and gender-based forms – is treated seriously and addressed adequately.

5. The Platform Problem: Better Regulation, not More

While discussions of internet regulation are not new, they have recently occupied the agendas of a number of law-making and political bodies with an intensity rarely previously seen. Contemporary developments focus on the potential of policing content, and the almost unresolvable categorisations content (and speech) as a result. These are particularly difficult to resolve in respect of the division between harmful but not illegal content, and illegal content posted on social platforms online. Such a division presents a number of difficulties for content such as that which contains misogynistic online abuse.

It is this artificial – and unhelpful – distinction which has dominated discussions of attempts to create – and impose – liability for online content since the Internet developed a user-generated content element to it. It is also this legacy which has been retained across Europe, with the liability shield provisions of the eCommerce Directive[48], and its soon-to-be successor, the Digital Services Act 2020[49] which retains the liability shield provisions established over 20 years ago[50]. Significantly, the distinctions between active and passive hosts have been codified within the DSA – resolving the situation from the e-Commerce Directive, and offering some additional clarity for platforms in respect of their roles regarding online content[51]. While this step potentially offers clarity for platform providers, it does little to assist women online given that platforms now have codified distinctions to allow them to remain passive, and therefore not prejudice their liability shield by taking an active role in editorialising content posted on their platforms. In some respects, the benefits of increased codification for platform providers are a further obstacle for tackling gender-based abuse online. Interestingly, when seeking to position

42 K. Barker & O. Jurasz, *Gendered Misinformation & Online Violence Against Women in Politics: Capturing legal responsibility*? in *CoInform*, 2019 https://coinform.eu/gendered-misinformation-online-violence-against-women-in-politics-capturing-legal-responsibility/.

43 UNESCO, *The Chilling: Global trends in online violence against women journalists*, May 2021 https://en.unesco.org/sites/default/files/the-chilling.pdf.

44 Kvinna till Kvinna, *#femdefenders. The hatred towards women human rights defenders – online and offline*, October 2018 https://kvinnatillkvinna.org/wp-content/uploads/2018/10/10-Femdefenders-the-hatred-against-women-ENG.pdf; UN HRC, The impact of online violence on women human rights defenders and women's organisations. Statement by UN High Commissioner for Human Rights Zeid Ra'ad Al Hussein, 38th session of the Human Rights Council, 21 June 2018 https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=23238&LangID=E.

45 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 21, p. 259.

46 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 21, p. 257.

47 K. Barker & O.Jurasz, *ivi* 3, Chapter 2; C. Khoo, *ivi*, 39, p. 60.

48 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 *on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market* [2000] OJ L178/1.

49 European Commission, *The Digital Services Act package*, 26 April 2021, https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package#ecl-inpage-klc959ki.

50 eCommerce Directive, *ivi 48*, Articles 12-15.

51 Digital Services Act 2020, Recital 18.

online misogyny, or online violence against women, these forms of online speech fall into the blurry categorisations of content under the current platform regulations, creating uncertainty as to whether there is any obligation on a particular platform to address it or not.

The regulation of online platforms has consistently overlooked gender-based abuse online. Where discussions of internet regulation, online content regulation, and hate speech online are mooted, discussed, or even proposed, these tend to overlook the online abuse of women, online misogyny, and online hate speech targeting women.[52] The long-established model relating to liability shields[53] casts a very long shadow over internet content regulation across the European Union, and its legacy is difficult to overcome even where there is a clear political appetite to do so – such as that evident with the Digital Services Act 2020.

Concerns over increasingly polarized societies, and inequalities have led to a number of national 'online hate speech' laws in recent years, ostensibly in an attempt to tackle online hate speech, and social media platforms, while regulating the technological impacts upon society and democracy[54]. Various EU member states have taken action domestically to address what is broadly conceived as online hate speech, and who have sought to introduce legislation beyond – and arguably – in contravention of the DSA and its broader scope. National laws in Germany, France, and Austria have all been implemented to 'beef up' national hate speech provisions. These independent but national initiatives generally attempt to impose greater controls and stricter standards on social media platforms operating within national territories.

These national laws tend not be in alignment with each other, nor broader regional initiatives, such as the Digital Services Act. They also – inevitably – focus on different priorities under the same broad umbrella of online hate speech / hate speech, or instead focus on online regulation without highlighting the interrelationship with other areas of law such as offensive communications or hate speech laws. For instance, the UK's Online Safety Bill (formerly known as the Online Harms package)[55] attempts to sidestep the issues of online hate speech together with the categorisation of content, and instead, impose duties of care on platforms to ensure that certain harms do not arise as a result of content posted on their platforms[56]. In Germany, which introduced one of the first – and most controversial – national laws to govern online content as a standalone domestic provision separate from the EU regulations in this area, the Network Enforcement Act (NetzDG)[57] was introduced to tackle social media platforms. It seeks to regulate hateful speech online and imposes a liability structure requiring strict removal of content, or financial penalty. It has attracted significant outcry from freedom of expression advocates[58], as well as the social media platforms it seeks to regulate, with the law itself being deemed unconstitutional[59].

Despite its controversy, the NetzDG has still paved the way for other European states to follow suit – some of which have used it as a model[60], while others have used the German boldness to move ahead with legislation that is not EU compatible as a shield to do similar. In Austria, for instance, the German

52 K. Barker & O, Jurasz, *Online violence against women as an obstacle to gender equality: a critical view from Europe* in *European Equality Law Review,* 2020, no. 1 pp47-60 https://www.equalitylaw.eu/downloads/5182-european-equality-law-review-1-2020-pdf-1-057-kb.

53 *Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*. COM(2020) 825.

54 L. M. Neudert & N. Marchal, *Polarisation and the use of technology in political campaigns and communication*, in *European Parliamentary Research Service (STOA)*, March 2019. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634414/EPRS_STU(2019)634414_EN.pdf,

55 Online Safety Bill 2021; HM Government, *Online Harms White Paper: Full government response to the consultation,* 2020, Cmd 354.

56 Duties of care to include (amongst others): the illegal content risk assessment duty; illegal content duties; rights to freedom of expression and privacy duties; reporting and redress duties; record-keeping and review duties; children's online safety duties; and adults' online safety protection duties. See Online Safety Bill 2020, s5.

57 Network Enforcement Act (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) 2017.

58 Reporter ohne Grenzen (ROG), *The Network Enforcement Act apparently leads to excessive blocking of content*, in *ROG News*, 3 August 2018, https://rsf.org/en/news/network-enforcement-act-apparently-leads-excessive-blocking-content.

59 A. Heldt, *Germany is amending its online speech act NetzDG… but not only that* in *Internet Policy Review*, 6 April 2020 https://policyreview.info/articles/news/germany-amending-its-online-speech-act-netzdg-not-only/1464.

60 . J. Mchangama & J. Fiss, *The Digital Berlin Wall: How Germany (Accidentally) Created a Prototype for Global Online Censorship* in *Justitia*, November 2019 http://justitia-int.org/wp-content/uploads/2019/11/Analyse_The-Digital-Berlin-Wall-How-Germany-Accidentally-Created-a-Prototype-for-Global-Online-Censorship.pdf; J. Mchangama & N. Alkiviadou, *The Digital Berlin Wall: How Germany (Accidentally) Created a Prototype for Global Online Censorship – Act Two* in *Justitia*, September 2020

NetzDG example has been followed, almost as a direct inspiration, through the KoPL-G[61], which seeks to introduce high levels of financial penalty for platforms that fail to address problematic content within the required time frame. It has a number of striking similarities to the NetzDG and has attracted similar controversy. These are not the only examples though – in other European states, such as France and Italy, legislation has unfolded with a slightly different focus, albeit one that notionally seeks to capture hate speech and online content regulation. In Italy, for instance, recognition has been given to hatred against women in draft anti-misogyny laws[62], whereas France is adopting a more draconian approach through its Loi Avia[63]. Despite all of these national initiatives, few of them specifically address gender-based abuse online, nor gender-based hate. The willingness and appetite to legislate on hate and online hate in particular is a significant development, but it still falls short of addressing the phenomenon of online misogyny and gender-based abuse online.

Other European states are taking different measures, using hate crime provisions and internet regulation, to shift what public debate can and cannot comment on – notable especially in Hungary[64] and Poland[65]. The Freedom of Speech Act[66] also follows – at least in part – the German NetzDG example, by seeking to introduce financial penalties. It also contains proposals to do other things, including establishing what is referred to as a 'Freedom of Speech Council'[67].

Beyond isolated examples though, none of these national initiatives – which all claim to be addressing either hate speech and hate crimes, and / or content regulation – address the issue of online misogyny or the broader phenomenon of online violence against women. The UK's draft Online Safety Bill and the Italian hate bill are isolated examples, where *some*[68], elements of the phenomenon have been recognised, but neither one places women explicitly within their remit. The UK Online Safety Bill for instance provides scope to recognise the impact of online abuse as one of the categories of 'content that is harmful to adults'[69] – an improvement – but simultaneously does not recognise the gendered elements to it. Meanwhile, the Italian draft law recognises the prejudice women receive[70], but does not explicitly acknowledge the enhanced aspect of this in online environments and social media platforms. The DSA also falls short in this regard, albeit was not charged with regulating online hate speech nor gender-based abuse online specifically.

While the DSA is long overdue, it is not a tool designed to address content like that of online misogynistic abuse, focusing instead on regulating service providers. The ongoing discussions of illegal versus legal but harmful content offer little in the way of hope for addressing the phenomenon of online misogyny phenomenon. The – best – that can be hoped for at present is that platforms use their new duties under the DSA to introduce more than minimal standards on their individual platforms. While this approach may offer some potential opportunities – but nothing more – a lot still needs to be done by platforms with little onus to do so.

https://futurefreespeech.com/wp-content/uploads/2020/09/Analyse_Cross-fertilizing-Online-Censorship-The-Global-Impact-of-Germanys-Network-Enforcement-Act-Part-two_Final.pdf

61 Communication Platforms Act 2020.

62 The so-called 'Zan bill' 2020. See: M. Rubino, *Omotransfobia, la commissione Giustizia dà il via libera al testo. La legge in aula alla Camera il 3 agosto* in *La Repubblica*, 29 July 2020, https://www.repubblica.it/politica/2020/07/29/news/omofobia_ok_accordo_legge_aula_camera_3_agosto-263148982/.

63 Bill No 1785 Aiming to Fight Against Hatred on the Internet ('Avia' Bill) 2020.

64 N. Đorđević, *Poland and Hungary are gunning for the social media giants* in *Emerging Europe*, 4 March 2021 https://emerging-europe.com/news/poland-and-hungary-are-gunning-for-the-social-media-giants/.

65 Reporters Without Borders, *Poland's new social media law puts freedom of expression at risk, RSF warns*, 28 January 2021 https://rsf.org/en/news/polands-new-social-media-law-puts-freedom-expression-risk-rsf-warns; A. Easton, *Poland proposes social media 'free speech' law* in *BBC News*, 15 January 2021, https://www.bbc.co.uk/news/technology-55678502.

66 Ministerstwo Sprawiedliwości, *Zachęcamy do zapoznania się z projektem ustawy o ochronie wolności użytkowników serwisów społecznościowych*, 1 February 2021 https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/zachecamy-do-zapoznania-sie-z-projektem-ustawy-o-ochronie-wolnosci-uzytkownikow-serwisow-spolecznosciowych.

67 M. Sałajczyk, *Online Freedom of Speech Bill in Poland* in *Lexology*, 3 February 2021, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3ae0a3cc-fdef-4d88-9f60-a91ea285fc41.

68 Emphasis added.

69 Online Safety Bill 2021, s46(2); s46(3).

70 M. Rubino, *ivi* 62.

The pan-EU DSA could – and should – have considered online misogyny and online violence against women. That it does not, and instead returns to the ideas of distinguishing illegal versus harmful content keeps alive the idea that platforms can simultaneously avoid responsibility for the content they host and circumvent needing to introduce mechanisms to address all forms of harmful content, rather than only illegal content. It is particularly noteworthy that despite other legislative initiatives addressing – for example, extremist content online,[71] that not all illegal content is given the same focus and attention. While the potential consequences for society are more evident from allowing extremist content to go unchecked, there are also profound harms for allowing online misogyny (as a form of online violence against women), and gender-based prejudice to go unchecked but also unchallenged.

Similarly, where legal provisions do not recognise online misogyny, online platforms themselves have done little to proactively address online misogyny and the gendered abuses prevalent across their sites. For instance, while reporting mechanisms exist for users to complain about posts and / or content that they believe to be problematic, the categories usually do not include an option to report on the basis of gendered prejudice or online misogyny, or gender-based abuse. For instance, while Twitter's Rules now allow for the reporting of abuse/harassment, defined by Twitter as: "wishing or hoping that someone experiences physical harm"[72] and for the reporting (in a separate category) of 'Hateful conduct' defined for Twitter as content which could: "promote violence against, threaten, or harass other people on the basis of race, ethnicity, national origin, caste, sexual orientation, gender, gender identity, religious affiliation, age, disability, or serious disease"[73], there is no specific category to report gendered abuse – users must choose to report the abuse as abuse/harassment, or report it as hateful conduct so as to capture the gender element specifically. This causes an additional layer of confusion when navigating the regulation of online misogyny, online violence against women, and online hate speech. Not least because while abuse/harassment can be reported under the Twitter Rules[74], these categorisations do not conform nor align to national laws[75]. Where platforms therefore have enacted mechanisms by which reporting of content can be conducted, there is a mismatch between what the platform itself declares to fall into a category of hate, and what the national law applicable where the person reporting will capture as criminally actionable hate. In England & Wales for instance, gender is not a protected characteristic for the purposes of hate crime offences[76]. As such, there is no recognisable gender hate crime offence for criminal law purposes – something that is markedly different from being able to report 'hateful conduct' on Twitter to Twitter. The situation on Facebook is similar under the Community Standards[77], where gender does not feature beyond the Hate Speech policy rationale where Facebook too lists it as a protected characteristic[78]. There is little other mention of gender within Facebook's Community Standards – there are mentions within the Bullying and harassment policy rationale, but gender here tends to appear where Facebook refers to "female-gendered cursing terms."[79] It therefore seems that two of the leading social media platforms recognise that there is a need to capture 'hate', but do not capture characteristics such as gender for other categories of problematic content which fall short of hateful conduct, such as abuse and harassment

This is not however the only flaw in platform reporting processes – even where a report is made, it does not guarantee a response, or a reaction from the platform itself. Where a response is forthcoming, it may not be timely[80], allowing the account and content poster to continue both to use the platform and to create and share content that could be distressing or in violation of the platform terms and conditions,

71 *Regulation (EU) 2021/784 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on addressing the dissemination of terrorist content online*, L 172/79, 17 May 2021. (TERREG Regulation).

72 Twitter, *The Twitter Rules – Safety: Abuse/ harassment*, 2021 https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-rules.

73 Twitter, *ivi* 72m, Safety: Hateful conduct.

74 Twitter, *The Twitter Rules*, 2021 https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-rules

75 In England & Wales the monitored strands of hate crime are covered by legislation: s28-32 of the Crime and Disorder Act 1998; and s145-146 Criminal Justice Act 2003.

76 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 3, p101.

77 Facebook, *Community Standards*, 2021 https://www.facebook.com/communitystandards/introduction.

78 *Ibid.*, Objectionable Content: 12. Hate Speech.

79 *Ibid.*, Objectionable Content: Safety: 9. Bullying and harassment.

80 Though some platforms – such as YouTube – have introduced enhanced automated systems to attempt to respond more timeously. See for example: Google, *Removals Under the Network Enforcement Law* https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=en; H. Bloch-Wehba, *Automation in Moderation* in *Cornell International Law Journal*, 2020, no. 53, pp. 41-96.

or usage policies. The corollary here is that even where there is a report made, and it is acted upon by the relevant platform, no action may be forthcoming because the content reported is almost certainly viewed in isolation, and therefore out of the context in which it was made. This is particularly problematic for nuanced or veiled threats which may form part of a broader chain of posts, but which are not all reported because not all violate the usage policies & acceptable behaviour standards of a particular platform. Even where it is possible to report, for instance, on Twitter, 'multiple components' it appears only in respect of 'Moments'[81], meaning to report a series of tweets, multiple reports are likely required. Where multiple reports are made, they may not be considered together, meaning that again the context may be lost. This in turn creates additional burdens for – especially – automated moderation systems, which are already overwhelmed by the volume of content they are required to contend with, and which also do not accommodate cultural differences, linguistic nuances, and general context[82].

Platforms are more generally problematic given the fostering of anonymity, which in turns leads to difficulties in tracking down and taking action against the person(s) behind the abusive or misogynistic messages. Campaigns for requiring an end to anonymity are plentiful, and appear on a cyclical basis, usually in response to high-profile incidents or issues. That said, the arguments for ending anonymity are not persuasive enough to suggest that platforms must mandate a 'real names' policy, or that such steps could be enforceable. Where platforms *could* act to require lesser anonymity in user accounts, there are disbenefits attached to doing so – for instance, it could reduce the ability of some women – or groups – from using social media platforms to raise awareness, make connections, and fully participate in a democratic society.

Not only do platforms therefore fail to recognise the phenomenon of online misogyny, and gender-based abuse online, but they also fail to allow for the reporting of it. Consequently, while the phenomenon of online misogyny exists it is difficult to gauge the severity and volume across platforms as a whole because there are no recordings or statistics available. The UK Online Safety Bill and the EU's DSA both introduce annual requirements[83] for reporting by social media platforms. Again though, the reporting of online misogyny, or gender-based abuse online is not something which platforms must report on annually. This is not only incredibly disappointing for women and victims of online misogyny and online violence, but is a stark reminder of the ways in which platforms are able to sidestep obligations by choosing to brand themselves as private spaces for users to choose to engage with and in. This is, of course, selective, and arguably is a strategic option used by platform founders to suit liability and law enforcement challenges as and when they arise. It does little to encourage users and victims that platforms are managing the problematic content that appears on their sites. This is exacerbated where platforms are able to self-determine the categories in which content can be reported. While the DSA is not designed to capture all of the potential online harms and illegal behaviours that exist, it is equally disappointing to note that online violence against women, and online misogyny especially has not been factored into the broader discussion as part of a holistic response to the phenomenon at a European Commission level[84].

What is evident from the disparate and numerous attempts to tackle online hate speech, online misogyny, and internet platform regulation is that there is little joined up thinking[85]. Numerous attempts signal that there is – at the very least – an awareness from governments that something must be done to tackle online content and the challenges it poses. However, the prevailing approach has been to regulate within national jurisdictions, and to adopt different approaches to other countries. While all of the different national legislative mechanisms signal a collective willingness to legislate to control online spaces, it is evident that what is desperately needed is better regulation rather than more. And better regulation must place at its heart mechanisms to address the impact of online content, rather than placing the sole focus on distinguishing between illegal content and harmful but lawful content. To adopt and retain such a focus will continue to mean that online content regulation is hamstrung by having to identify which content can be regulated, rather than how the content itself is tackled, irrespective of its

81 Twitter, *Report Violations: How to report multiple components of a Moment for violations*, 2021 https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-report-violation.

82 H. Bloch-Weba, *ivi* 80.

83 The Digital Services Act will require for instance, online platforms to comply with transparency reporting obligations (see DSA 2020, Articles 13, 15, 23 and 33). The Online Safety Bill meanwhile also incorporates transparency reporting requirements which will be imposed on platform providers, requiring annual reporting of the steps they are each taking to tackle online harms (Online Safety Bill 2020, s49).

84 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 52.

85 Ibid.

harm – being lawful and harmful, or being unlawful and harmful. A different approach is long overdue, and one that places the regulation of systems at the heart[86], rather than the regulation of selected aspects.

6. Responses to Online Misogyny: Hope, not Hate?

Thus far, the legal responses to regulating online misogyny in the UK have been limited. The UK Online Harms White Paper mentions online misogyny[87] but it does not elaborate on the harms arising from it nor strategies to tackle it. In fact, the document does not recognise gender-based abuse online more generally (nor its harmful impact), despite the declared commitment to tackle a range of abusive behaviours online. It also prioritises image-based forms of online abuse[88], which, as we argue previously[89], represents a flawed and limited thinking about the realities of online abuse and harms arising from them.

Similarly, the hate crime law reform proposals across England & Wales, Scotland, and Northern Ireland[90] – whilst engaging to an extent with the question of whether, and if so, how, to capture misogyny under hate crime provisions – have not done so in a systematic manner. In Scotland, gender has not been added as a protected characteristic nor an aggravator, with a subsequent move to convene a Scottish Government Working Group on Misogyny and Criminal Justice in Scotland[91], prompted by an innovative yet problematic[92] proposal to create a separate offence of misogynistic harassment. Meanwhile, the Law Commission in England & Wales and the Independent Review of Hate Crime Legislation in Northern Ireland considered misogynistic violence and harassment, including its online forms, as part of their consultation papers[93] – yet, the question on whether and how to capture misogyny in hate crime reform proposals has not been incorporated into the consultation questions.

Addressing online misogyny requires a comprehensive, multilayer, and multiactor response. The law can, and should, address online misogyny through appropriate and modern laws. To facilitate this, meaningful reform capturing online abusive behaviours is needed, alongside the proposed amendment of gender as i) a protected characteristic and ii) as an aggravating factor, to the hate crime frameworks across the respective devolved jurisdictions in the UK. A reformed approach towards communication offences is needed, with appropriate capturing of online behaviours which are not only harmful and ought to be made illegal. At the moment, there are a number of gaps in the current communications provisions, especially given that this framework does not adequately address online violence, online text-based abuse, nor in particular, online violence against women and girls. As such, there is a pressing need to offer realistic and meaningful opportunities to tackle online text-based abuses which would comprehensively capture broad range of harms arising from gender-based abuse online, and not just limit those to emotional or psychological harms[94]. As the communications provisions apply UK-wide, it is important to bear in mind that any new/ reformed communication offences would likely interact

86 Such as the need to regulate moderation systems, as advocated for by Keller: D. Keller, *Systemic Duties of Care and Intermediary Liability* in *CIS Blog*, 28 May 2020 http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2020/05/systemic-duties-care-and-intermediary-liability.

87 DCMS, *Online Harms White Paper,* April 2019, pp. 16; 69.

88 DCMS, *Online Harms White Paper,* April 2019, p. 20.

89 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 21, pp.250-251; K. Barker & O. Jurasz, *Gender-based abuse online: An assessment of law, policy and reform in England and Wales* in *Palgrave Handbook on Gender, Violence and Technology,* A. Powell, A. Flynn & L. Sugiura (ed), Palgrave, 2022 forthcoming).

90 K. Barker & O. Jurasz, *Reform of Hate Crime Laws - Consultation Response to the Law Commission*, 2020, http://oro.open.ac.uk/75090/; K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 23; K. Barker & O. Jurasz, *Expert Response to One Scotland Consultation on Amending Scottish Hate Crime Legislation*, 2019 http://oro.open.ac.uk/66207/.

91 Scottish Government, *Misogyny and Criminal Justice in Scotland Working Group,* 2020-2021, https://www.gov.scot/groups/misogyny-and-criminal-justice-in-scotland-working-group/.

92 K. Barker & O. Jurasz, *Scots Hate Crime Bill: A Missed (Gender) Opportunity?* in *Stirling Public Policy Blog*, 1 May 2020 https://policyblog.stir.ac.uk/2020/05/01/scots-hate-crime-bill-a-missed-gender-opportunity/; K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 24.

93 *Hate Crime Legislation in Northern Ireland. Consultation Paper*, February 2020, https://www.hatecrimereviewni.org.uk/sites/hcr/files/media-files/Consultation%20Paper%20Feb%202020.pdf; Law Commission, *ivi* 23.

94 K. Barker & O. Jurasz, *Reform of the Communications Offences - Consultation Response to the Law Commission*, December 2020, http://oro.open.ac.uk/75091/.

with hate crime frameworks in devolved jurisdictions, including cases where acts such as online misogynistic abuse are concerned.

However, there are limitations on what the law – however modern and appropriate – can achieve with regard to addressing online misogyny, especially in relation to preventing its occurrence. Given that misogyny is deeply rooted in structural gender inequality, discrimination of women, and patriarchy, addressing this harmful phenomenon requires a change of social attitudes, which are deeply embedded in our social fabric. Whilst international obligations of state parties to CEDAW[95] include taking measures to prevent and combat discrimination against women as well as the elimination of gender stereotypes[96], in practice this is a Herculean task – and one that requires long-term, targeted interventions. As a starting point, it ought to include education – of both children and adults – about the harmfulness of gender stereotypes, gender-based violence, and about how to behave responsibly online.

Further limitations of the law lie in its administrative (in)ability to deal with likely high volumes of reported cases involving online misogyny. As such, alternative ways of individuals seeking remedies, e.g., by enforcing information rights or by submitting privacy requests to platforms to delist content which features misogynistic abuse of the given individual. Whilst these measures do not *per se* remedy online misogyny by eradicating it, they make it possible to limit the visibility of such content or the amplification of abuse through likely reposting of it. Platform providers have also a greater role to play when it comes to capturing and responding to gendered harms resulting from abusive and misogynistic content posted on their sites.

Furthermore, the UK experience thus far demonstrates a limited impact of recording misogyny as hate crime. The initiative of flagging misogyny as hate crime by the police has originated in Nottingham, following the Citizens UK campaign advocating for better action from Nottinghamshire Police on misogynistic harassment of women. It has subsequently been adopted by several other police forces across England[97], albeit with slight variations in the type of abuse recorded – for instance, Avon and Somerset Police record instances of gender hate crimes instead of misogyny[98]. The impact of this policy change is however questionable – not least due to the fact that flagging misogyny as hate crime does not have any grounding in the current legal framework of England & Wales, Scotland or Northern Ireland. Whilst it may be helpful in gathering data on *perceptions* of motivations concerning reported hate crime incidents, flagging does not result in any specific avenue of redress being offered[99]. Given that misogyny is not a protected characteristic nor an aggravating factor under any of the hate crime frameworks in the devolved nations of the UK (nor, as we have argued[100], should it be) and neither is currently[101] sex nor gender, a perpetrator cannot be held accountable for committing an alleged hate 'crime' motivated by misogyny. As a result, committing a hate crime or being sentenced after trial cannot include consideration of misogyny as there is no legal basis to considered it as part of the hate crime landscape.

At the moment, despite the scale of misogynistic and gender-based abuse online, there is room for improvement in the moderation of content. While platforms such as Facebook and Twitter allow the reporting of 'objectionable content', they do not offer the option of specifying the nature of abuse (e.g., gender-based, misogynistic). Therefore, for users experiencing these forms of abuse on Facebook and Twitter, these categories are not adequately recorded nor actioned, leaving users (and victims) without appropriate avenues to report such abuse. There is a need for greater responsibility where platforms moderate content such as that which is misogynistic in nature, or which results in the manifestation of gender-based abuse online. Moderation ought to involve not only sensitivity to gender-based and mi-

95 The UK is a party to CEDAW.

96 CEDAW, Articles 2 and 5a.

97 North Yorkshire Police, *North Yorkshire Police announce misogyny now recognised as hate crime*, 2016, https://northyorkshire.police.uk/staying-safe/hate-crime/north-yorkshire-police-announce-misogyny-now-recognised-hate-crime/; C. Cohen & C. Hymas, *Treat misogyny as a hate crime, say MPs, as they lay amendment to change law* in *The Telegraph*, 10 June 2020 https://www.telegraph.co.uk/politics/2020/06/10/treat-misogyny-hate-crime-say-mps-lay-amendment-change-law/.

98 E. Ashcroft, *Cat-calling and wolf-whistling now classed as gender-hate crimes by Avon and Somerset Police* in *Bristol Post*, 16 October 2017 www.bristolpost.co.uk/news/bristol-news/gender-hate-now-recognised-crime-635194?utm_content=bufferf8757&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_ca.

99 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 26.

100 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 6; K. Barker & O. Jurasz, *Reform of Hate Crime Laws - Consultation Response to the Law Commission*, 2020 http://oro.open.ac.uk/75090/; K. Barker & O. Jurasz, *Hate Crime Legislation in Northern Ireland – An Independent Review: Consultation Response*, 2020 http://oro.open.ac.uk/71116/; K. Barker & O. Jurasz, *Expert Response to One Scotland Consultation on Amending Scottish Hate Crime Legislation*, 2019 http://oro.open.ac.uk/66207/; K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 26.

101 Information correct at the time of writing (May 2021).

sogynistic abuse, but also an appreciation of the socio-cultural and linguistic factors (especially where abuse is in not in English)[102] which play a significant role in the perpetration of gender-based and/or misogynistic abuse.

Finally, looking further afield, beyond the UK context, it is difficult to identify a consensus that online misogyny – as opposed to gender-based abuse online or online violence against women – ought to be the subject of specific legal regulation. The language of misogyny/ online misogyny does not appear in UN policy documents on the subject, and it is rarely mentioned in the European context. Whilst there has been a recognition by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe that (online) misogyny can be a form of (online) hate speech, the prevailing approach of European institutions is to address gender-based abuse online through the lens of tackling sexism and gender stereotypes[103]. The latter approach is somewhat understandable as it aligns more clearly with the language of human rights obligations enshrined in treaties at both the European and the UN level – including the Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence 2011 (Istanbul Convention) and CEDAW[104]. That said, the inclusion of online misogyny in public debates – even if not leading to specific regulation of this very phenomenon – should be seen a step forward in bringing this issue to the realm of public interest and, possibly, law reform. It is important in a society that is grappling with inequalities to discuss issues that are difficult, and uncomfortable. The risk in doing so is – of course – that further backlash happens, but if that is the 'cost of doing business' then it serves to highlight the importance of having the discussion to begin with, discomfort aside.

7. Conclusion – Squaring the Equality Circle?

The battle to combat online misogyny has certainly begun: it is being discussed and problematised by women participating online, civil society organisations, and – increasingly so – at governmental and supranational levels. As such, there is a growing awareness of the phenomenon of online misogyny and its harmful effects, and the impact of leaving unaddressed from (in)equality perspectives. Whilst this is certainly a positive development, the accountability structures necessary to redress misogynistic forms of gender-based abuse online are still lacking – where both law and platform regulation are concerned. Experiences from the UK suggest that law and policy makers are likely to consider online misogyny through the lens of hate, and position it within the hate crime framework rather than through the lens of communication offences or online safety. This in itself is indicative of the pattern of fragmentation endemic to law and policy making with regard to – broadly constructed – regulation of online violence against women which we identified in our research[105].

Much has been made of non-law mechanisms, together with lots of (topical) discussion about internet regulation and how to address online safety and online harms – of which misogynistic abuse is not one explicitly listed – but these discussions have led to little in the way of actual legal change. Broader discussions of expectations of platforms when it comes to content regulation of course have a place in the 'online' context, there has been very little consideration paid to the gender equality elements, the impact of leaving this phenomenon unchecked – and unregulated – and, of course, the harm caused by intrusive, threatening and sustained volumes of abuse motivated by gender-based abuse online.

There is therefore much scope to improve the responses to online misogynistic abuse. Discussions of hate crime must consider the characteristics which are protected and give due consideration to gender. Similarly, the communications offences frameworks need to be assessed in conjunction with the online safety, online hate speech, and platform regulation provisions to ensure that problematic content is adequately captured within the legal framework. This is a necessity to ensure that online misogyny, and gender-based abuse online falls within its purview and could therefore operate as the required underlying criminal offence should gender be added to the hate crime framework.

102 Lawyers for Justice in Libya, *Online violence against women in Libya*, March 2021, https://www.libyanjustice.org/news/urgent-action-needed-to-address-shocking-levels-of-online-violence-against-libyan-women.

103 Council of Europe, *Recommendation on preventing and combating sexism*, 27 March 2019 https://rm.coe.int/prems-055519-gbr-2573-cmrec-2019-1-web-a5/168093e08c; Council of Europe, *Gender Equality Strategy 2018-2023*, June 2018 https://rm.coe.int/prems-093618-gbr-gender-equality-strategy-2023-web-a5/16808b47e1, para. 44.; Council of Europe, *Combatting sexist hate speech* https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680651592.

104 Article 5 CEDAW; Article 12 Istanbul Convention.

105 K. Barker & O. Jurasz, *ivi* 52.

Moreover, there is broader work to be done at international levels, and within gender equality initiatives. Lip service only takes these agendas and policies so far – action is required to ensure that objectives and SDGs can be met and delivered. These are complimentary aspects that are needed alongside meaningful legal categorisations and reforms, but also broader socio-cultural and educational initiatives. While the issues surrounding online misogyny require an honest debate about the roles and (in) actions of platforms, it is not a phenomenon that platforms alone can address. Whilst platforms do not owe human rights obligations, they are powerful actors in the online sphere – much more powerful and resourceful than some governments. It is therefore legitimate to question the commitment of platforms to values such as freedom of expression, equality of participation, and gender equality – all of which are undermined by the inaction of platforms with regard to misogynistic abuse.

The real challenge faring online platforms now, is the scale and prominence of the misogynistic abuse. Widespread and widely used platforms have become mainstream hosts to such abuse, and inequality. Instead of manifesting the participatory utopia, they uphold and embody the principles that make offline, non-digital contexts similarly exclusionary. In so doing, the design of these platforms, together with their codes of conduct have overlooked one common denominator: gender. In overlooking gender and working on the basis that the online spaces can be different; the founders of social media have been sleepwalking into what resembles a living nightmare for the targets of gender-based abuse online.

*Luciana Goisis**

Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate

Summary

1. Premise. – 2. The criminological perspective. Hate crimes, hate speeches and social media. – 3. The Italian legislative panorama. – 4. The recent bill approved in the Italian Chamber of Deputies: a needed reform. – 5. Conclusion. A useful discipline also for online hate crimes?

Abstract

Il saggio tematizza la categoria dei crimini d'odio, alla quale vanno ascritti, oltre ai crimini d'odio razziale e religioso, anche i crimini d'odio omotransfobico, di genere e per disabilità, come dimostra la prospettiva comparata. Svolta una attenta analisi dei profili criminologici con particolare riferimento al rapporto fra crimini nonché discorsi d'odio e realtà dei social media, il saggio sviluppa alcune riflessioni sulla recente proposta di riforma legislativa italiana, attualmente approvata alla Camera, volta a modificare gli artt. 604-bis e ter c.p., in materia di violenza o discriminazione per motivi di sesso, di genere, di orientamento sessuale, di identità di genere o per disabilità. La novella introduce misure di prevenzione e di contrasto a tali forme di discriminazione, accanto alle misure già previste per le discriminazioni razziali, etniche e religiose, ed è finalizzata a combattere due fenomeni assimilabili quali l'omofobia e la misoginia (o meglio il sessismo), fenomeni non più accettabili per le società moderne, così come per il diritto penale contemporaneo, nonché a completare il quadro di tutela dei soggetti disabili. Il saggio si conclude interrogandosi sull'effettività della riforma rispetto ai crimini d'odio in rete.

The essay thematizes the category of hate crimes, to which, beyond racial and religious hate crimes, homotransphobic, gender-based and disability-based hate crimes are also ascribed, as shown by the comparative perspective. Dealing deeply with the criminological profiles with particular reference to the relationship between hate crimes and hate speeches and the reality of social media, the essay develops some reflections on the recent Italian legislative proposal, approved in the Chamber, aimed at amending Articles 604-bis and ter of the Criminal Code, on violence or discrimination on grounds of sex, gender, sexual orientation, gender identity or disability. The reform introduces measures to prevent and combat these forms of discrimination, alongside the measures already envisaged for racial, ethnic and religious discrimination, and is aimed at combating two similar phenomena such as homophobia and misogyny (or rather sexism), phenomena no longer acceptable for modern societies, nor for contemporary criminal law, as well as to complete the frame of protection of disabled persons. The essay concludes wondering about the effectiveness of the reform with regard to online hate crimes.

* Associate Professor, University of Sassari.
This paper has been double-blind peer reviewed.

1. Premise

Accepting the most accredited definition of hate crime[1], which emerged in Europe thanks to the proactivity of the Organization for Security and Cooperation (the classification in criminological and criminal law doctrine is much more uncertain), these are crimes that are made up of two elements: first of all, a conduct that constitutes a crime (any type of crime); secondly, the commission of such conduct must be inspired by a reason of prejudice (bias) against a "protected characteristic" belonging to a group, such as race, language, religion, ethnicity, nationality or other similar characteristics, which include gender, sexual orientation and gender identity, as well as, sometimes, disability. Homotransphobic hate crimes must therefore also be ascribed to this category, as well as hate crimes based on gender, which include gender violence, subject to an obligation of criminalization, as is well known, following the ratification of the Istanbul Convention by Italy with law n. 77/2013[2]. Disability-based hate crimes are also included in the category, according to a part of the hate crime doctrine.

To corroborate this last conclusion about the omnicomprehensive nature of hate crimes contributes the opening towards the *comparative perspective* where there are many European and extra-European legislations that contemplate criminal law, as well as in the matter of racial and religious hate crimes, also in the matter of homotransphobic hate crimes, gender hate crimes and, sometimes, disability hate crimes[3].

From the comparative study we also obtain a second valuable indication: among the criminal instruments to combat hate crimes, the recourse to the provision of an aggravating circumstance appears to be extremely effective, where the crime is inspired by hatred on the basis of race, religion, gender, sexual orientation, gender identity, disability, a solution considered preferable by a part of the criminal law doctrine[4]. Particularly, many legal systems resort to the common aggravating circumstance: significant is the disposition of Articles 132-76 and 132-77 of the French Penal Code, which provide for the aggravating circumstance of racial, xenophobic, anti-Semitic, sexist and homotransphobic hatred; we also point out Art. 22, par. 4 of the Spanish Criminal Code which similarly provides for the common aggravating circumstance where there is a racist, anti-Semitic, ideological motive or linked to personal beliefs, religious, homophobic, transphobic, sexist, or in relation to the disability or infirmity of the victim; similarly, the Croatian Penal Code envisages for the common aggravating circumstance, in Art. 89, par. 20, of racial, religious, ethnic, national hatred, due to disability, gender, sexual orientation or gender identity. Sanctioning aggravations of this type are also provided for in the Anglo-Saxon legal systems.

The formulation of the aggravating circumstance is characterized, in almost all the systems referred to, through the use of traditional factors, like race and religion, jointly with the formula "sexual orientation", to which is added the reference to "gender identity", to understand the transphobic motive, in addition to gender (and sometimes to sex) and disability.

1 Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009, p. 16. See, *funditus*, L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, *passim*.

2 For a broad thematization of gender-based violence, also in the light of international documents on the subject, as well as gender analysis in criminal law, reference is made to Id., *cit.*, p. 339 *ss.*, 348 *ss.*, 353 *ss.* Although, unlike homophobic hate crimes, the existence of an international obligation to incriminate gender hate crimes from the well-known Istanbul Convention is indisputable, the figure of the so-called gender-based hate crime is particularly controversial. There seems no doubt in any case that crimes committed for a gender motive must be framed within hate crimes, as forms of gender hate crimes. In this direction, it also pushes comparative experience, where gender hate crimes, gender hate speeches are envisaged, in addition to the common aggravating circumstance of "gender hatred".

3 The comparative experience allows, in fact, to conclude, in the first place, in the sense of the inalienability and urgency of a law to contrast homophobia – law present in almost all European countries as well as in the common law countries overseas: a look at foreigner legislations leads us to affirm that a country that wishes to call itself civil cannot renounce to the imperative of enhanced protection of sexual minority groups due to their vulnerability, confirmed by statistical data and by the empirical and criminological reality of hate crimes, as well as by reason of the greater criminal value of conduct inspired by homophobic motives. See, on vulnerability of the LGBT group, E. Dolcini, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, p. 1. See, on the criminal disvalue of homophobic hate crimes, M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in GenIUS, 2015, 1, p. 24. On vulnerability of female victims, see L. Goisis, *Crimini d'odio*, *cit.*, p. 373 *ss.*

4 E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 28.

Note how these four protected categories "run", so to speak, on complementary tracks: homophobic, transphobic and gender-based violence, and also disability-based violence, are united in all legislations[5].

It should be noted, however, that the comparative experience – that of France as well as that of Spain, that of common law countries, as well as that of Germany, as well as Belgium, Croatia and other European countries – allows us to believe, in the presence of provisions respectful of the principle of precision, in the opportunity also of autonomous crime figures: a reinforced protection for the contrast of hate crimes and in particular of hate speeches, on which we will return ahead – recognized as crimes of particular gravity by the unanimous criminological doctrine – can only pass through a political-criminal strategy that makes use of both legislative techniques, even if the repression of hate crimes must be accompanied by a strategy to prevent them: a task that cannot fail to pass through the mediation of culture[6].

Ultimately, in the main common law systems as well as of civil law, a detailed discipline of hate crimes is envisaged and racial, religious, but also homophobic, transphobic, sexist, sometimes disability-based hate crimes are indicted and even, widely, speeches of racial, religious, homotransphobic, sexist, by disability hatred, with some clauses protecting freedom of expression in the Anglo-Saxon legal systems in homage to free speech[7]. The comparative lesson is clear in this sense. A mapping that signals the backwardness, as we will say, of the Italian legislation on the protection against homotransphobic, gender and disability hate crimes[8].

2. The criminological perspective. Hate crimes, hate speeches and social media

It is now necessary to investigate the criminological profiles relating to hate crimes. Once we have questioned ourselves about the *quomodo* of the use of criminal law in contrasting hate crimes, also in light of the variegated comparative panorama, and given a legal definition of hate crimes – which can be framed, we recall, as those crimes committed against certain persons due to a prejudice against their belonging to a group, a group identified on the basis of race, ethnicity, religion, gender, sexual orientation, gender identity, disability – it is necessary to outline the criminological scenario, which – in this matter – is particularly rich: it is in our opinion an essential starting point for a full understanding of the phenomenon under study and a source of suggestions for the criminal legislator that must be chosen as a criminal policy in relation to hate crimes. In particular, it is necessary to investigate the relationship between hate crimes, as well as hate speeches and social media as it emerges in the empirical research of a criminological nature.

The first question that criminology has asked itself, studying hate crimes, is the following: how do hate (or prejudice) crimes differ from ordinary crimes and whether, and if so, why they are more serious crimes than ordinary ones.

The question is of crucial importance and deserves to be deepened.

The harmfulness of hate crimes in criminological research is well established. Criminological research has made it possible to paint a clear picture of the difference between hate crimes and ordinary crimes: the first criminological acquisition, although not undisputed[9], concerns, as previously mentioned, the greater violence that characterizes hate crimes compared to ordinary crimes. Hate crimes

5 L. Goisis, *Crimini d'odio*, *cit*., p. 456 s.

6 See, on the theme, Id., *Crimini*, cit., *passim*. For the legislations of common law and civil law countries, see Id., *cit*., p. 45 ss. See also Id., *Hate Crimes in a Comparative Perspective. Reflections on the Recent Italian Legislative Proposal on Homotransphobic, Gender and Disability Hate Crimes*, in *GenIUS*, 2020, 1, p. 79 ss.

7 Interesting is the clause to safeguard freedom of expression envisaged in Australian legal system, in the *Federal Racial Anti-Discrimination Act*, which provides a clause of lawfulness of the fact for any declaration with academic, artistic or scientific purposes or with any other genuine purpose of public interest. See L. Goisis, *Crimini*, cit., p. 132 *ss.*

8 See Camera dei deputati, *Norme per la tutela delle vittime di reati per motivi di omofobia e transfobia*, Roma, 2009, at http://documenti.camera.it.; see also L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 14 *ss.*

9 Negative opinion in J. B. Jacobs-K. Potter, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 81 ss.

manifest themselves in attacks on the physical integrity of the person more often than happens for ordinary crimes in general[10].

These are crimes committed more frequently than ordinary crimes by groups assembled against single and unknown victims[11]. These crimes also generate intense psychological and emotional distress in the victim as the victim is affected not only physically, but also in the depths of his identity[12]. It is also affected due to one of its characteristics, often unchanging (e.g. the race), so that it will not be able to avoid further attacks of this nature and this creates in it a sense of vulnerability that is higher than what normally happens in the case of ordinary aggressions[13]. So much so that the psychological effects of the victim of a hate crime are equated with those suffered by the victim of sexual violence: post-traumatic stress disorder, depression, deep sense of anxiety and isolation. These factors therefore seem to show in the sense of a greater incidence in terms of psychological damage of hate violence compared to common violence[14]. The consideration that the victims of hate crimes suffer a stigmatization rooted in a social prejudice that characterizes historically discriminated groups would contribute to this conclusion: this stigmatization brings with it a sense of humiliation, isolation and self-esteem for the group to which they belong.

This is the second aspect to consider: the impact that hate crimes have on the victim's community or group. Far from exhausting their effects on the individual victim, hate crimes also seem to have a strong negative impact on the group, identified on the basis of race, ethnicity, language, religion, sexual orientation, disability or gender identity, in which the victim identifies himself. In fact, the group feels intimidation and the threat represented by hate crime and this creates fear and anxiety in the attacked group: also in this sense it is believed that hate crimes differ profoundly from ordinary crimes, revealing themselves more harmful to society[15].

Not only. In this last regard, it is emphasized that hate crimes are harmful for the victim and for the group to which they belong, but also for society as a whole. This is because such crimes damage the value of the security of the members of society, but above all the value of equality between citizens and harmony within a heterogeneous society. Therefore, there is no doubt that such crimes undermine at the root (more than ordinary crimes) the foundations of a democratic society based on the principle of the equal dignity of all human beings[16].

The thesis of the greater negative impact in psychological and emotional terms of hate crimes was, among other things, the subject of investigation by the Supreme Court of the United States in the case

10 According Levin e McDevitt, hate crimes tend to be "*excessively brutal*". See J. Levin, J. McDevitt, *Hate Crimes: the Rising Tide of Bigotry and Bloodshed*, New York, NY Plenum, 1993, p. 11.

11 As the profile of the single offender, mainly, is not an extremist who acts with premeditation, but a common citizen who commits the crime in ordinary life, moved by bias or by other motives.

12 See P. Iganski, J. Levin, *Hate Crime. A Global Perpsective*, New York-London, Routledge, 2015, p. 40 s.

13 As the profile of the victim of hate crimes, statistical data say that is more often a black male or a white woman. Victims are of variable age, but young victims are subject to violent hate crimes. See F. S. Pezzella, *Hate Crime Statutes. A Public Policy and Law Enforcement Dilemma*, New York, Springer, 2017, p. 37 s.

14 J. McDevitt, J. Balboni, L. Garcia, J. Gu, *Consequences for Victims: A Comparison of Bias and Non-Bias Motivated Assaults*, in *Am. Behavioral Scientist*, 2001, 45, p. 697 ss., E. A. Dragowski et *Alii*, *Sexual Orientation Victimization and Posttraumatic Stress Symptoms Among Lesbian, Gay, and Bisexual Youth*, in *J. of Gay & Lesbian Social Services*, 2011, 23 (2), p. 226 ss. See also two studies of the *National Institute Against Prejudice and Violence* (NIAPV) of 1986 and of 1989, the first titled *Striking Back at Bigotry: Remedies Under Federal and State Law for Violence Motivated by Racial, Religious, and Ethnic Violence*, Baltimore, the second titled *National Victimization Survey*, Baltimore.

15 Agree: P. Iganski, *Hate Crimes Hurt More*, in *Am. Behavioral Scientist*, 2001, 45, p. 626 ss.; A. M. Dillof, *Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crime Statutes*, in *Northwestern Univ. L. R.*, 1997, 91, p. 1015 ss.; B. Weisburd-B. Levin, *On the Basis of Sex: Recognizing Gender-Based Bias Crimes*, in *Stanford Law and Policy Rev.*, 1994, 5, p. 21 ss.; B. Levin, *Hate Crimes: Worse by Definition*, in *J. of Contemporary Criminal Justice*, 1999, 15 (1), p. 6 ss.; L. Wang, *The Transforming Power of "Hate": Social Cognition Theory and the Harms of Bias-Related Crime*, in *Southern Cal. L. R.*, 1997, 71, p. 47 ss. See also M. Noelle, *The Ripple Effect of the Matthew Shepard Murder: Impact on the Assumptive Worlds of Members of the Targeted Group*, in *Am. Behavioral Scientist*, 2002, 46, p. 27 ss.; B. Perry, S. Alvi, *We are All Vulnerable: the In Terrorem Effects of Hate Crimes*, in *Int. R. of Victimology*, 2012, 18 (1), p. 57 ss.

16 See F. M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 41 ss.; S. Gellman, *Sticks and Stones Can Put You in Jail, but Can Words Increase Your Sentence? Constitutional and Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws*, in *UCLA L. R.*, 1991-2, 39, p. 333 ss.; B. Levin, *Hate Crimes: Worse by Definition*, in *J. of Contemporary Criminal Justice*, 1999, 15 (1), p. 1 ss.; S. B. Weisburd-B. Levin, *On the Basis of Sex: Recognizing Gender-Based Bias Crimes*, cit., p. 21 ss.; F. S. Pezzella, *cit.*, p. 29 ss. Different opinion in J. B. Jacobs-K. Potter, *Hate Crimes*, cit., p. 81 ss.; nonché P. B. Gerstenfeld, *Hare Crimes. Causes, Controls, and Controversies*, Los Angeles-London, Sage, 2018, p. 13 ss.

of *Wisconsin v. Mitchell* in 1993, where some *amicus curiae* opinions were put forward in support of this assumption[17].

These opinions, collected by the Supreme Court, highlighted the greater harmfulness of hate crimes for the victim, compared to common crimes, underlining that such crimes "constitute an attack on the victim's right to participate on an equal basis in society and can induce a serious and lasting damage to the dignity of the victim"[18]. In particular, there is evidence of how hate speeches, in the same conception of Jeremy Waldron[19], are able to arouse feelings of humiliation, isolation and disdain, when they do not lead to mental disorders and antisocial conduct, which leads to the belief that where the hate crime is not limited to hate speech, but is materialized in acts violent inspired by hatred and prejudice, the harmful effects on the victim are amplified[20].

A *definition of hate speech*, in relation of *species* to *genus* with hate crime, is therefore required, also by reason of its diffusion, as we will say, online and on social media. The definition of the concept is particularly difficult. However, it can be defined, according to the indications of the Council of Europe, as "any form of expression that spreads, incites, promotes or justifies racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance"[21].

The doctrine, as emerges from the most recent contributions on the subject, specifically questions the appropriateness of using the criminal instrument in contrasting such phenomena, capable, according to criminological research, of creating a climate favorable to hate violence. In fact, criminological research underlines the danger and harmfulness of these particular criminal phenomenologies, also highlighting how these are crimes that create the cultural ground that encourages and legitimizes violent hate crimes[22]. The use of criminal law for the protection of victims often risks generating a conflict with fundamental rights such as, in the emblematic case of hate speech, freedom of expression[23]. From a specifically criminal point of view, then, problems arise with regard to compliance with the principle of offensiveness, where such incriminations involve the risk of creating new crimes of opinion[24]. The knot is so problematic that there is no lack of dissonant voices in the literature: in the face of those who suggest an approach that appeals, albeit under certain conditions, to criminal law[25], there is no shortage

17 *Wisconsin v. Mitchell*, 113 S. Ct. 2194 (1993).

18 Similar thinking in opinions rendered by *American Civil Liberties Union* and *NAACP Legal Defense and Educational Fund*. See Id., *op. cit.*, p. 13 s.

19 J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard, Harvard University Press, 2012, p. 4 ss., 9 s., p. 122. According to Waldron, the discriminatory speech exploits the group's membership as degrading factor of the person.

20 R. Delgado, *Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, in M. J. Matsuda, C. R. Lawrence III, R. Delgado, K.W. Crenshaw, (Eds.), *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Boulder, CO, Westview Press, 1993, p. 91 ss.

21 Recommendation No. (97) 20 of the Council of Europe. See A. Weber, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, 2009, p. 3. See also R. C. Post, *La disciplina dell'*hate speech *tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. Tega, (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, UNAR, 2011, p. 97. On negationist speech see M. Spatti, Hate Speech *e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, IX, p. 341 ss., A. S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont*., 2016, 3, p. 280 ss.; E. Fronza, A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 1 ss.; D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont*., 2015, 4, p. 325 ss., A. di Martino, *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale) del negazionismo*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, G. Cocco (ed.), Padova, Cedam, 2016, p. 193 ss. The address expressed in the aforementioned Recommendation is significant regarding the need for the press, the mass media and politicians to refrain from making statements that can be understood as hate speech, running on the contrary the obligation on their part to condemn such expressions. Criminal judges, on the other hand, must respect the principle of proportionality of the sanction with respect to the conduct. It should also be taken into consideration that hate speeches can also be configured as crimes against humanity where they consist of incitement to the commission of acts of genocide and violence against civilians, as sanctioned by the International Criminal Court for crimes committed in Rwanda, who condemned journalists who, through radio and print media, incited hatred and genocide against the Tutsis. See M. Spatti, *cit*., p. 344.

22 See F. M. Lawrence, *Punishing*, *cit*., p. 80 ss.; P. B. Gerstenfeld, *op. cit*., p. 35.

23 See E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., p. 24 ss., p. 25.

24 *Ibidem*. See A. Spena, *Libertà d'espressione e reati di opinione*, in *Rivista italiana di diritto e procedra penale*, 2007, p. 689 ss.; in foreign literature C. Yong, *Does Freedom of Speech Include Hate Speech?*, in *Res Publica*, 2011, 17, 385 ss.

25 See E. Dolcini, *last cit*., p. 28 ss., L. Goisis, *Omofobia e diritto penale*, cit., pp. 3-4. Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Osce Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, in the Preface, p. 7.

of scholars who, due to the peculiarities of hate speech, deny the opportunity to provide criminal protection, others still invoke the use of tools inspired by restorative justice[26].

The lesson of Waldron appears to us as a guide: "*dignity (…) is precisely what hate speech laws are designed to protect – not dignity in the sense of any particular level of honor or esteem (or self-esteem), but dignity in the sense of a person's basic entitlement to be regarded as a member of society in good standing, as someone whose membership of a minority group does not disqualify him or her from ordinary social interaction. That is what hate speech attacks, and that is what laws suppressing hate speech aim to protect*". "*The harm that expressions of racial hatred do is harm in the first instance to the groups who are denounced or bestialized in pamphlets, billboards, talk radio, and blogs. It is not harm (…) to the white liberals who find the racist invective distasteful. Maybe we should admire some (…) lawyer who says he hates what the racist says but defends to the death his right to say it, but… [t]he [real] question is about the direct target of the abuse. Can their lives be led, can their children be brought up, can their hopes be maintained and their worst fears dispelled, in a social environment polluted by this material? Those are the concerns that need to be answered when we defend the use of the First Amendment to strike down laws prohibiting the publication of racial hatred*"[27].

Among the criminological studies on hate crimes, those that have tried to outline a profile of the perpetrator of hate crimes stand out. Although it is unthinkable to identify an invariable type of the *hate crime offender*, some traits common to many offenders have been identified. Often these are young subjects, mostly represented by white males, followed by black males and white women. It is debated whether these are subjects who come from situations of social hardship: it is agreed that the perpetrator of hate crimes is often also a socially integrated subject[28].

According to a criminological acquisition, it is frequently about perpetrators unknown to the victims, as we have already had the opportunity to highlight, but this is not a constant fact, since very often it can also be a neighbor, an acquaintance, when it does not happen, as in gender-based violence, it is a person linked by an emotional relationship with the victim. Often these are subjects who live in the same city or work in the same organization, however they are subjects with whom you are familiar[29]. This figure is then accentuated in the case of minor crimes, such as intimidation. On the contrary, the attacks on the physical integrity of the victim seem to be more perpetrated against unknown victims. On this point, the thesis, supported in the doctrine, according to which, in the case of hate crimes, there is familiarity between victim and author, but there is an "emotional distance" on the part of the author with respect to this last[30] seems to be well founded.

The offender tends to attack the individual victim (in 83% of cases). The perpetrator, single, more often, or group, attacks above all victims whom he considers vulnerable and unable to react. Weapons are rarely used and above all these are events that arise spontaneously and without premeditation, by subjects without a criminal record for hate violence, which makes some scholars say that criminal provisions against hate crimes could prevent new crimes of this nature[31].

In particular, a typological classification of hate crime offenders by Levin and McDevitt was developed in the nineties in the context of American criminological doctrine. According to this classification, there would be perpetrators who act on the basis of emotion, authors who act convinced that they are operating in defense of their territory, authors who believe they are acting with the mission of driving out evil from the world, and finally, according to a fourth type, there would be authors acting in retaliation[32].

26 Against incrimination of *hate speech*, A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà d'espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 1 ss, in part. p. 6 ss. On restorative justice, see C. Mazzucato, *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione. Riflessioni* de iure condendo *sulla percorribilità di una politica mite e democratica*, in G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro, *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 134 ss.

27 J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, cit., p. 105 e p. 9 ss.

28 C. Turpin-Petrosino, *Understanding Hate Crimes. Acts, Motives, Offenders, Victims, and Justice*, New York-London, Routledge, 2015, p. 106 ss.; N. Chakraborti, J. Garland, *Hate Crime. Impact, Causes, and Responses*, London-New York, Sage, 2015, p. 105 s.; P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 99.

29 Id., *cit*., p. 100, See also N. Chakraborti, J. Garland, *Hate Crime*, cit., p. 107 ss.

30 Id., *cit*., p. 108.

31 J. McDevitt, J. Levin, J. Nolan, S. Bennet, *Hate Crime Offenders*, in N. Chakraborti, *Hate Crime. Concepts, Policy, Future Directions*, London-New York, Routledge, 2015, p. 124 ss., 127 ss.; D. Joliffe, D. P. Farrington, *The Criminal Careers of Those Imprisoned for Hate Crime in the UK*, in *European J. of Criminology*, 2019, I-20, p. 2 ss.

32 The first type seems to belong above all to young aggressors who act out of boredom and in search of emotions (rather than out of hatred, although prejudice is the engine of their actions and acts as a motive like the search for entertainment). The

The general-preventive mechanism, which can operate for the first two types of authors mentioned and for the fourth, would seem unable to operate in the case of the offender who acts in the name of a salvific mission, a subject that cannot be justified by reason of the radicality of the conviction that moves him and that often acts by carrying out conducts characterized by extreme brutality[33].

The first type, that of the offender who is driven to the crime out of boredom and in search of emotions, as well as out of prejudice, moving away from his neighborhood in search of an unknown victim, would seem, according to subsequent studies, the most widespread[34].

However, this complex classification has been openly criticized over time. This led Levin and McDevitt to revisit it: the two criminologists therefore highlighted how the different categories can overlap each other and also identified different roles and degrees of guilt among the participants in these crimes (when committed by a group): the leader, the travel companion (the one who incites the leader), the involuntary participant (the one who does not approve the act, but does not have the courage to rebel for fear of losing the approval of the group), the hero (the one who disapproves of the act and opposes it)[35].

Similar to the typification of Levin and McDevitt is the categorization of the perpetrators made by Willems, according to the degree of adherence to the ideology of hate: thus the sympathizers, the young criminals, the xenophobic or ethnocentric and finally the right-wing extremists are identified, the latter with a leadership role in the commission of hate crimes[36].

Hate crimes are sometimes group crimes, therefore. This consideration leads to thematizing the so-called hate groups, a particular profile of the author of hate crimes.

It is not easy to define a hate group. According to a definition found in Anglo-Saxon literature, "a hate group (which is composed of at least two or more individuals) presents aggressive and defamatory beliefs or practices of an entire class of people, typically due to their immutable characteristics"[37].

The common feature of hate groups is therefore the hostile animus towards a group (ethnic minorities, LGBT people, other protected groups), based on race, ethnicity, religion, gender or sexual orientation. However, there are important differences in the structure, organization, leadership, ideology, and strategies adopted by different hate groups[38].

It is therefore not possible to outline a unique profile of the so-called hate group. What appears to be established is the relative infrequency of hate crimes perpetrated by these groups: according to the data of Levin and McDevitt, only in 15% of cases are hate crimes committed by extremist groups. However, the incidence of hate crimes is equally linked to the influence that these groups exert in spreading a culture of hate. Many scholars have highlighted the culture of hostility, hatred and irrational violence that these groups help to create, a culture that is the background and legitimacy for hate crimes[39].

As for the characteristics of the members of the hate groups, more often they are "marginalized subjects, with a failed school career, with problematic, insecure, alienated, helpless and angry family

second type includes those who act to protect their neighborhood, their school or place of work: it is often a young adult, exemplified in the figure of the young person who acts against a family belonging to an ethnic minority recently moved to the neighborhood to which it belongs. Then there is the offender who acts convinced that he is pursuing the mission of saving the world: here the motivation of hatred or prejudice is central and often the violent act is committed by a group. Finally, there is the typology of the offender who acts in the belief that he is reacting to a wrong suffered by the victim or the group to which the victim of hate crimes belongs. This is the classification of Levin and McDevitt, formulated in a first study, already mentioned: J. Levin, J. McDevitt, *Hate Crimes: The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed*, New York, NY Plenum, 1993. See J. McDevitt, J. Levin, J. Nolan, S. Bennet, *Hate*, cit., pp. 132 ss. See also D. Gadd, T. Jefferson, *Introduzione alla criminologia psicosociale. Verso una nuova teorizzazione del soggetto criminale*, a cura di A. Verde, Milano, Franco Angeli, 2016, p. 173 ss.

33 P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 103.

34 See B. D. Byers, B. W. Crider, *Hate Crimes Against the Amish. A Qualitative Analysis of Bias Motivation Using Routine Activities Theory*, in *Deviant Behaviour*, 2002, 23, 115 ss., K. Franklin, *Antigay Behaviours Among Young Adults. Prevalence, Patterns, and Motivators in a Noncriminal Population*, in *J. of Interpersonal Violence*, 2000, 15, 339 ss.; P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 100.

35 *Ibid*., p. 135 ss. See J. McDevitt, J. Levin, S. Bennet, *Hate Crime Offenders. An Expanded Tipology*, in *J. of Social Issues*, 2002, 58, p. 303 ss., and J. McDevitt, J. Levin, J. Nolan, S. Bennet, *Hate Crime Offenders*, cit., p. 143.

36 H. Willems, *Right-Wing Extremism, Racism or Youth Violence? Explaining Violence Against Foreigners in Germany*, in *New Community*, 1995, 21, p. 501 ss.

37 See C. Turpin-Petrosino, *op. cit*., p. 109.

38 The common trait is the organizational one, but the level of organization is very varied: sometimes they are smaller and sometimes larger groups, often identified by common or uniform symbols; there are specific criteria for belonging to the group and sometimes an identification card is required; they have their own literature and sometimes raise funds to support the group. Very often the religious trait characterizes the group.

39 See C. Turpin-Petrosino, *cit*., p. 110.

relationships"[40]. However, criminological research also highlights the involvement of integrated subjects, with stable family relationships, who nourish a sense of insecurity and apprehension due to the increasingly plural and heterogeneous nature of society.

The value system that inspires the work of the hate group, as we said, varies considerably from group to group. However, according to a recent criminological classification, we can identify some typical and recurrent reasons that animate these groups: the affirmation of an alleged racial superiority (there are many "white supremacist" groups), sometimes legitimized on the basis of a religious tradition, homophobic sentiments (more often directed towards men rather than women), contempt for ethnic minorities, immigrants and Jews, finally anti-statist ideologies[41]. The watchword that unites these groups, from an ideological point of view, is "power". In particular, they talk about "White Power". These are in fact groups - the white supremacists - which are animated by the concern of the loss of power in the hands of whites and which embrace eugenic and racist theories in order to legitimize the domination of the superior race over others. This is accompanied by the idea of racial separation. An ideology that often finds its legitimacy in religious thought (Christian and otherwise)[42].

A further taxonomy, within white supremacist groups, is often proposed: one distinguishes between extreme right-wing racist movements (think, in the US, the *Ku Klux Klan* and the *Christian Identity Groups*) and white resistance movements (think to Neo-Nazi groups and *Skin-heads*). Alongside these groups, there have also recently been nativist groups that aim to oppose the phenomenon of migration[43].

When hate groups become protagonists in the first person of hate crimes, they are, according to the criminological findings, of hate crimes characterized by extreme violence[44]. So much so that, according to some scholars, hate groups are not distinct from terrorist groups[45].

But the most significant acquisition is the following: the strategy of hatred is pursued mostly through the dissemination of publications, pamphlets, as well as messages that incite hatred towards the protected group conveyed, among other things, through the network and the web. The diffusivity of these tools means that even subjects not affiliated with the hate group become recipients of these messages and come to share the culture of violence promoted by the group and to implement it[46]. So it is necessary to deepen *the relationship between hate crimes, as well as hate speeches and social media, given that the diffusion of hate online is an acquired fact in criminological research* that affects both single authors of hate speech and also hate groups. In particular, as Ziccardi recalls, the Internet has provided before and even more since the 2000s a "forum in which racists could create their messages and transmit them all over the world, with very little effort, managing to bring offenses on a large scale"[47].

It may therefore be useful to test the spread and incidence of hatred on the net and we have chosen to do so with reference to the Italian context. Some recent testimonies of the spread of hate on the net

40 Id., *cit*., p. 111. In-depth studies were conducted on how to recruit members of the hate group. Some of these point out that often the personal bond with a person already belonging to the group is fundamental: at the origin of the choice to become part of the group there would be the need to establish or increase emotional and friendly relationships. However, more often the purpose with which one joins the group is to achieve the preservation of one's culture and values. Group members leverage the subject's sense of frustration and dissatisfaction to induce him to join the group, promising to preserve its culture and values. Above all, recent studies indicate that it is above all the attraction of committing violent acts that leads to joining the group, once joined to which racist feelings and attitudes are also strengthened, which remain even when you decide to leave the group. On such studies see P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 174 ss.

41 See C. Turpin-Petrosino, *cit*., p. 120 ss.

42 P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 165 ss. Often, through the hate group attempts are also made to exert a weight in political and social life. Many members of these groups are in fact candidates in political elections in the ranks of far-right forces.

43 Id., *cit*., p. 147.

44 N. Chakraborti, J. Garland, *Hate Crime*, cit., p. 111.

45 See P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 143.

46 See C. Turpin-Petrosino, *cit*., p. 112 ss. Often common acronyms and mottos characterize the work of hate groups: think for example of the acronym SWP, Supreme White Power, the acronym WPWW, White Pride Worldwide, the acronym RAHOWA, Racial Holy War, the acronym ZOG, Zionist Occupational Government; think of the number 88, which stands for Heil Hitler, since the H represents the eighth letter of the alphabet. Other tools for conveying the supremacist ideology are real rallies or marches where the symbols of this ideology are flaunted. The use of the telematic tool - the so-called hate online - is aimed not only at communicating with the affiliates of the group, but above all at spreading the hate message also to potential followers and to communicate with other hate groups spread all over the world. See on the topic P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 180 s. On online hate see G. Ziccardi, *L'odio* online. *Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, Cortina, 2016, *ivi*, on racial and religious hate, p. 105 ss., on homophobic hate, p. 135 ss.

47 G. Ziccardi, *op. cit*., p. 70.

in Italy come from the Italian Observatory on Rights (Vox) which has mapped intolerance based on the study of hate messages on the net. Let's retrace the historical evolution of the data collected.

First of all, the third mapping of hate online shows that in the years 2017-2018 homophobic hatred decreased (negative tweets drop from 13,195 in 2017 to 8,727 in 2018), perhaps due to the law on civil unions, while it is growing exponential xenophobic hatred, which manifests itself in a high intolerance towards the migratory phenomenon, fueled especially by the landings of refugees (25,197 negative tweets in 2018 against 23,540 positive), anti-Semitism (6,566 negative tweets in 2018 against 2,847 positive), and Islamophobia (26,783 negative tweets in 2018, depicting Muslims as terrorists and jihadists or "vu cumprà", against 16,042 positive), all figures on the rise compared to the 2017 surveys. It is very high hate against women, which is unleashed even when the news records cases of femicide (100,899 negative tweets in 2018 against 42,537 positive). Hatred of disabled people is also widespread online: 11,257 negative tweets in 2018 against 5,414 positive ones.

The third mapping has been adjusted by the fourth mapping of hate online, updated to 2019, from which similar data emerge: homophobic hatred is decreasing, which is rekindled when debating rainbow families (7,808 negative tweets against 3,933 positive); Islamophobia is confirmed in the first position in the online hate ranking. The most affected cities are Bologna, Turin, Milan, Venice. Stimulated by international events, such as the attacks, and instigated by a certain political narrative, intolerance against people of Islamic faith fades in the communities where their presence is more integrated. The negative tweets are 22,532 against 6,823 positive tweets. Migrants are in first place among the categories of people most affected by hate speech, in clear growth compared to the previous year. And, among the most intolerant cities, Milan stands out. There are, also following the utterances of politicians, 49,695 negative tweets against 24,756 positive tweets.

As for anti-Semitism, it is reported that hatred against Jews is rampant and is getting worse. It is concentrated in Rome and its surroundings. Almost non-existent in previous years, anti-Semitism explodes on Twitter. It mainly affects central Italy and targets Jews using stereotypes and fake news. Compared to Islamophobia, anti-Semitism does not need the inspiration offered by international events to unleash it. Negative tweets are 15,196 against 4,756 positive tweets. As for the disabled, Vox says that today they are in the crosshairs of hate. Compared to 2018, intolerance against people with disabilities has grown sharply: it rises with the media hype around issues related to the world of disability. Its spread throughout the peninsula is striking. The negative tweets are 16,676 against 6,823 positive tweets. Misogyny is stable.

Lastly, the online hate mapping was updated in 2020, with the fifth mapping, from which it emerges that in the year of the pandemic online hate focuses on women, especially if they work. And against Jews and Muslims. However, one main fact is striking. Hate speech has decreased significantly compared to 2019. In summary, it is hated in a different, more rooted and radical way, even if quantitatively the phenomenon has decreased: this incisiveness of intolerance in the online world is worrying, but also the specular diffusivity of this phenomenon at a geographical level. The social categories most exposed to the changes and adaptations necessary to overcome the current pandemic crisis are hated: women and migrants. Jews still are victims of hate in a stable way, because historically, in every period of crisis, object of intolerance.

Vox writes, "*a panorama that worries, because hating in a more rooted way is the activation factor of different and more organized forms of extremism*"[48].

Going into more detail, the Vox mapping highlights a redistribution of total negative tweets; in fact, in 2019 the most affected clusters were migrants (32.74%), followed by women (26.27%), Muslims (14.84%), disabled (10.99%), Jews (10.01%) and homosexuals (5.14%). In 2020, women (49.91%) and Jews (18.45%) occupy the first two places, followed by migrants (14.40%), Muslims (12.01%), homosexuals (3.28%) and disabled (1.95%). There is also a higher percentage of negative tweets than positive ones in the following categories: disabled, women and Muslims.

Five, the main considerations that emerge from the research that I faithfully report.

"Compared to past years, the languages of hate are more *widespread throughout the country*, surpassing the concentration, typical of past editions, in large cities. Despite the confirmation of the most affected categories (women, Muslims, Jews, migrants), however, *a certain stabilization emerges as regards above all homosexuals and people with disabilities*. Probably a sign of the spread of a more inclusive culture, the result of communication campaigns for social inclusion and the regulatory framework for protection, which is gradually being established (especially with regard to homosexuals). A particular focus deserves *misogyny*, which is still predominant. Strong, continued, concentrated attacks on women. But with a particularity. In addition to the ubiquitous body shaming attitudes, many attacks have contained

48 See the last mapping on the site: www.voxdiritti.it.

the competence and professionalism of women themselves. It is the work of women, therefore, that emerges this year as a co-factor triggering misogynistic hate speech: an element, which has never appeared with this evidence in previous surveys, which seems to lead back to the broader reflection on the job opportunities of women linked to new way of working during the pandemic, with a focus on smart working. Another important focus concerns *anti-Semitism*, growing in absolute value compared to 2019 (today we are at 18.45% of the total negative tweets detected, in 2019 we were at 10.01%). In this case, the upward trend recorded over the years is worrying, passing from 2.2% in 2016, in a constant progression, to current data. And if the heavy outbreaks of anti-Semitism in the course of historical eras crossed by crises and fears is unfortunately all too well known, it should be added that, by disaggregating the data, a more positive curve is instead captured. Of all those who tweeted about Jews, in fact, the positive tweets this year outweighed the negatives for the first time: 74.6% positive tweets, *vs* 25.4% negative. To return to the comparison with the period November - December 2019, the percentage was clearly reversed (69.75% negative *vs.* 30.25% positive). Other targets of the haters are the *Muslims*. The tweets of hatred and discrimination referring to Muslims come close to the more general category of *xenophobia* (12.01% of negative tweets out of the total of negative tweets detected in the first case, 14.40% of negative tweets out of the total of negative tweets detected in the second). The hatred of Muslims via Twitter is corroborated and activated both by national events (such as the case of the liberation and return to Italy of Silvia Romano) and by international events (such as the terrorist attack in Reading on June 20). Finally, it should be emphasized that the geographical distribution of hateful or discriminatory tweets against Muslims is more widespread throughout the country, although there are concentrations in some cities in Northern Italy"[49].

Conclusively, these data confirm the profile of the victims of hate crimes and hate speeches that emerges from criminology. As come from the study of the harmfulness of hate crimes, it is proven that such crimes have a worse impact on the victim than ordinary crimes: this is why it is important to study the *victimological profile* of such crimes[50]. *Criminological research has shown that the fact of being chosen as victims on the basis of personal and immutable characteristics generates a sense of vulnerability and victimization with a unique character*: the victims know that they cannot avoid further attacks due to the personal characteristics of which they are carriers and this creates in them a strong sense of insecurity, much higher than the insecurity perceived by the victims of ordinary crimes. As noted in the literature, hate crimes are distinguished from this point of view for two reasons: first of all, there is a historical tradition of victimization motivated by racial, anti-Semitic and homophobic hatred; secondly, there is an ongoing complicity of social institutions and the dominant culture in the labeling of protected groups. These two components, together, account for the greater damage that accompanies the victimization of protected groups compared to that caused to the victims of ordinary crimes[51].

So, which are the most frequently victimized groups online and offline? The most recent statistical data suggests that the first victims of hate crimes, in all legal systems, are *ethnic minorities*. It is no coincidence that racial prejudice is the primary motivation for hate crimes: if we consider the US context, it is an example of the primacy of racial hate crimes, committed to a greater extent, in that system, towards African-American victims, also due to a long historical tradition of discrimination dating back to the Civil War. The "black" victims are very easily identifiable and therefore more often the target of the hat-

49 *Ibidem*.

50 It is necessary to point out the difficulties in investigating the victimological profile, due to the high obscure number on the subject: various possible causes. Mostly, the victims of hate crimes, especially ethnic minorities, but also LGBT people, tend not to report the crimes they have suffered, sometimes due to a lack of trust in the police force, sometimes due to linguistic and cultural limitations. So much so that, in the U.S.A., alongside the official surveys carried out by the police, an annual survey on victimization is carried out, the so-called NCVS, or National Crime Victimization Survey, with which they try to measure the incidence of crimes regardless of the *notitiae criminis* collected by the formal social control agencies. Although only in recent times this tool has been used to investigate the motivations of the offender, in the view of the victims, this survey would reveal a number of hate crimes far more consistent than what emerges from the FBI data. Difficulties are also encountered in the interpretation of data and in the recording of hate crimes, once reported: often the same fact can represent a racial and ethnic as well as religious hate crime. See extensively on this topic P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 192 s. On victim in the criminal system, today more protagonist, see M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015, p. 1 ss., 86 ss.

51 The serious attacks on physical integrity suffered by members of protected groups generate a sense of strong helplessness and frustration. The data of the American Department of Justice, which since the 1970's has compiled annual statistics on victimization, are unequivocal in this sense: over time, victimization resulting from hatred has increasingly become violent victimization that translates into assaults on life and the physical integrity of the protected groups. See C. Turpin-Petrosino, *cit*., p. 136 e s. To similar conclusions the recent Report, dated 2017 on 2004-2015 years. See M. Masucci, L. Langton, *Hate Crime Victimization, 2004-2015*, BJS, U.S. Department of Justice, 2017, p. 1 ss.

ers. Furthermore, their lower legal protection by formal social control agencies makes them reluctant to report the hate crimes they have suffered[52].

Ethnic/racial hate crimes are interpreted through various explanatory theories. In particular, there are two theories: the so-called power threat hypothesis and the so-called power differential hypothesis. The first theory postulates that hate crimes against ethnic minorities are perpetrated when "whites" believe that emerging minority groups pose a threat to their economic, social and political security. The second theory hypothesizes that, when "whites" dominate a particular neighborhood and control its political institutions (the victimization of ethnic minorities occurs more often in the areas of residence of the victims), they are less reluctant to commit hate crimes because of the power they enjoy. For both theories, these are crimes that represent the product of conflictual dynamics in the name of which the offenders act in order to safeguard the "white hegemony"[53].

Increasingly, in many jurisdictions, based on the most recent data, victimization affects LGBT people secondarily: homophobic hate crimes compete for the field, so to speak, with racial hate crimes.

In this sense, the English, French and Spanish data are explaining. The US example is also emblematic: historically discriminated against in this legal system, homosexuals have taken on a strong social visibility following a revolt aimed at affirming the rights of LGBT people, the so-called Stonewall Rebellion, in 1969: since then, data from the Federal Bureau of Investigation testify to a constant increase in homophobic hate crimes, an increase also confirmed by the most recent surveys (16% in 2017)[54].

What are the contours and impact of this victimization?

Most of these are crimes against the person and against property perpetrated towards LGBT victims (more often by white males), at school, in the workplace, or even at home. In fact, it is not uncommon for the attacks to come from the victim's own family, which translates into a profound trauma for the victim. Criminological research highlights the brutality of attacks against this type of victim, who suffers a very marked psychological impact that is destined to last over time, a much more disruptive impact than that caused by ordinary crimes.

The obscure number is very high with reference to homophobic hate crimes due to the tendency of victims not to report in order not to declare their sexual orientation and this for fear of further victimization. The broad set of empirical research leads the criminological doctrine to affirm that homophobic violence is "common and widespread"[55].

Not only. It also emerges from the criminological literature that such attacks are more serious than those that characterize racial and religious hate crimes[56]. However, as we said, criminal legislators do not always include sexual orientation among the protected characteristics. In particular, it emerges that victimization mostly affects male homosexuals (rather than female subjects), especially those of color; that they are more often crimes against the person, perpetrated in groups. Hate crimes against homosexuals occur more often in public places, those against lesbians in private places[57].

The reasons behind this violence are many: certainly, the frequency and full social acceptance of homophobic prejudice, as well as arguments of a religious or moral nature, which, despite the affirmation of the movement for the recognition of the rights of homosexuals, condemn homosexuality. A further reason: the manifestation of homophobic hatred is often seen as a way to demonstrate one's masculinity. Where homophobic violence is expressed by hate groups, it is frequent to resort to arguments related to the moral and biblical prohibition of this practice, to the inadmissibility of special rights for LGBT people, as well as to their responsibility for the spread of AIDS, and finally to their violation (especially

52 See P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 202, and L. Goisis, *Giustizia penale e discriminazione razziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 22 ss.

53 See C. Turpin-Petrosino, *cit*., p. 140 ss.

54 P. B. Gerstenfeld, *op. cit*., p. 194.

55 P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 214 ss.; G. M. Herek, J. Gillis, J. C. Cogan, *Psychological Sequelae of Hate Crime Victimization Among Lesbian, Gay, and Bisexual Adults*, in *J. of Consulting and Clinical Psychology*, 1999, 67, p. 945 ss.

56 C. Turpin-Petrosino, *cit*., p. 152 s. The results of the criminological investigations also seem to highlight a double discrimination against LGBT people of color. In particular, the study of E. Dunbar, A. Molina, *Opposition to the Legitimacy of Hate Crime Laws. The Role of Argument Acceptance, Knowledge, Individual Differences, and Peer Influence*, in *Analysis of Social Issues and Public Policy*, 2004, 4 (1), p. 91 ss., a study that testifies to the different brutality of hate crimes where the bias motivation is different, in addition to the presence of multiple forms of discrimination against people with multiple protected characteristics (race, sexual orientation, gender).

57 See P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 216.

in the case of transgender subjects) of gender roles[58]. As Perry points out, offenders believe homosexuals should be punished for refusing to "interpret gender appropriately"[59].

Finally, the most frequent victimization is that motivated by *religious hatred*. Religious hate crimes are in fact very widespread in various countries. What is important to observe is that religious hatred strikes the most diverse victims: taking the US legal system as an example again, for its representativeness in relation to the issue of hate crimes, it can be observed how, according to data from the Federal Bureau of Investigation, religious hatred is today and still above all anti-Semitic hatred - as has been observed "no form of hatred has been as universal, profound and permanent as anti-Semitism"[60] – and to follow anti-Islamic hatred, a hatred that grew exponentially following the notorious attack on the Twin Towers[61]. This is followed by hate crimes committed against Catholics, against various religious groups, against Protestants, against other Christians, against the Sikh minority, against the Orthodox. Although Jews make up only 3% of the American population, well over 15% of Americans (especially African Americans) harbor anti-Semitic sentiments and denier attitudes[62].

In this case, also, the victimization is very strong due to the fact that the victim is chosen not in the name of what he has done, but in the name of what he is, that is in the name of a fundamental trait of his personality: being affected in the depths of one's identity it has a greater and more lasting emotional impact[63].

Alongside racial, homophobic and religious hate crimes, disability and gender (as well as gender identity and, sometimes, homelessness) appear among the protected characteristics, for a high level of victimization.

As for the victims of hate crimes on grounds of *disability*, these are often subjects known and familiar to the offender who may be a relative or a person who takes care of the victim. A victim who very often does not report - the obscure number is very high compared to such crimes - as they are not even aware of having suffered a crime, especially in the case of individuals with mental deficits.

A critical profile with respect to this category of hate crimes is underlined by those who doubt that they are crimes in which more than the animus hostile towards a group, that of subjects with physical or mental disabilities, is in the presence of mere acts of bullying, an objection often raised also with reference to the crimes committed against the so-called homeless[64].

On the other hand, the debate on crimes based on *gender* hatred is broader and more articulated, unanimously traced back in doctrine to the desire to affirm masculinity and the power of men over women[65].

3. The Italian legislative panorama

When compared with the legislative landscape that emerges from the comparative perspective, and even if the criminological frame of the traditional and online hate in Italy is distressing, the Italian experience in the field of racial, religious, homotransphobic, sexist and by disability discrimination is scarce. The Italian legislator, on one hand, has ruled on racial and religious hate crimes and hate speeches with a scant special legislation (the so called "Legge Reale-Mancino"), recently transposed into the Criminal

58 See Id., *cit*., p. 219 ss.

59 B. Perry, *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*, New York-London, Routledge, 2001, p. 116.

60 D. Prager - J. Telushkin, *Why the Jews? The Reason for Anti-Semitism*, New York, Simon & Schuster, 1983, p. 17.

61 According to the statistics of the Fbi, *Uniform Crime Report, Hate Crime Statistics 2017*, of the total religious hate crimes, 58.1% are anti-Semitic hate crimes (mostly crimes against property) and 18.7% are anti-Islamic hate crimes. See also C. Turpin-Petrosino, *cit*., p. 154 ss., in part. pp. 156-157. The study of the data relating to the individual jurisdictions allows us to highlight the increase in attacks against Muslims: for example, in Colorado there are no such attacks in the first part of 2001, while they amount to 19 in the second half of the year following the terrorist attacks on the Twin Towers. In Texas, anti-Islamic attacks went from 4 to 63. The data provided by associations in defense of discrimination against Muslims (in particular The American-Arab Anti-Discrimination Committee) testify to even higher numbers of Islamic victimization after 11th of September: in the order of 600 victims in the following six months. On the point P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 194 ss.

62 See Id., *cit*., p. 205 s.

63 Id., *cit*., p. 159 s.

64 *Ibidem.*

65 See P. B. Gerstenfeld, *cit*., p. 227 s.

Code. On the other hand, Italy does not have any anti-homophobia law, nor does it provide for criminal rules, of ordinary rank, which incriminate or aggravate the sanctioning treatment for discrimination based on the victim's sexual orientation, gender identity or gender. Very scarce also the ad hoc norms aimed to protect disabled persons.

On homotransphobic discrimination, in particular, in the Italian context, however, there has been debate for some time about the appropriateness and legitimacy of punishing acts of discrimination committed against homosexuals and transsexuals, as well as to punish with an aggravated sentence, thus providing for an aggravating circumstance, those crimes committed due to the homosexuality/transsexuality of the victim[66].

In the first direction – that is, the provision as an autonomous type of crime of acts of discrimination due to homophobia – was the bill (AC 2807, in the name of Di Pietro) presented in October 2009 in Parliament and aimed at modifying the ratification law of the 1966 Convention on racism (law n. 654 of 13th of October 1975, the so-called Reale law) and the Mancino law, that is the law of 25th of June 1993, n. 205, in order to extend to behaviors based on homophobia and transphobia criminal offences provided for acts committed for racial, ethnic, national, religious reasons (the project also provided for the extension of the aggravating circumstance of racial hatred pursuant to Art. 3 of the so-called Mancino law).

In the second direction – the provision of a common or special aggravating circumstance – went the unified draft law AC 2802 and AC 2807, presented by Hon. Paola Concia in November 2010: the bill provided for the introduction in the special part of the Criminal Code of two aggravating circumstances at Articles 599-*bis* and 615-*quinquies* of the Criminal Code. There was no lack of proposals for the introduction of the homophobic aggravating circumstance in the body of Art. 61 of the Italian Criminal Code, with the provision of a paragraph 11-*quater*, exclusively applicable to non-culpable crimes against individual life and safety, or individual personality, personal freedom, moral freedom[67].

The Italian Parliament rejected the various bills presented, most recently in November 2012, accepting on several occasions two preliminary questions, based on the principle of equality pursuant to Art. 3 of the Constitution, as well as on the principle of legality (in particular on the principle of precision) pursuant to Art. 25, paragraph 2 of the Constitution[68]. Issues that in reality both appear unfounded: above all the so-called argument of "reverse discrimination" is disavowed only if one thinks of the most recent statistical data on hate crimes (we will mention the data later) which testify of the diffusion and pervasiveness of homophobic violence, establishing in the sense of a condition of weakness and vulnerability of a group, that of LGBT people, also proven by the criminological findings on the gravity of homophobic hate crimes, a condition that the imperative of equality not only suggests, but requires to protect, according to a principle of differentiated protection of objectively different situations, in compliance with the principle of reasonableness. An argument which is also linked to the greater criminal value of crime inspired by homophobic hatred[69].

Seemed to welcome the warning of the doctrine the relatively recent intervention of the legislator on homophobia, transfused into the bill AS 1052, the so-called "d.d.l. Scalfarotto", approved in the House on 19th of September 2013. The bill, in line with the European idea of an assimilation between racial hatred and homophobic hatred[70], extended the incriminating norms of the Reale-Mancino law to conducts based on "homophobia or transphobia". However, in our opinion, not inappropriately, the bill excluded the extension for the crime of propaganda of racist ideas pursuant to Art. 3, paragraph 1, lett. a), part I, l. n. 654/1975. The legislator, in making this omission, seems in fact to have acknowledged the need to avoid the creation of new crimes of opinion.

"There is only one serious objection that can be advanced today against the proposal to extend – by the legislator – the provisions of the Reale law and the Mancino law to homophobic behavior (...). The problem concerns the reconciliation of the contrast to homophobia with the freedom of expression of thought (Article 21 of the Constitution)"[71], as observed in the doctrine. Although, in our opinion, the balance between the juridical goods at stake, freedom and equality/dignity of the person, as well as the interpretation in light of the concrete danger and the contextualization of the propaganda and instiga-

66 E. Dolcini, *Omofobia*, cit., p. 25 ss.

67 Id., *cit*., p. 30.

68 See Id., *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Diritto penale e processo*, 2011, 11, p. 1393 *ss.*

69 Id., *Omofobia*, cit., p. 25 ss.

70 See 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 *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 425.

71 E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 22.

tion offences, conducted by the judiciary, allows partially to overcome the doctrinal criticisms against the Italian anti-discrimination system based on hate speeches[72].

The so called Scalfarotto's bill, however, had been stranded in the Senate for years now.

Pending a reform of the discipline – inaugurated today by the combined drafts of bills from Hon. Zan, Hon. Boldrini, Hon. Bartolozzi, Hon. Scalfarotto and Hon. Perantoni, finally approved today in the Assembly – it is impossible not to suggest to the Italian legislator that his task is currently facilitated when one thinks of the presence in Italian legal system of a code system for the repression of racial hate crimes (ethnic, national and religious) which, making use of the two legislative techniques, both the aggravating circumstance and the autonomous type of crime – now contemplated in Articles 604-*bis* and 604-*ter* of the Criminal Code, significantly among *Crimes Against Equality*, following the so-called reserve code, implemented in 2018, which (partially) transfused the combined provisions of the so-called Reale-Mancino law in the Code – establishes a highly effective criminal law against hate crimes.

On the one hand, in fact, various offenses are envisaged: in Art. 604-*bis c.p*. the propaganda of ideas based on superiority or racial or ethnic hatred, the crime of inciting or committing acts of discrimination for racial, ethnic, national, religious reasons, the crime of inciting to commit acts of violence or the commission of violence or acts of provocation to violence for racial, ethnic, national or religious reasons. Any organization, association, movement or group having among its purposes the incitement to discrimination or violence for racial, ethnic, national or religious reasons is also prohibited. Alongside these typical behaviors, the so-called aggravating of denial. On the other hand, Art. 604-*ter c.p.* contemplates the aggravating circumstance of racial hatred: "for crimes punishable by a penalty other than life imprisonment committed for the purpose of discrimination or ethnic, national, racial or religious hatred, or in order to facilitate the activities of organizations, associations, movements or groups that have among their finalities the same purposes, the penalty is increased by up to half".

While there remains room for discussion on the best formulation of the criminal rules to combat homotransphobia and misogyny – model the rules that provide for homophobic discrimination acts as a crime in a manner that respects the principle of precision on the example of foreign legislations, especially the French one, the use of expression "homophobia/transphobia", rather than "homosexuality or transsexuality of the victim", rather than "sexual orientation and gender identity of the victim", the use of the term "reason", "purpose" rather than "motives" – is to the new Section I-*bis*, within the scope of Title XII, Chapter III of the Criminal Code, entitled to *Crimes Against Equality* and the proven anti-discrimination system of the Reale-Mancino law, transfused in this Section of the Penal Code, which must be observed to counter the phenomenon of homotransphobia and misogyny.

In our opinion a proposal *de iure condendo* must be suggested: *it is necessary to insert in Articles 604-*bis *and* ter *of the Criminal Code the reference to sexual orientation and gender identity, as well as gender and also disability*.

The Italian legislator has attempted to remedy this obvious legislative gap with reference to the categories of gender, sexual orientation and gender identity[73] and, finally, disability – only by filling which the principle of equality can be truly respected – through the recent draft of law, named *d.d.l.* Zan *et Alii*, on the 4th of November 2020 approved by the Assembly of the Italian Chamber of Deputies.

72 See L. Goisis, *Crimini*, cit., p. 202 *ss.*

73 There are numerous general and specific arguments raised in the debate on homophobia against the criminalization of homophobic and transphobic hate crimes. We would like to draw our attention to the objection relating to the violation of the principle of equality and the so-called "reverse discrimination", to the detriment of heterosexuals, as well as the elderly and disabled. On this point, it seems necessary to highlight the reasonableness of a discrimination based on the principle of "differentiated treatment of the distinguished": the vulnerability of the victims of hate crimes, and in particular of the victims of homotransphobic hate crimes, of which criminological and psychiatric science show evidence, undoubtedly makes, in our opinion, necessary the choice of providing for a penal discipline to contrast homotransphobia. As has been authoritatively underlined, "on the other hand, it is a well-known phenomenon in our legal system that a *particular vulnerability of the victim*, connected to a specific personal condition and/or to a specific space-time context, establishes a *disparity in criminal protection*: it suffices think of the common aggravating circumstance of Art. 61, n. 5, *c.p.* (so-called aggravating circumstance of the minority defense)" (E. Dolcini, *Omofobi*, *cit.*, p. 17). However, in our opinion, even if the greater vulnerability of sexual minorities is denied, there is undoubtedly the greater criminal value of the conducts inspired by transphobic and homophobic motivation: the reason for the greater gravity (as well as the greater degree of guilt) of the conducts inspired by racial hatred. A further criticism refers to the presence in Italian Penal Code of the so-called aggravating of abject and futile reasons, referred to in Art. 61, n. 1 *c.p*. (F. Pesce, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà d'espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 21 e 31). However, the argument is without foundation because it ignores the fact that at the jurisprudential level there are no applications of the aggravating circumstance in question to the reasons of homotransphobia. In fact, jurisprudence emphasizes that this aggravating circumstance must be recognized on the basis of the average assessments of the community at a given historical moment: it is now evident that the acceptance of homosexuality is by no means the object of unanimous agreement in Italian society. See L. Goisis, *Crimini*, *cit*., p. 519 *ss.*

A more deeply study of the contents of this text of law, now to be examined by the other branch of the Italian Parliament, the Senate, is mandatory.

4. The recent bill approved in the Italian Chamber of Deputies: a needed reform

It is known that the so called *d.d.l.* Zan *et Alii*, named by the rapporteur, has been approved as a unified text (AAC 107, 569, 868, 2171 and 2255) – the result of the various proposals from Hon. Boldrini and others, Hon. Zan, Hon. Scalfarotto and others, Hon. Perantoni and others, Hon. Bartolozzi – on 30th of July 2020 within the Justice Commission of the Italian Parliament. This draft of law, titled "*Amendments to Articles 604*-bis *and* ter *of the Criminal Code, on violence or discrimination on grounds of sex, gender, sexual orientation or gender identity*", consists of 10 Articles, which focus on both repressive and preventive strategies (also protective), in order to counter forms of homotransphobic discrimination and misogynist violence, which, as stated in the accompanying report to the unified bill, are continuously growing according to statistical surveys. *Today*, after the approval in the Chamber, *the discipline has been correctly extended also to disability.*

Articles 2 and 3 of the *d.d.l.* modify the *Crimes Against Equality* provided for by Articles 604-*bis* and *ter* of the Criminal Code to add discriminatory acts based on "sex, gender, sexual orientation, gender identity or disability" to discrimination on racial, ethnic, national and religious grounds. The extension concerns offence of instigation to carry out or carry out discriminatory and violent acts referred to in letters a) and b) of paragraph 1 of Art. 604-*bis* of the Criminal Code, as well as the associative hypothesis referred to in the second paragraph of the same article, excepting the extension of the propaganda, thus avoiding entering into potential collision with the freedom of expression (as well as the hypothesis of denial). Art. 3 similarly extends the aggravating circumstance so called of racial hatred to conducts based on sex, gender, sexual orientation, gender identity or disability. Art. 4 contains a clause of safeguard for freedom of expression and pluralism of ideas. Art. 5 amends Art. 1 of the law 25th of June 1993, n. 205, on the one hand, introducing the possibility of carrying out unpaid activities in favor of the community provided for therein also in the case of conditional suspension of the sentence and suspension of proceedings with probation. It is also envisaged that the community service can be carried out in associations and organizations that are interested in protecting the victims of the crimes referred to in Art. 604-*bis* of the Criminal Code, considering the reasons that led to the conduct[74].

Furthermore, Art. 6 of the *d.d.l.* amends Art. 90-*quater* of the Code of Criminal Procedure, including among the vulnerability conditions of the offended person relevant for the purposes of the criminal trial also those arising from the fact that the crime is committed for reasons related to sex, gender, sexual orientation, gender identity or disability. Finally, Articles 7, 8, 9 provide for policies to promote the equal dignity of LGBT people and support actions in favor of victims of crime. Art. 10 requests Istat (Italian Institute of Statistics) to carry out surveys, at least every three years, on discrimination, violence and the characteristics of the subjects most exposed to risk, in order to verify the application of the reform and implement policies to combat racial and ethnic discrimination, religious, or based on sexual orientation or gender identity.

Some brief *comments* on the bill, which appropriately welcomes the warnings of a part of the criminal law doctrine.

On the one hand, it can be observed that the terminology used is *respectful* of the *principle of precision*: as we said, in fact, the terms sexual orientation, gender identity and gender, the same term sex, probably added in the unified text at the request of the feminist movements and in our opinion not necessarily introduced, are able to guarantee the precision and clearness of the type of offence, as also demonstrated by the experiences of foreign legislations that invariably make use of it, also avoiding discriminatory outcomes: in fact, these are terms widely used in Italian legal system (in labor law, in the penitentiary law, in the language of the Constitutional Court, as well as of the supranational courts, and in international documents). Art. 1, lastly introduced in the text of law, defines all these terms according

74 It is necessary to underline some critical aspects of the reform. With the amendment of paragraph 1-*quater* (letter a), n. 3 and 4, relating to community service, the maximum duration of 12 weeks is eliminated: this involves the application of Art. 37 of the Criminal Code, which establishes the principle of equivalence with respect to the main penalty, which could produce unreasonable outcomes. See Camera dei Deputati, Servizio Studi, Dossier n. 219/1.

to the most accepted interpretation, so that the precision is guaranteed[75]. Even if would have been more *appreciable*, for the reasons explained above, the choice *not to include definitions for criminal purposes* in the bill (despite the warning to this effect from the Constitutional Affairs Commission and the Legislation Committee): definitions risk not only excluding certain categories of subjects, but above all to create an unreasonable disparity with respect to the categories originally protected by the discipline in question: race, ethnicity, nationality, religion.

On the other hand, we recalled in other place the attention of the legislator to the appropriateness of including *disability* as a factor of discrimination: although the aggravating circumstance referred to in Art. 36 of the law n. 104/1992, there is no discipline for the hypothesis of crimes of discrimination and violence due to disability. To corroborate the opportunity to introduce this additional factor of discrimination, in addition to its presence in the anti-discrimination legislation of various foreign countries, there is in our opinion the same provision of the bill which continues to include among the contents of the community service also the work in favor of social assistance and voluntary organizations, such as those operating towards the disabled. So that is *provident the last choice to introduce in the discipline the additional factor of discrimination of disability*, even if a clearer coordination between this reform and the law n. 104/1992 should have been operated (abolishing Art. 36 of this law).

Finally, the provision of the bill which contemplates a statistical survey program, in Italy today in deficit, appointed to verify the application of the law, as well as the implementation of policies to combat discrimination and violence of a racial and homophobic matrix, is worthy of note: this would make it possible to assess the effectiveness of criminal legislation to combat hate crimes and therefore the very symbolic nature of such legislation.

As for the *objection* most frequently raised to this bill – *its alleged liberticidal nature*, invoked, as is known, in the public debate, by members of the conservative parties, as well as by the Italian Episcopal Conference (*CEI*) itself in some recent occasions – it should be noted that it is a matter of *specious objection*.

First of all, the bill does not extend the protection to the propaganda, but only to the incitement to discrimination and violence, as well as to acts of discrimination and violence. This argument alone would be enough to rule out any concern about future restrictions on freedom of expression. However, the objection is also instrumental because it does not consider the consolidated jurisprudential approaches in the Italian legal system: it is undisputed that constitutional as well as ordinary jurisprudence[76] has constantly interpreted the instigating offences in the light of the concrete danger, balancing the interests at stake – freedom of expression and human dignity – in favor of the second, equal dignity precisely, the juridical good protected by *Crimes Against Equality*. The ECtHR operated according to the same logical process. In other words, freedom of expression is not endangered by this reform: nor is it clear why the objection should apply only to homotransphobic and gender discriminations (today also to ableism) and not to racial and religious ones, which have always been the subject of criminal protection.

However, it could be appropriate to provide, in order to dispel any doubts on this point, as well as in foreign legal systems, a clause to safeguard freedom of expression: in this direction, we can greet with favor, albeit in perfectibility of the formulation, the so called Costa amendment, which, accepting the suggestion of the Constitutional Affairs Commission, has recently inserted a new Art. 3 (today Art. 4) in the text of the unified draft of law, containing precisely such a clause, which has been correctly rewritten by the Assembly and now reads as follows: "pursuant to this law, free expression of beliefs or opinions is permitted as well as legitimate conduct attributable to the pluralism of ideas or the freedom of choices, as long as not able to determine the concrete danger regarding the fulfillment of acts of discrimination or violence"[77]. This formulation of the clause – which seems to be a clause excluding the possibility

75 Art. 1. – "*For the purposes of this law: a) by sex we mean biological or personal sex; b) gender means any outward manifestation of a person that is in conformity or in contrast with the social expectations connected with sex; c) sexual orientation means sexual or emotional attraction towards people of the opposite sex, the same sex, or both sexes; d) by gender identity we mean the perceived and manifested identification of oneself in relation to gender, even if not corresponding to sex, regardless of having completed a transition path*". The same notion of discrimination can be found in the national and international anti-discriminatory legislation (as usually made by ordinary jurisprudence), even if a definition, similar to the French Criminal Code, could have been very useful.

76 See, on this jurisprudence, L. Goisis, *Crimini*, cit., p. 202 *ss.*

77 L. Milella, *Omofobia: la maggioranza con Forza Italia su emendamento salva-opinioni*, in *la Repubblica*, 23 luglio 2020. See the site of the Italian Chamber for the reports to Assembly of Hon. Zan, held starting from 3rd of August 2020 until 4th of November 2020.

of punishment – is respectful of the judicial interpretation just mentioned, claiming the concrete danger of the conduct: however, the tenor of the clause should be, in our opinion, more precise[78].

A further objection raised against the proposed law currently being examined by the Italian Parliament refers to the unnecessary nature of the legislative intervention on the matter. In our opinion, there are three direct reasons, in addition to the specific criminal law arguments already mentioned, which disavow this objection and place in the sense of the inalienability of the reform in gestation: the presence of an international obligation (at least implicit for the homotransphobic hate crime and expressed for gender hate crime) to criminalization, an obligation corroborated by the now constant jurisprudence of the ECtHR, as well as the victimological data, which cannot be ignored, plus a constitutional reason.

International documents on homophobia make it possible to deduce the existence of an obligation – at least implicit – to criminalize homophobic hate crimes.

The set of international provisions on the subject first of all contemplates those agreements which provide for a prohibition of discrimination. At the European level, Art. 14 of the ECHR which provides for a general prohibition of discrimination; the same Treaty on European Union, in Art. 2, defines respect for human dignity, equality and fundamental human rights; moreover, more specifically, Art. 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union prohibits all forms of discrimination based, among other things, on sexual orientation. Similarly, the Treaty on the functioning of the European Union, in Art. 10, clarifies that, in the definition and implementation of its policies, the Union aims to combat discrimination based on sex as well as sexual orientation, a prohibition of discrimination reinforced by Art. 19 of the same Treaty[79].

There are also important soft law instruments, albeit not legally binding: stand out the Resolutions on homophobia of the European Parliament of 2006 and 2012, which suggest, indeed require, the intervention of criminal law in the fight against homophobia[80]. These soft law instruments, if they do not clearly imply, due to their intrinsic nature, as evidenced in the doctrine, an express obligation to incriminate homophobic hate crime[81], nevertheless represent a non-negligible warning for the national legislator. What is certain is that, on an international level, it is excluded that there may be prohibitions on the indictment of homophobic hate crime and above all of homophobic hate speech[82]. It is stated, at European level, also in the light of the legislations that have taken a similar path, in the sense that "defining the incitement to hatred, violence or discrimination against LGBT people as a crime can coexist with respect for freedom of expression"[83]. This framing of the homophobic hate speech shows how there is unanimity of views at the international level on the advisability of resorting to criminal law in the fight against homophobic hate speech, reinforced in our opinion also by the presence of a more general international obligation, imposed on the national legislation from Art. 117, paragraph 1 of the Constitution, to the criminal repression of other forms of hate speeches, racial, religious and national, where they prove to be concretely dangerous. This is due to, among other things, the New York Convention of 1965, the ECHR, the same Statute of the International Criminal Court[84]. So much so that it could be assumed that an obligation of criminalization, on the basis of the rules mentioned above, also exists for homophobic hate crimes.

With regard to *gender-based violence*, we have already mentioned the obligations of criminalization arising from the Istanbul Convention.

Not only. The analysis of the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the field of homophobia allows us to grasp the orientation towards enhanced protection of sexual minorities. Suffice it to mention the well-known *Vejdeland* case[85]. The sentence is noted because it chooses to give a positive response to the debated problem of the use of criminal sanctions in the fight against hate crimes:

78 It should be construed, for example, as the Australian one. See *supra*, in the notes.

79 F. Pesce, *cit.*, p. 7 *ss.*

80 See, on similar soft law international documents, M. Pelissero, *Omofobia*, *cit.*, p. 16.

81 See Id., *cit*., p. 18.

82 *Hate speech* whose definition can be found in Recommendation (97) 20 of the Council of Europe. See A. Weber, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, 2009, p. 3.

83 Fra, *Homophobia*, *Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity,* European Union Agency for Fundamental Rights, 2010, p. 36 *ss.*

84 G. Pavich-A. Bonomi, *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 alla Costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 15 *ss.*

85 ECtHR, 9th of February 2012, *Vejdeland et alii v. Svezia*, N. 1813/07. See L. Goisis, *Libertà*, cit., p. 418 *ss.*

like racial hate crimes, homophobic hate crimes can also be countered through recourse to criminal law. In a similar direction, but even more eloquent, that of an obligation to criminalize, the subsequent sentence *M. C. and A.C. v. Romania* of 12th of April 2016[86]. As had been done by the Court in the previous *Identoba et alii v. Georgia*, of 12th of May 2015[87]. The European Court reaches similar conclusions in the recent *Lielliendahl v. Iceland*, of 11th of June 2020, ruling in which the violation of Art. 10 of the ECHR, which protects freedom of expression, is excluded in the case of the Icelandic law against homophobic hate crimes, by reason of the recognition of a need to protect "the rights of others" and the equalization of discrimination on the basis of sexual orientation to racial ones. Similar *dictum* in *Beizaras and Levickas v. Lithuania* of 14th of January 2020, where the Court condemned the State involved for not having prepared suitable measures to repress homotransphobic phenomena[88].

Therefore, it cannot be ruled out that the Italian government is exposed to the risk of being condemned by the European Court, should a similar case of homotransphobic violence emerge, in consideration of the fact that there has not yet been any legislation on the matter. If the jurisprudence of the European Court, as pointed out in the doctrine, has weight in the interpretation of the Italian legislative framework, given that it also constitutes a parameter of constitutionality for the Italian Constitutional Court, based on the interpretation of Art. 117, first paragraph, of the Constitution, the legitimacy of criminal law in the fight against homophobia – sanctioned by the Strasbourg Court in its most recent decisions – cannot be ignored even by the Italian legislator. Ultimately, the jurisprudence of the European Court of Human Rights leads, in our opinion, to corroborate the thesis about the existence of an international obligation to penalize hate crimes, among others, of a homotransphobic nature.

Pacific is also the Court's orientation in the fight against gender-based violence, considered a violation of Art. 3 of the ECHR, that is an inhuman and degrading treatment, an open manifestation of the violation of the human rights of female victims[89].

Lastly, *the victimological data – as we just demonstrated – point to the inalienability of the law on homotransphobia, misogyny and ableism*.

The evidence related to the spread of the phenomenon of homophobia, in all the forms described above, is given by the statistical surveys collected in numerous foreign countries and also in the Italian legal system on hate crimes. Despite the absence of sufficiently detailed official statistical data referring to Italy, both as regards racial hate crimes and homophobic hate crimes, the surveys provided by Oscad and Unar are currently available. The Observatory for Safety against Discriminatory Acts, Oscad, in collaboration with Unar, the National Office against Racial Discrimination, collects data on subjects who have suffered a crime in relation to race/ethnicity, religious belief, sexual orientation/gender identity and disability. According to the data provided by Oscad, *2,532* reports were recorded in Italy between 10th of September 2010 and 31th of December 2018 (a clearly not insignificant number), of which only a part constituting a crime, for which there were arrests and complaints. In particular, 59.3% (897) are ethnic/racial hate crimes, 18.9% (286) are religious hate crimes, 13% (197) are crimes of homophobic hatred, for 7.8% (118) of crimes against the disabled, for 1.0% (15) of hate crimes based on gender identity. The latest survey 2020 points out as the hate crimes has been 1,119 in 2019: 805 racial/religious hate crimes, 207 disability hate crimes and 107 homotransphobic hate crimes[90]. Lastly, the data collected by Vox, the Observatory for Rights, that we already mentioned, took part to corroborate the statistical data.

86 ECtHR, *M. C. e A.C. v. Romania*, 12th of April 2016, N. 12060/12. See C. Danisi, *Omofobia e discriminazione: la continua evoluzione nell'interpretazione della Cedu*, in *Articolo29*, 2016, p. 1 *ss*., www.articolo29.it., and also C. Fatta, Hate Crimes *all'esame della Corte di Strasburgo: l'obbligo degli Stati di proteggere i membri della comunità LGBTI*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 10, p. 1330 *ss*.

87 ECtHR, *Identoba et alii v. Georgia*, 12th of May 2015, N. 73235/12. See P. Dunne, *Enhancing Sexual Orientation and Gender-Identity Protections in Strasbourg*, in *Cambridge Law Journal*, 2016, 75, p. 4 *ss.*

88 See on these cases, respectively N. 29297/18 and N. 41288/15, the site of the ECtHR: hudoc.echr.coe.int.

89 See L. Goisis, *Crimini*, cit., p. 435, p. 440 *ss*.; F. Tumminello, *Violenza contro le donne nella giurisprudenza della Corte EDU: da Opuz c. Turchia al caso Talpis*, in *Iusinitinere*, 2018, www.iusinitinere.it.

90 See www.interno.gov.it.; hatecrime.osce.org/italy. In addition to these recently emerging data, the evidence of the presence of strong homophobic violence also in the Italian society are numerous and reliable: the reports drawn up by Arcigay on the basis of news relating to episodes of a clear homophobic nature recorded annually by the mass-media. The portrait that emerges from the *2019* report of homotransphobia cases, noted since May 2018, is worrying: *187* cases of homotranphobia recorded by the press are up, compared to 119 cases in the previous year. Obviously, this number does not exhaust the dimension of the phenomenon (not all discrimination or homotransphobic violence ends up in the newspapers), but the comparison of this indicator with those of past years traces a trend that cannot fail to alarm. See Arcigay, *Omotransfobia, 187 casi nel report 2019 di Arcigay*, at www.arcigay.it. In fact, according to the report for the years 2013-2014, there were 75 reports of attacks in those years (about half compared to today). See V. Branà, Ed., *Report Omotransfobia 2013-2014*, 2014, p. 1.

The qualitative, as well as quantitative, resurgence of acts of homotransphobic violence is therefore a phenomenon also present in Italy: which clearly demonstrates the *vulnerability of LGBT subjects,* as systematic victims of aggression motivated only by aversion to their sexual orientation[91].

Consistent, reading these data, also the discrimination against disabled persons, by reason of their psychological or physical "difference".

With reference to gender-based violence, most recently, according to the latest Istat surveys, updated to 2019, it is enough to recall one figure above all: it affects 6 million and 788 thousand women who have suffered physical or sexual violence during their lifetime[92]. Istat observes how, in reality, despite an encouraging number relating to a slight decline in violence, negative and by no means negligible signs emerge. *"The hard core of violence"*, writes the research institution, *"is not affected: rapes and attempted rapes are stable as well as the most heinous forms of physical violence. The severity of sexual and physical violence has increased"*[93]. In fact, in the last five years, compared with the five years prior to 2006 (the date of the first important Istat research on the subject), violence by partners and former partners has increased: the women who have suffered injuries increased (from 26.3% to 40.2%), very serious or medium-severe violence increased from 64% to 76.7%, women who feared for their lives following the violence they suffered increased from 18.8% to 34.5%. Gender-based violence, therefore, remains an alarming phenomenon, both quantitatively and qualitatively. Data that are also reflected in the Vox survey on hatred of women on the net that we remembered before. *Data which prove undoubtedly the necessity of the legislative intervention*.

This makes, in our opinion and partially of the criminal law doctrine, *urgent and fully justified*[94] *the intervention of the legislator and above all the criminal legislator,* who, precisely because of the "differentiated treatment of objectively different situations", imposed by Art. 3 of the Italian Constitution, as declined in the light of the principle of reasonableness, will have to prepare a reinforced protection of subjects that the criminological reality proves to be in conditions of weakness and vulnerability[95], which explains why in Europe the EU Directive 29/2012 included gender expression, gender identity, sexual orientation, in addition to gender and disability, among the protected victimological characteristics, due to the particular vulnerability of these victims.

Ultimately, the victimological data, together with the international obligations and the warnings of the European Court of Human Rights, as well as the greater criminal value of conduct inspired by homotransphobic, gender and by disability hatred, and also the *constitutional question* in relation to the *Crimes Against Equality* which should provide protection to *all factors* contemplated in Art. 3 of the Constitution, fully legitimize the current Italian reform of law, which – albeit with the limits and the compromises that any legislative intervention pays for – aims, on one side, to combat two phenomena – *homophobia and misogyny* (or rather sexism) – which are the result of the same *patriarchal vision* of the world, a vision that is *no longer acceptable* nor for modern societies, nor for the legal sciences and especially for contemporary criminal law, on the other side, to *complete the frame of protection of disabled persons*.

5. Conclusion. A useful discipline also for online hate crimes?

As Ziccardi points out, "if hate speech online, as regards the "themes", is not inherently different from similar expressions found offline, there are unique challenges that are related to online content and its regulation"[96].

Four, in particular, are the differences between online hate speech and traditional hate speech. First of all, the permanence of hatred, that is, the possibility of hatred online to remain in circulation for a long time and to spread like wildfire: think of the trending topics on Twitter that facilitate the dissemination of hateful messages; the possibility of hatred to reappear even if the hate message has been deleted; the

91 On this vulnerability, see E. Dolcini, *Omofobia*, *cit*., p. 24.

92 A. Battisti, *La violenza contro le donne. Dai nuovi dati statistici ai nuovi strumenti di contrasto e di prevenzione*, Istat, 6 March 2019, www.istat.it.

93 A. Battisti, *La violenza*, cit., slide 15.

94 See M. Pelissero, *Omofobia*, *cit*., p. 18.

95 E. Dolcini, *Omofobia*, *cit*., p. 25 *ss.*

96 G. Ziccardi, *cit*., p. 80.

importance of anonymity, which induces people to hate freely; finally, the transnationality of hatred that increases the effect of hate speech[97].

Faced with these peculiarities of online hatred, it can be seen that it is an evolving phenomenon that puts the law to a severe test.

Here we need to ask ourselves whether the repressive measures, and in particular the use of criminal law, in its sanctioning component, are sufficient to counteract such a complex and peculiar phenomenon as online hatred. In particular, it is necessary to ask whether the Italian discipline of crimes against equality, reformed in the direction of punishing also homotransphobic, gender and disability-based hate speech, as I said, can really be an effective discipline also on the ground hate online.

In our opinion, recourse to criminal law, in this historical phase - steeped in discrimination and overflowing with hate - is also essential in the field of online hatred as well as in the field of traditional hatred, with the foresight however that, *in the fight against online hatred, more targeted tools are needed*, which call into question the responsibility of various social actors - for example the providers which cannot be considered free from obligations and duties[98] - and not only of the criminal judge.

The Italian discipline of crimes against equality, if reformed according to the draft law in gestation, can only constitute a first step in the fight against online hatred, be it of a racial, religious, gender, sexual orientation or identity gender and disability nature. Much must be done by primary prevention, civil society and other fields of law (as private and administrative law).

97 Id., *cit*., p. 78.

98 See V. Nardi, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet Service Provider?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, p. 11 ss. It is questioned, in particular, if can be drawn an omissive responsibility for not having prevented the crime for the internet provider.

Interventi

*Pierluigi Consorti**

«Note verbali» e discriminazioni di genere. Un esempio di ingerenza diplomatica

Sommario

1. Premessa – 2. «Nota verbale» e regime concordatario – 3. «Nota verbale» e discriminazioni di genere – 4. Conclusione.

Abstract

Questo contributo trae origine dalla «Nota verbale» invita dalla Santa Sede all'Italia per manifestare la sua contrarietà verso un disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati e ancora all'esame del Senato (DDL Zan contro l'omofobia). L'analisi si muove sul piano scientifico riassumendo in via preliminare i fatti, poi trattando i temi di carattere pattizio e infine toccando alcuni profili di merito. L'intento è quello di mettere in luce sia l'illegittimità giuridica dell'intervento diplomatico in considerazione del principio di non ingerenza negli affari interni di un altro Stato, sia la sua inappropriatezza sul piano della mancata protezione dei diritti delle persone LGBT+.

This essay originates from the «Verbal Note» that the Holy See sent to the Italian Government to express its opposition against a draft law approved by the Chamber of Deputies and still under examination by the Senate (DDL Zan against homophobia). The analysis moves on a scientific level by a preliminary brief history of events, it later deals with the issues of legal relations between State and Church, and finally examines some substantial profiles. The intent is to highlight both the legal illegitimacy of diplomatic intervention in the light of the principle of non-interference in the internal affairs of another State, and its inappropriateness in terms of the lack of protection of the rights of LGBT+ people.

1. Premessa

Questo contributo trae origine da un recente fatto di cronaca politica e si propone di analizzarne, sul piano scientifico, alcuni aspetti relativi al diritto e alla politica ecclesiastica italiani, con particolare attenzione alle connesse questioni giuridiche di discriminazione di genere. In questo saggio presterò molta attenzione a non sovrapporre gli elementi politici a quelli giuridici, ben sapendo che si tratta di un esercizio sempre problematico, soprattutto per gli ecclesiasticisti[1]. In via preliminare riassumerò i fatti,

* Professore ordinario di diritto ecclesiastico e canonico nell'Università di Pisa, Presidente dell'Associazione dei docenti universitari italiani della disciplina giuridica del fenomeno religioso.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Per riferimenti aggiornati, cfr. P. Consorti, *Il ruolo del diritto nell'uso politico della religione. L'esperienza italiana da «mani pulite» all'ascesa della Lega*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2020, pp. 309-320; L. Diotallevi, *Osservazioni sociologiche sull'attuale uso politico della religione in Italia*, ivi, pp. 321-338.

e poi dividerò la trattazione in due parti principali: la prima si concentrerà sui temi di carattere pattizio, mentre la seconda analizzerà alcuni profili di merito.

Il 22 giugno 2021 un quotidiano di rilievo nazionale ha reso noto che la Santa Sede aveva trasmesso al Governo italiano una «Nota verbale» in cui venivano sollevate alcune perplessità circa la legittimità concordataria di un disegno di legge, già approvato alla Camera e in discussione al Senato, recante «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità» (atti Senato 2005, noto come «DDL Zan»). La notizia irrompe nel dibattito politico con esiti mediatici sovradimensionati, che inducono la Santa Sede a rendere poi noto il testo della «Nota verbale»[2].

Prima di esaminarne i contenuti, è utile chiarire che le «Note verbali» costituiscono una forma ordinaria delle relazioni diplomatiche fra Stati. In origine, si trattava esattamente di conversazioni attraverso le quali i rappresentanti diplomatici facevano conoscere ai loro interlocutori il parere dello Stato rappresentato in ordine a un certo affare. Ovviamente, il contenuto di queste conversazioni era accuratamente «annotato», ossia sintetizzato e conservato in *pro-memoria* conservati presso la sede diplomatica, ed eventualmente trasmessi ai rispettivi Ministeri degli esteri[3]. Nel tempo si è consolidata la consuetudine diplomatica – intesa anche come una vera e propria forma di cortesia - di sintetizzare il contenuto delle conversazioni relative ad affari più importanti in note scritte, non firmate, ma redatte su carta intestata e pertanto inequivocabilmente riferibili all'autorità che le trasmette[4]. Pertanto, a dispetto della denominazione, le «Note verbali» sono in realtà note scritte, peraltro redatte secondo regole formali ben precise, che le rendono documenti tipici del diritto internazionale, mediante i quali si possono anche definire vere e proprie controversie, specialmente quelle relative all'interpretazione applicativa dei trattati[5]. Ai fini di questo saggio, è quindi importante sottolineare che le consuetudini diplomatiche attribuiscono un'importanza formale alle «Note verbali»[6].

Il fatto che anche la Chiesa cattolica – che non è uno Stato – utilizzi questa forma di interlocuzione con gli Stati è una conseguenza storica legata al fatto che la Santa Sede – che non è esattamente la Chiesa cattolica – gode di una propria soggettività giuridica internazionale che le consente di intrattenere rapporti diplomatici con molti Stati e di essere a vario titolo membro di organizzazioni internazionali e sovranazionali[7]. Tecnicamente la Santa Sede soggettivizza giuridicamente il Romano Pontefice e la struttura che lo assiste nel governo della Chiesa cattolica e ne rappresenta quindi il massimo livello di rappresentanza sul piano del diritto internazionale. Negli anni più recenti, l'ordinamento canonico ha attribuito spazi di rappresentanza sempre più rilevanti anche alle Conferenze episcopali nazionali, che

2 «La Segreteria di Stato, Sezione per i Rapporti con gli Stati, porge distinti ossequi all'Ecc.ma Ambasciata d'Italia e ha l'onore di fare riferimento al disegno di legge N. 2005, recante "Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità", il cui testo è stato già approvato dalla Camera dei Deputati il 4 novembre 2020 ed è attualmente all'esame del Senato della Repubblica./ Al riguardo, la Segreteria di Stato rileva che alcuni contenuti dell'iniziativa legislativa — particolarmente nella parte in cui si stabilisce la criminalizzazione delle condotte discriminatorie per motivi "fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere" — avrebbero l'effetto di incidere negativamente sulle libertà assicurate alla Chiesa cattolica e ai suoi fedeli dal vigente regime concordatario. Diverse espressioni della Sacra Scrittura, della Tradizione ecclesiale e del Magistero autentico dei Papi e dei Vescovi considerano, a molteplici effetti, la differenza sessuale, secondo una prospettiva antropologica che la Chiesa cattolica non ritiene disponibile perché derivata dalla stessa Rivelazione divina. Tale prospettiva è infatti garantita dall'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana di revisione del Concordato lateranense, sottoscritto il 18 febbraio 1984. Nello specifico, all'articolo 2, comma 1, si afferma che "la Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione. In particolare, è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica". All'articolo 2, comma 3, si afferma ancora che "è garantita ai cattolici e alle loro associazioni e organizzazioni la piena libertà di riunione e di manifestazione del pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione"./ La Segreteria di Stato auspica pertanto che la Parte italiana possa tenere in debita considerazione le suddette argomentazioni e trovare una diversa modulazione del testo normativo, continuando a garantire il rispetto dei Patti Lateranensi, che da quasi un secolo regolano i rapporti tra Stato e Chiesa e ai quali la stessa Costituzione Repubblicana riserva una speciale menzione./La Segreteria di Stato, Sezione per i Rapporti con gli Stati, si avvale della circostanza per rinnovare all'Ecc.ma Ambasciata d'Italia i sensi della sua alta considerazione./Dal Vaticano, 17 giugno 2021».

3 L.V. Ferraris, *Il rapporto diplomatico quale strumento di politica estera*, in *La comunità internazionale*, 1984, pp. 537-550.

4 E. Di Nolfo, *Lessico di politica internazionale contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 215-6.

5 Cfr. E. Serra, *Il documento diplomatico*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 1994, pp. 261-270.

6 C. Curti Gialdino, *Diritto diplomatico-consolare internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 171.

7 Per dettagli, cfr. S. Ferlito, *L'attività internazionale della Santa Sede*, Milano, Giuffrè, 1988.

nel mondo rivestono una posizione giuridica differenziata, secondo le disposizioni dei singoli diritti statali. In Italia, la locale Conferenza episcopale è un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, disciplinato dalle leggi pattizie successive alla revisione concordataria del 1984 (emanate fra il 1985 e il 1987)[8].

Santa Sede, Chiesa cattolica e Conferenze episcopali sono pertanto soggetti giuridici diversi, che tuttavia – pur nella loro specificità – rappresentano vari livelli istituzionali della Chiesa e ne impegnano la responsabilità giuridica. Un riferimento a parte merita il c.d. «Vaticano»: soggetto cui spesso si fa riferimento in maniera imprecisa per designare la massima responsabilità della Chiesa cattolica universale, che ha sede fisica sul colle Vaticano – a Roma – il cui territorio è stato affidato dall'Italia alla Santa Sede perché possa esercitare senza interferenze statali il suo ministero religioso universale. Tale indipendenza è stata assicurata attraverso la costituzione per via pattizia – precisamente, grazie al Trattato del Laterano sottoscritto il 12 febbraio 1929 fra Italia e Santa Sede – dello Stato della Città del Vaticano[9]: un'entità territorialmente minuscola, che tuttavia dota la Santa Sede di un ulteriore soggetto giuridico di diritto internazionale[10], che in questa vicenda però non rileva.

2. «Nota verbale» e regime concordatario

I cenni appena svolti consentono di inquadrare la questione che ci interessa nell'ambito dei rapporti fra Stato e Chiesa italiani, e più precisamente di configurare questa «Nota verbale» come un vero e proprio «passo diplomatico» mediante il quale la Santa Sede fa conoscere alla Repubblica italiana il suo parere in merito all'eventuale approvazione di un disegno di legge in discussione presso il Senato della Repubblica. Più precisamente, la Santa Sede segnala che l'eventuale approvazione del testo nella forma già licenziata dalla Camera dei deputati, contrasterebbe con i diritti di libertà della Chiesa garantiti dai Patti lateranensi - «che da quasi un secolo regolano i rapporti tra Stato e Chiesa e ai quali la stessa Costituzione Repubblicana riserva una speciale menzione» - e segnatamente dagli articoli 2, comma 1, e 2, comma 3, del concordato vigente, che impegnano la Repubblica italiana a riconoscere «alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione» e «ai cattolici e alle loro associazioni e organizzazioni la piena libertà di riunione e di manifestazione del pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione».

La Nota non entra nel merito delle questioni sollevate, limitandosi a segnalare in termini generici che i contenuti del testo già approvato da un ramo del Parlamento «avrebbero l'effetto di incidere negativamente sulle libertà assicurate alla Chiesa cattolica e ai suoi fedeli dal vigente regime concordatario. Diverse espressioni della Sacra Scrittura, della Tradizione ecclesiale e del Magistero autentico dei Papi e dei Vescovi considerano, a molteplici effetti, la differenza sessuale, secondo una prospettiva antropologica che la Chiesa cattolica non ritiene disponibile perché derivata dalla stessa Rivelazione divina». Tornerò sul merito nel successivo paragrafo. Per il momento vorrei restare sul metodo e sulla forma.

Da questo punto di vista, credo che il primo aspetto da prendere in considerazione sia collegato al regime internazionalistico che regge le relazioni fra Stato e Chiesa in Italia, com'è noto disciplinato dai Patti lateranensi, esplicitamente richiamati come fonte rilevante nella specie ai sensi di quanto disposto nel secondo comma dell'art. 7 Cost. Fra poco metterò in luce come questa disposizione debba essere costituzionalmente inquadrata alla luce del primo comma del medesimo art. 7, che richiama l'indipendenza e sovranità delle due parti «nei rispettivi ordini», e quindi rinvia al principio di separazione e laicità. Ma prima vorrei ricordare che le relazioni diplomatiche sono soggette all'obbligo di non interferenza negli affari interni dello Stato accreditatario.

Questa regola – richiamata negli articoli 41.1 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, 55.1 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari, 47.1 della Convenzione sulle missioni speciali e 77.1 della Convezione sulla rappresentanza degli Stati nelle Organizzazioni internazionali – è

8 G. Feliciani, *Le conferenze episcopali*, Bologna, il Mulino, 1974; P. Zadö, *Il ruolo delle Conferenze episcopali nelle relazioni della Chiesa con lo Stato moderno*, in *Revista española de derecho canonico*, 1998, pp. 255-263; L. De Gregorio, *Conferenza episcopale italiana. Potere normativo e ruolo pastorale*, Tricase (Le), Libellula, 2012.

9 F. Clementi, *Città del vaticano*, Bologna, il Mulino, 2019.

10 Cfr. G. Balladore Pallieri, *Il rapporto fra Chiesa cattolica e Stato Vaticano secondo il diritto ecclesiastico ed il diritto internazionale*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 1930, pp. 195-221; R. Astorri, *La soggettività giuridica dello Stato vaticano rispetto all'Unione europea. Prospettiva ecclesiasticisti*ca, in *Finanze vaticane e Unione europea*, in P. Consorti e E. Bani (a cura di), Bologna, il Mulino, 2016, pp. 61-97; E. Greppi, *Qualche riflessione sulla soggettività internazionale della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2017, pp. 325-356.

la traduzione pratica di un principio fondamentale volto ad «assicurare il rispetto della sovranità dello Stato accreditatario» fondata sul principio dell'eguaglianza degli Stati e su quello di non intervento»[11]. Il contenuto specifico di tale impegno non è di immediata valutazione concreta, e infatti la Corte internazionale di giustizia ha sviluppato una giurisprudenza complessa e articolata riferita a singoli casi controversi, che tuttavia tendono a circoscrivere l'attività diplomatica in ambiti di *self-restraint*[12]. A noi interessa valutare se un «passo diplomatico» volto a condizionare l'approvazione di un disegno di legge presso un ramo del Parlamento dello Stato accreditatario, possa essere configurato o meno come illegittima ingerenza nei suoi affari interni; ancorché si tratti di un avvertimento anticipato orientato a prevenire una possibile violazione del concordato (che com'è noto è equiparabile a un trattato internazionale).

Il tema non va confuso con l'obbligo di non ingerenza stabilito nella Carta delle Nazioni unite, che pure si fonda sul principio di sovranità statale, e tuttavia si declina in termini diversi, connessi al ruolo dell'Onu con riferimento soprattutto al principio di autodeterminazione dei popoli e alla cosiddetta *responsability to protect* (R2P)[13]. I due aspetti sono storicamente connessi[14], ma riguardano sfere giuridiche distinte: nel caso di specie toccano la sovranità dello Stato nel senso che esso non può subire pressioni esterne su questioni che riguardano la propria libertà di autodeterminazione politica. Il campo delle azioni di interferenza politica copre un ventaglio molto vasto, che va dal sostegno a gruppi ribelli al finanziamento di forze di opposizione, e nel nostro caso può considerarsi limitato alle c.d. «pressioni diplomatiche», ossia interventi che mirano a condizionare la politica, l'economia o la cultura di un altro Stato[15]: nella specie gli esiti di un procedimento legislativo altrimenti affidato alle procedure democraticamente stabilite dal diritto interno[16].

Come accennato in premessa, spesso il confine fra politica e diritto è molto sottile. A proposito della pressioni diplomatiche, è stato autorevolmente osservato che «the borderline between simple diplomatic pressure upon a foreign government and a forcible interference in its internal or external affairs is entirely fluid»[17]. Nel caso dei rapporti fra Stato e Chiesa tale questione è ancora più complessa, proprio perché la Chiesa cattolica non è esattamente uno Stato e i suoi rapporti con gli Stati non si articolano soltanto in termini diplomatici o di diritto internazionale. Infatti, il dibattito politico e culturale che si è svolto, e si sta ancora svolgendo, intorno all'introduzione per legge di «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità», coinvolge a diverso titolo molti attori che legittimamente possono esprimere la propria opinione anche influenzando per via extraparlamentare il dibattito in Senato. Fra questi attori figura certamente anche la Chiesa cattolica, che in effetti ha agito sia quale soggetto istituzionale sia nelle sue forme associative o anche personali, sia prima che dopo l'invio della «Nota verbale»[18]. Non c'è quindi dubbio che la Chiesa cattolica abbia sempre esercitato i diritti di libertà connessi alla partecipazione democratica attivando varie forme possibili coerenti con l'impianto democratico degli Stati[19].

La questione che ci interessa – ancora una volta – non tocca questo punto politico, ma l'eventuale ingerenza diplomatica avvenuta per il tramite di un soggetto che ha scelto di utilizzare (anche) le forme

11 Curti Gialdino, *op. cit.*, p. 186.

12 P. Behrens, *Diplomatic Interference and the Law*, Oxford and Portland, Hart, 2016.

13 Z. Naigen, *The Principle of Non-interference and its Application in Practices of Contemporary International Law*, in *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, 2016, pp. 449-464; P. Consorti, *L'avventura senza ritorno. Pace e guerra fra diritto internazionale e magistero pontificio*, Pisa, Plus, 2004; S. Marchisio, *L'Onu. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 70-72.

14 Cfr. M. Jamnejad, M. Wood, *The Principle of Non-intervention*, in *Leiden Journal of International Law*, 2009, pp. 345-381 (per i riferimenti storici, pp. 349-351).

15 F. Braşoveanu, C. Anechitoae, *The Principle of Non-interference in Internal Affairs*, in *Ovidius University Annals, Series Economic Sciences*, 2015, 2, pp. 76-79.

16 In dottrina si è discussa l'ipotesi che interventi diplomatici presso un altro Stato relativi alla sua politica estera potessero considerarsi ammessi, mentre è pacifica l'illegittimità di qualsiasi intervento sulla politica interna: cfr. R. Sapienza, *Il principio del non intervento negli affari interni. Contributo allo studio della tutela giuridica internazionale della potestà di governo*, Milano, Giuffrè, 1990, spec. pp.73-81.

17 J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1968, I, p. 236-7.

18 Su questo cfr. N. Colaianni, *La Santa Sede e il d.d.l. Zan sulla tutela di LGBTQ*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, 13, pp. 1-7.

19 Cfr. G. Macrì, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Torino, Giappichelli, 2004.

proprie dei rapporti fra Stati per intervenire su un procedimento legislativo in corso presso l'assemblea parlamentare dello Stato con cui intrattiene relazioni diplomatiche[20]. Peraltro, utilizzando la specificità propria della sola Chiesa cattolica, che può muoversi contemporaneamente su più livelli istituzionali. Tale particolarità costituisce una peculiarità storica e istituzionale che non può essere trascurata, e che giuridicamente si traduce nella singolarità concordataria, che in Italia è ulteriormente caratterizzata dalla storia nazionale, non priva di conflitti istituzionali fra le due parti, variamente composti nel tempo.

Sotto questo profilo, la circostanza attuale appare una sorta di paradosso istituzionale. Il sistema pattizio siglato nel 1929 focalizza intorno alla necessità di garantire la Chiesa cattolica da possibili ingerenze statali, supponendo quindi una sua naturale subordinazione allo Stato, tanto che quest'ultimo l'ha dotata – *rectius*, ha dotato la Santa Sede – di un territorio che le ha permesso di costituire un nuovo Stato e attribuire a quest'ultimo una serie di garanzie e facilitazioni, fissate com'è noto nel Trattato del Laterano. Quest'ultimo è in definitiva la fonte pattizia che riconosce alla Santa Sede la sovranità di diritto internazionale (art. 2) e la sua giurisdizione esclusiva sulla Città del Vaticano (art. 4) e sulle persone che vi risiedono (art. 9). È su questa base che l'Italia riconosce alla Santa Sede il diritto di legazione attivo e passivo (art. 12), che si raccorda con la dichiarazione resa dalla Santa Sede (art. 24), «in relazione alla sovranità che Le compete anche nel campo internazionale» secondo la quale «Essa vuole rimanere e rimarrà estranea alle competizioni temporali fra gli altri Stati ed ai Congressi internazionali indetti per tale oggetto, a meno che le parti contendenti facciano concorde appello alla sua missione di pace, riservandosi in ogni caso di far valere la sua potestà morale e spirituale». Come si vede, si tratta di un impegno pattizio preso con l'Italia, ma più in generale con la comunità internazionale, a non intervenire nelle «competizioni temporali» estranee alla missione spirituale della Chiesa[21].

Tale precisazione apre un'ulteriore questione interpretativa legata alla definizione del contenuto materiale dell'espressione «competizioni temporali fra gli altri Stati»: formula che da un lato prova l'equiparazione della Santa Sede a uno Stato - e pertanto le attribuisce anche l'impegno alla non interferenza negli affari interni, conseguente al già menzionato principio internazionalistico di non intervento – e dall'altro lato lascia incerti i criteri di distinzione fra «materie temporali» e «materie spirituali», intese le une e le altre come ambiti di «dominio riservato» rispettivamente allo Stato e alla Chiesa cattolica (*rectius*: Santa Sede). In questa sede non è possibile ripercorrere il dibattito dottrinale che nella sua articolazione vede la presenza di posizioni plurali, ben note ai cultori della materia[22] . Credo sia più importante ricordare che fra l'uno e l'altro ambito bisogna anche collocare quello delle cosiddette «materie miste», che possono (e non devono) essere regolate di comune accordo fra Stato e Chiesa. In Italia questa distinzione è stata formalmente definita proprio in occasione della stipulazione dei Patti lateranensi, formati da un Trattato, che tocca le «materie temporali», e dal Concordato, che investe le «materie miste», e che fonda una ripartizione materiale definita innanzitutto sulla base degli scopi – ontologicamente distinti – propri dello Stato e della Chiesa[23], e poi su un'ulteriore diversità dei valori rispettivamente fondanti le due distinte autorità. Sicché il problema di tale distinzione si concretizza nel principio di «non identificazione» dello Stato con i valori espressi dalla Chiesa cattolica[24].

Questo impianto è stato sostanzialmente richiamato nella Costituzione repubblicana, che ha attribuito ai Patti lateranensi un ruolo costituzionalmente rilevante, tale da riconoscere loro una forza speciale rispetto a quella propria delle altre leggi di esecuzione dei trattati internazionali. Per la precisione, i Patti costituiscono la fonte della regolamentazione dei rapporti fra Stato e Chiesa, cui la Costituzione effettivamente rinvia, in osservanza del principio della reciproca sovranità e indipendenza dei due soggetti, «ciascuno nel proprio ordine».

Questa puntualizzazione costituisce l'inevitabile criterio interpretativo della materia dei rapporti fra Stato e Chiesa cattolica secondo la tradizionale impostazione verticale, che si svolge per l'appunto con dinamiche interordinamentali analoghe a quelle internazionalistiche, e che di conseguenza non possono non essere prese in esame quando si tratti di verificarne la legittimità applicativa. L'art. 7 Cost. costituisce a sua volta il filtro repubblicano che impone di mantenere tali relazioni all'interno di perimetri che riconoscono la diversità dei due soggetti – entrambi indipendenti e sovrani, ed entrambi capaci di esprimere un potere di indirizzo sulle persone soggette alla loro potestà – in ordine non solo a materie diverse, ma anche a profili diversi delle medesime materie, evitando che l'uno possa intromettersi nelle

20 Insiste opportunamente su questo punto Colaianni, *La Santa Sede e il d.d.l. Zan*, cit., *passim*.

21 Per maggiori dettagli, cfr. G. Barberini, *Riflessioni sull'origine e sul significato dell'art. 24 del trattato lateranense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2010, pp. 1-25.

22 Per una loro esposizione sintetica, cfr. P. Consorti, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, Roma-Bari, Laterza, 2020, pp. 122-123.

23 V. Tozzi, *Patti e diversità di fini fra Stato e confessioni religiose*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1987, pp. 169-187.

24 A. Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi relig*iosi, Milano, Giuffrè, 1998[9], pp. 33-37.

faccende proprie dell'altro. Un esempio classico può aiutare a spiegare meglio questo aspetto: il matrimonio concordatario costituisce certamente una materia mista, regolata dal Concordato, ma non c'è dubbio che il potere della Chiesa resta confinato alla costituzione del matrimonio (atto) senza invadere la disciplina del rapporto, che resta soggetta alla sola legge dello Stato. Seguendo questa linea di ragionamento, appare evidente che la garanzia delle libertà civili – fra le quali figura anche quella religiosa – è affidata solo allo Stato, e che questo non può accettare condizionamenti ecclesiastici in merito alla loro definizione[25]. Pertanto, la Chiesa è obbligata a non interferire su queste materie, potendo a sua volta contare sull'impegno dello Stato verso la garanzia della libertà religiosa anche dei fedeli cattolici, che va assicurata in regime di parità con quella di tutte le altre cittadine e gli altri cittadini. Va da sé che in tale contesto la Chiesa non può certo pretendere che lo Stato adegui la legge ai valori ecclesiali. È appena il caso di rammentare le vicende relative all'introduzione del divorzio, dell'aborto, della procreazione assistita, dell'autodeterminazione sanitaria, vale a dire settori in cui la legislazione statale procede necessariamente in senso laico – e quindi permette ai cittadini e alle cittadine di valersi di determinati diritti che invece la Chiesa non ritiene tali – e al tempo stesso consente a chi non voglia utilizzare certi istituti di farne a meno, e quindi mantenere l'obbedienza verso precetti religiosi di segno diverso.

Su tali basi evolutive non si può non ricordare che il Concordato lateranense è stato abrogato e sostituito con un Accordo stipulato nel 1984 proprio per armonizzarlo con i cambiamenti che nel frattempo avevano interessato sia l'Italia – passata da regno totalitario confessionista a repubblica democratica costituzionale – sia la Chiesa cattolica, retta anch'essa da principi nuovi e diversi da quelli degli anni Trenta, e consacrati nei documenti adottati durante la celebrazione del Concilio Vaticano II. *Ex parte Status*, questi cambiamenti hanno portato alla definizione – per via giurisprudenziale – del principio di laicità, assurto al rango di principio supremo dell'ordinamento costituzionale a partire dalla sentenza della Corte costituzionale 12 aprile 1989, n. 203, e successivamente più volte ribadito da altre successive pronunce.

La laicità italiana può ben essere definita una «laicità concordataria», nel senso che essa non espunge la questione religiosa in generale e i rapporti con la Chiesa cattolica in particolare all'esterno del perimetro costituzionale, ma certamente – come appena accennato – impone allo Stato di definire le questioni di interesse anche religioso in una logica di uguale libertà e senza accettare indebite pressioni diplomatiche. Nel nostro caso, come ho più volte ricordato, non è in questione la libertà della Chiesa cattolica di esprimere le proprie opinioni in merito a una proposta di legge, ma il metodo internazionalistico seguito, che dal punto di vista giuridico non può non essere classificato fra le indebite forme di ingerenza di uno Stato negli affari interni di un altro.

Per completezza di informazione, vale la pena ricordare che nell'ambito delle relazioni concordatarie successive alla riforma del 1984, lo strumento della «Nota verbale» è stato già utilizzato in modo proprio in almeno altre cinque occasioni[26], mentre in precedenza era stato utilizzato in modo improprio[27] e proprio[28], ma sotto la vigenza di un diverso Concordato e quindi anche in assenza della puntualizzazione del valore giuridico costituzionale del principio di laicità, che come ricordato appare formalizzato solo a partire dal 1989.

Alcuni autori hanno a questo proposito richiamato la legittimità della «Nota verbale» collocandola nell'ambito applicativo del principio di collaborazione richiamato nel Concordato attuale[29], che effetti-

25 A. Vitale, *Corso*, *cit*., p. 37.

26 Ad esempio, in materia di enti e beni ecclesiastici (cfr. sia in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1997, pp. 570-577, 588; sia in *Il diritto ecclesiastico*, 1999, II, pp. 1143-1145) con le considerazioni di carattere sistematico di P. Floris, *Un mini-accordo in materia di enti ecclesiastici*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1997, I, pp. 894-945; relativo all'applicazione dell'articolo 29, comma IV, del protocollo del 15.11.1984, aggiuntivo all'accordo del 18.02.1984 (2000, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002, pp. 535-536); circa le modalità di comunicazione delle informazioni di carattere assistenziale e previdenziale dei dipendenti della Santa Sede, degli altri enti centrali della Chiesa gestiti direttamente dalla Santa Sede iscritti in istituti previdenziali italiani (2004, http://www.ulsa.va/content/ulsa/it/pubblicazioni/bollettini/bollettino-22-2014/scambio-note-verbali.html); in materia di notifica degli atti di natura tributaria (2006) (https://www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/NOTA_VERBALE.pdf).

27 Mi riferisco alla vicenda relativa al referendum sul divorzio celebrato in Italia nel 1974, che dette vita pure a un contenzioso di carattere diplomatico, per cui cfr. *Dieci documenti diplomatici sulla interpretazione dell'art. 34 del Concordato tra l'Italia e la Santa Sede*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 1970, pp. 461-487.

28 Relativo all'ampliamento del cimitero di Albano: cfr. (https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.progressivo=0&art.idArticolo=1&art.versione=1&art.codiceRedazionale=082U0884&art.dataPubblicazioneGazzetta=1982-12-03&art.idGruppo=0&art.idSottoArticolo1=10&art.idSottoArticolo=1&art.flagTipoArticolo=1)

29 R. Santoro, *La "Nota verbale" della Segreteria di Stato sul D.d.l. Zan: un atto alla ricerca della reciproca collaborazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021.

vamente all'art. 1 lo menziona quale impegno ulteriore rispetto alla reciproca indipendenza e sovranità costituzionalmente stabilite[30]. Personalmente, non nutro alcun dubbio sul fatto che la collaborazione costituisca un principio applicativo subordinato all'indipendenza, sovranità e laicità. Richiamarlo tuttavia quale criterio di riferimento principale della dinamica pattizia, a mio parere, costituisce un errore sistematico che di fatto eleva un criterio metodologico al livello sostanziale, costituzionalmente definito e pattiziamente ribadito, col risultato indebito di far prevalere la collaborazione sulla separazione e di fatto trascurando il fatto che la laicità va apprezzata quale «principio supremo dell'ordinamento costituzionale»[31].

3. «Nota verbale» e discriminazioni di genere

Sul piano del merito, la «Nota verbale» esprime la preoccupazione ecclesiastica per l'eventuale approvazione di una legge potenzialmente contraria agli impegni concordatari assunti dall'Italia verso la Chiesa cattolica, in quanto la «criminalizzazione delle condotte discriminatorie per motivi "fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere"» potrebbe riguardare pure il magistero cattolico su parti indisponibili al cambiamento «perché derivat[e] dalla stessa Rivelazione divina».

Come già evidenziato, la Nota non precisa altro e auspica che il testo all'esame del Senato venga modulato in modo tale da garantire la libera espressione del magistero cattolico, pena la violazione degli impegni concordatari. In assenza di ulteriori precisazioni, l'interprete deve affidarsi alla lettura delle interviste giornalistiche rilasciate dal Segretario di Stato e dal Presidente della Conferenza episcopale italiana, che si sono affrettati a precisare che i loro interventi non miravano a bloccare l'esame del disegno di legge, ma solo a chiarire la posizione ecclesiastica. La lettura di queste interviste dimostra – se ce n'era bisogno – che la libertà di intervento anche politico della Chiesa non è messa in discussione, mentre è messa in discussione la libertà del Parlamento di esercitare la propria funzione legislativa senza ingerenze formali provenienti da soggetti esterni al procedimento stesso.

Ho già sottolineato la natura giuridica *formale* della «Nota verbale», che nel merito domanda all'Ambasciata d'Italia di comunicare al Governo, affinché informi il Senato, che il testo sottoposto alla sua approvazione contrasta con la rivelazione divina, che fino a prova contraria non è parte delle fonti del diritto dello Stato. Non è poi possibile sapere quali sarebbero in concreto le «espressioni della Sacra Scrittura, della Tradizione ecclesiale e del Magistero autentico dei Papi e dei Vescovi» che potrebbero integrare le ipotesi di reato introdotte dalla nuova possibile legge, che la Chiesa immagina tributaria di «una prospettiva antropologica» non condivisibile. Da questo punto di vista, emerge la perenne tentazione della Chiesa cattolica di piegare gli ordinamenti giuridici statali alla propria visione del mondo, senza ammettere quel pluralismo democratico che – insieme alla tripartizione dei poteri – caratterizza un principio della civiltà giuridica contemporanea, almeno occidentale. L'esempio più lampante sotto questo profilo rimane quello dell'introduzione nell'ordinamento italiano dell'istituto del divorzio, considerato dalla Chiesa contrario alla natura stessa del matrimonio, che non può non essere eterosessuale, destinato alla procreazione e indissolubile. L'opposizione ecclesiastica fu fortissima e portò anche all'indizione – per la prima volta nella storia repubblicana – di un referendum abrogativo che dette esito negativo, confermando così l'istituzione del divorzio[32]. Questa scelta legislativa fa ovviamente salva la possibilità per i cattolici di continuare a considerare il matrimonio un legame indissolubile, ma consente a chi non condivide questa idea di matrimonio, di scioglierlo davanti alla legge. In altre parole, il pluralismo delle «prospettive antropologiche» caratterizza la democrazia statale e il principio di laicità non ammette che una di queste possa prevalere per legge sulle altre.

Ho svolto questo ragionamento per cercare di entrare in relazione col merito delle preoccupazioni esposte nella «Nota verbale», anche se dalla sua lettura non appare immediatamente chiaro quale sia la prospettiva antropologica adottata dalla legge in esame e contestata dalla Chiesa cattolica.

30 «La Repubblica italiana e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti ed alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese».

31 Per maggiori dettagli, cfr. P. Consorti, *Diritto e religione.* cit., pp. 153-189; Id., *Collaborazione e intese fra Stato e Chiesa*, in *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico*, in V. Tozzi (a cura di), Salerno, Edisud, 1990, pp. 307-316.

32 D. Saresella, *The Battle for Divorce in Italy and Opposition from the Catholic World (1861–1974)*, in *Journal of family law*, 2017, pp. 401-418.

Bisogna anche ammettere che il testo licenziato dalla Camera dei deputati presenta diverse debolezze in termini giuridici[33], come accade spesso quando l'attività politica rimane condizionata da dibattiti non sufficientemente approfonditi sotto il profilo tecnico. La debolezza del legislatore è ormai un dato sociale consolidato, che però non autorizza soggetti esterni alla Repubblica a condizionare il dibattito parlamentare paventando inesistenti criticità di carattere internazionalistico o concordatario. Com'è stato già osservato, la «Nota verbale» non riguarda una *res mixta*, ma una materia temporale come tale riservata all'ambito statale, e quindi nella sostanza «dissimula una questione di costituzionalità»[34], invocando parametri di «divina rivelazione».

Il disegno di legge approvato alla Camera e in discussione al Senato può non piacere per diversi motivi, ma non si può pretendere di subordinarlo alla divina rivelazione[35] né a una determinata opzione antropologica. La contestazione ecclesiastica peraltro si era già presentata, ancorché in termini informali e per bocca di una parte della Chiesa cattolica, già in occasione delle prime proposte di legge tese a contrastare l'omofobia. In questa Rivista sono stati pubblicati diversi saggi in proposito, che hanno illustrato il merito delle questioni di sostanza che si presentavano già anni fa. Andrea Pugiotto, ad esempio, ha svolto un'analisi penetrante distinguendo con acume gli aspetti tecnico-giuridici da quelli politici[36], mettendo a sua volta in rilievo le sovrapposizioni fra politica e diritto e la difficoltà di tenerli separati.

È quindi opportuno prendere solo brevemente in considerazione il merito delle contestazioni ecclesiastiche sottintese alla genericità della Nota, ma evidenziate in occasione delle interviste già richiamate, con cui alti prelati (il Segretario di Stato vaticano e il Presidente della Conferenza episcopale) in sostanza sollevano tre critiche principali. La prima contesta il presunto riferimento culturale della possibile futura legge alle «teorie gender», incompatibili con la dottrina cattolica e quindi – seconda critica – tali da esporre i cattolici alla consumazione del «nuovo reato di odio» che la legge introduce, e infine contrastano l'istituzione della Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia, «al fine di promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere, in attuazione dei princìpi di eguaglianza e di pari dignità sociale sanciti dalla Costituzione», in quanto obbligherebbe anche le scuole cattoliche, violandone l'autonomia educativa.

La prima critica si fonda sul fatto che le definizioni presentate nell'art. 1, rispettivamente di «sesso», «genere», «orientamento sessuale» e «identità di genere», sono tributarie delle c.d. «teorie gender». Questa disapprovazione non è nuova, in dottrina si è parlato della ritrosia mostrata dal legislatore italiano verso l'adozione di definizioni ampiamente utilizzate sia nell'ordinamento europeo e persino in quello italiano, rendendole «dunque impronunciabili, giuridicamente "indicibili", accusate di essere in quanto tali espressione (ed invenzione) di una asserita "ideologia del gender"»[37]. Quand'anche fosse, vale la pena ricordare che il medesimo articolo precisa che tali definizioni sono rese «ai fini della presente legge», e quindi non possono essere considerate di rilievo generale, meno che mai sotto il profilo antropologico.

Rispetto alla seconda critica – che poi riguarda la parte centrale dell'eventuale nuova legge – ricordo che essa non esprime una «nuova ipotesi di reato», ma si limita ad aggiungere alle fattispecie già previste dagli articoli 604 *bis* e *ter* del codice penale – che già puniscono «chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» (art. 604 *bis a)*) e chi «in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» (art. 640 *bis b)*); nonché un'aggravante «per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso,

33 In dottrina cfr. ad esempio E. Rossi, *A suon di legge confusa. L'uso simbolico del diritto penale e l'accettazione sociale*, in *Il Regno attualità*, 2021, pp. 273-277.

34 Devo la suggestione a R. Astorri, che l'ha illustrata nel corso di un webinar organizzato dall'Associazione dei docenti universitari della disciplina del fenomeno religioso sul tema «Annotazioni verbali intorno a una "Nota verbale"», 9 luglio 2021.

35 Col sarcasmo che lo caratterizza, F. Margiotta Broglio in una intervista rilasciata a Repubblica.it (22 giugno 2021) ha dichiarato «Vorrei ricordare al vescovo Suetta che ha parlato di "violazione della legge di Dio" e dei pilastri della dottrina cattolica, che purtroppo la legge di Dio non è ancora stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale», e al quotidiano *la Sicilia* (22 giugno 2021) «Chiesa e Stato si occupino ognuno degli omosessuali e dei pedofili propri».

36 «Chi mi conosce sa che sono solito dire quel che penso (e fare quel che dico). Non lesinerò, dunque, osservazioni giuridiche abrasive sul prodotto legislativo della Camera. Tuttavia l'onestà intellettuale non è sinonimo di dabbenaggine politica»: A. Pugiotto, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *Genius*, 2015, p. 7.

37 L. Imarisio, *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in *Genius*, 2015, p. 38

ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità» (art. 604 *ter*) – anche motivi «fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità». In sostanza, il disegno contestato estende la protezione penale già prevista per un gruppo di motivi notoriamente causa di discriminazioni e reati d'odio, anche ad altri motivi che pure provocano discriminazioni e reati d'odio.

Infine, osservo che la menzionata giornata contro l'omofobia, bifobia, eccetera, deve bensì essere organizzata nelle scuole che fanno parte del sistema nazionale di istruzione, e «nel rispetto del piano triennale dell'offerta formativa di cui al comma 16 dell'articolo 1 della legge 13 luglio 2015, n. 107, e del patto educativo di corresponsabilità». Vale a dire che questi interventi si collocano fra quelli che già adesso tendono ad assicurare il rispetto dei princìpi di pari opportunità, l'educazione alla parità tra i sessi, e la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni, secondo un progetto concordato fra scuola e famiglie. A me pare che anche le scuole di tendenza confessionale che abbiano ottenuto, ovvero vogliano ottenere, la parità, debbano impegnarsi in questo senso, così come sono tenute a presentare «un progetto educativo conforme ai valori espressi dalla Costituzione: non possono effettuare discriminazioni o impedire l'iscrizione a qualcuno che ne faccia richiesta; devono assicurare l'inserimento di studenti diversamente abili o svantaggiati e rispettare la normativa comune relativa alle materie impartite, allo svolgimento dei programmi, al profilo di qualificazione degli insegnanti, all'idoneità dei locali, ecc.»[38]. Non si vede perché le scuole cattoliche – o espressive di altra tendenza – non dovrebbero rispettare i principi antidiscriminatori e di libertà personale riconosciuti a tutte le cittadine e i cittadini.

4. Conclusione

L'intervento diplomatico da cui siamo partiti per analizzare gli aspetti giuridici dell'attuale sistema concordatario, mette in luce una questione di pluralismo religioso e culturale più vasta di quanto non possa apparire se si resta nei limitati contorni della singola questione di genere. Il tema meriterebbe un ulteriore approfondimento, almeno secondo due direzioni complementari.

La prima investe un carattere istituzionale, correlato alla difficoltà della Chiesa cattolica – che è un ordinamento teocentrico, ierocratico e non democratico – a entrare in una corretta relazione con ordinamenti statali contemporanei, democratici e imperniati sulla divisione dei poteri, a lei sconosciuta. Tale rigidità giustifica una certa leggerezza con cui la Chiesa talvolta interviene su più livelli – concordatario tramite la Santa Sede, politico istituzionale attraverso la Conferenza episcopale, politico mediante suoi esponenti – chiedendo al potere esecutivo statale di adoperarsi presso quello legislativo, realizzando un improprio «corto circuito istituzionale».

La seconda tocca una più pericolosa propensione della Chiesa cattolica a non farsi carico della libertà di tutti e di tutte, mostrandosi istituzionalmente ferma su posizioni che in realtà non rendono ragione della complessità che questa pure vive. Ad esempio, essa appare intontita da una fissazione contro la prepotenza delle teorie del genere, che metterebbero in dubbio l'impero del diritto naturale e del conseguente diritto divino naturale. Vale a dire costruzioni culturali storicamente determinate, che andrebbero discusse anche alla luce di un più evidente riconoscimento delle differenze e dei loro diritti pure nella compagine ecclesiale[39]. Il riconoscimento dell'omosessualità come condizione di vita naturale fa peraltro ormai parte di una larga sensibilità ecclesiale[40], che meriterebbe di essere riconosciuta e protetta, anziché sommariamente liquidata per impropri calcoli politici.

38 P. Consorti, *Diritto e religione*, cit., p. 163.

39 S. Zorzi, *Il genere di Dio. La Chiesa e la teologia alla prova del gender*, Molfetta (Ba), La meridiana, 2017.

40 L. Moia, *Chiesa e omosessualità. Un'inchiesta alla luce del magistero di papa Francesco*, Cinisello Balsamo (Mi), San Paolo, 2020.

*Fabio Gianfilippi**

Le persone omosessuali e *transgender* in carcere e il tempo immobile del Covid19

Sommario

1. Introduzione – 2. La separazione imposta e le circolari dell'amministrazione – 3. La stagione degli Stati Generali e le soluzioni normative adottate con il d.lgs. 123/2018 – 4. Le prime pronunce della magistratura di sorveglianza – 5. Il carcere chiuso del tempo della pandemia – 6. Prospettive.

Abstract

Il contributo analizza la condizione delle persone omosessuali e transgender nel sistema penitenziario italiano, anche alla luce delle tutele antidiscrimnatorie introdotte in questa materia in sede di riforma dell'ordinamento penitenziario nell'anno 2018 e già oggetto di alcune prime pronunce giurisdizionali, interrogandosi sulla difficile stagione del carcere chiuso durante l'ormai lungo tempo dell'emergenza sanitaria da COVID19 e sulle ricadute sulla quotidianità penitenziaria per le persone LGBT+ detenute nelle sezioni separate istituite per la loro protezione.

The paper illustrates the condition of homosexual and transgender inmates in the Italian penitentiary system, against the backdrop of the relevant anti-discrimination provisions introduced in 2018 - that have already been reviewed in some case law - and taking into account both the difficulties caused by the closed prison regime throughout the long-lasting COVID-19 related health emergency and its effects on the daily penitentiary life for LGBT+ persons that are detained in separate sections established for their protection.

1. Introduzione

Le tematiche dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere a lungo non hanno trovato uno spazio significativo nelle riflessioni intorno al mondo penitenziario ed alle sue molte urgenze.

Negli ultimi due decenni, però, i segni di un maggior interesse si sono apprezzati sia mediante alcune azioni dell'amministrazione, volte a ricondurre a sistema le prassi già in uso, sia in un progressivo intensificarsi del dibattito, seppur confinato agli addetti ai lavori, sulle soluzioni che sarebbe stato opportuno sperimentare per garantire al meglio una tutela andiscriminatoria effettiva nei confronti delle persone LGBT+ in carcere[1].

Si tratta in effetti di un cammino parallelo a quello più ampio legato all'emersione del tema della tutela dei diritti fondamentali delle persone private della libertà personale, ed in tal senso un ruolo di

* Magistrato, Ufficio di Sorveglianza di Spoleto.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 Vd., più in dettaglio, E. De Caro, *Tra sezioni – ghetto, abusi e sopraffazioni. Dove e come vive la comunità LGBT ristretta?* In *Rapporto Antigone, 2017 (XIII)*, www.antigone.it, che illustra anche il dialogo instauratosi tra associazioni LGBT+ e istituzioni penitenziarie, almeno in alcune realtà regionali.

speciale acceleratore ha svolto la condanna emessa nei confronti dell'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel noto caso Torreggiani ed a. c. Italia (2013), imponendo l'adozione di interventi urgenti anche da parte del legislatore, tra i quali si è apprezzata l'introduzione nell'ordinamento penitenziario di un procedimento giurisdizionale, descritto nell'art. 35-*bis*[2], che consente alla persona detenuta o internata di adire il magistrato di sorveglianza perché questi rimuova i comportamenti attivi od omissivi dell'amministrazione che le stiano determinando gravi ed attuali pregiudizi nell'esercizio di un diritto.

La stagione degli Stati Generali dell'esecuzione penale, poi, di fatto figlia anch'essa dell'emergenza sovraffollamento e della conseguente condanna dell'Italia in sede europea, ha offerto l'importante occasione perché, tra i tanti temi oggetto del confronto degli esperti che ne fecero parte, si ponesse l'accento sulle difficoltà vissute dalle persone omosessuali e *transgender* all'interno degli istitituti penitenziari e si proponesse di modificare significativamente l'approccio di intervento sino ad allora utilizzato. In seguito la Commissione Giostra di riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso propose una novella normativa che consentisse il superamento di una lunga fase in cui la materia era stata arata soltanto tramite prassi e circolari ministeriali. Nonostante i molti profili che dell'ampio disegno riformatore sono rimasti non coltivati, si è così giunti alla formulazione normativa, con il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, di alcuni importanti principi, nella materia che qui ci occupa, in particolare confluiti nell'attuale testo dell'art. 1 co. 1 ord. penit., e di criteri operativi ed organizzativi che ora si leggono negli art. 11 e 14 c. 7.

Il confronto dell'amministrazione con questa normativa, e la lettura fornitane nelle prime pronunce della magistratura di sorveglianza, sono evidentemente all'inizio ed il cammino da compiere appare ancora molto lungo.

Quando, per come vedremo, l'epidemia da COVID19 ha raggiunto il nostro paese, il mondo penitenziario è stato subito percepito come particolarmente a rischio per la difficoltà di garantire distanziamento sociale e presidi sanitari efficaci. Gli interventi normativi hanno sin da subito tentato (per la verità debolmente) una deflazione degli istituti penitenziari mediante la concessione di più numerose misure alternative e, con il seguito di una serie di circolari dell'amministrazione, hanno comportato una importante chiusura del mondo penitenziario rispetto all'esterno ed anche il sostanziale congelamento delle movimentazioni dei detenuti tra istituti penitenziari.

Di fatto, di fronte ad una emergenza da tutti definita senza precedenti, le novità, anche culturali, imposte dalla riforma del 2018, sono rimaste ancora, almeno in parte, sulla carta, e ciò ben al di là del solo ambito relativo alla tutela dei diritti delle persone LGBT+. Lo sperato progressivo superamento della pandemia impone dunque di fare il punto, nell'auspicio che possa in futuro mettersi mano in modo concreto a quanto espressamente indicato dalle disposizioni normative, ma anche recepirsi la *ratio* di quegli interventi, che richiedevano una maggior centratura sulla persona, da riconoscersi pienamente nella propria identità e dunque nella propria dignità.

2. La separazione imposta e le circolari dell'amministrazione

In un contesto come quello penitenziario italiano, il tema della sessualità è sostanzialmente negato, impedendosi che le persone detenute abbiamo rapporti intimi con le persone con le quali intrattengono relazioni in libertà (i momenti di colloquio visivo sono infatti posti sotto la vigilanza visiva, per quanto discreta, della polizia penitenziaria)[3]. In questo quadro soltanto i permessi premio consentono ad una quota di detenuti, comunque ridotta, di goderne, nei momenti in cui è loro consentito di allontanarsi dal carcere, di fatto spostando la garanzia dell'esercizio della sessualità nel quadro della premialità.

L'esistenza di comportamenti omosessuali dentro le mura è quindi indagata soprattutto come conseguenza di una protratta forzata astinenza sessuale e, fenomeno residuale o diffuso, per il rischio che si

2 Vd sul reclamo giurisdizionale, tra molti, M. Bortolato, *Art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, F. Della Casa – G. Giostra, Cedam, 2019, p. 461 ss.

3 Vd. per una ampia analisi sul punto L. Re - S. Ciuffoletti, *La pena rimossa. Detenzione e diniego della sessualità nelle carceri italiane* in *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie*, Phasae ed., 2020, p. 47 ss. nonché S. Talini, *L'affettività ristretta*, in *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, M. Ruotolo- S. Talini (a cura di), Ed. Scientifica Napoli, 2017, p. 197 ss. e S. Talini, *La privazione della libertà personale*, Ed. Scientifica Napoli, 2018, p. p. 253 – 278, che parla di intimità e sessualità in carcere come di un "diritto sommerso".

accompagni a violenza e prevaricazione e che comporti comunque conseguenze psicologicamente gravi su chi in libertà avesse invece manifestato un orientamento eterosessuale[4].

Poco spazio, dunque, per l'espressione di un orientamento sessuale minoritario già consapevole ed emerso spontaneamente prima della carcerazione. D'altra parte, soprattutto ragionando con lo sguardo rivolto al passato, poteva apparire residuale all'amministrazione penitenziaria l'eventualità di un *coming out* così impegnativo come quello compiuto al momento dell'ingresso in carcere, anche se lo stesso poteva giustificarsi, almeno in taluni casi, dalla autopercezione di un rischio per la propria incolumità, ove si fosse stati posti insieme agli altri compagni di pena.

Dunque, essenzialmente, un problema di allocazione. È questa la chiave che la stessa amministrazione penitenziaria mostra di avere principalmente a cuore. Un problema connesso all'emersione dell'omosessualità maschile, per altro, perché quella femminile viene valutata comunque come non normalmente estrinsecantesi in comportamenti violenti e dunque non tale da determinare la necessità di interventi.

Più complessa, invece, la gestione delle persone transessuali (ancora ignota o ignorata la nozione più ricca di senso di persona *transgender*), anche in questo caso ridotto il campo di interesse alle sole *Male to Female (MtoF)*, statisticamente più rilevanti e ancora una volta maggiormente a rischio di comportamenti violenti. In questi casi ad essere posta in discussione, come ampiamente notato in dottrina, è infatti la stessa dicotomia sessuale sulla quale si fonda il sistema penitenziario[5]. Al momento del primo ingresso della persona in carcere si impone una ubicazione che sembra non poter prescindere dall'orizzonte maschile o femminile e si crea subito un conflitto con una identità di genere disforica rispetto al sesso biologico o comunque tale da non potervi essere ricondotta in modo elementare.

L'approccio utilizzato è stato in questi casi inizialmente quello dell'isolamento e comunque dell'allocazione in sezioni separate, ma sostanzialmente sempre all'interno delle strutture penitenziarie maschili. Si tratta di una prassi effettivamente documentata già da tempo risalente[6], e poi anche cristallizzata in circolari amministrative. In particolare, la circolare DAP 2 maggio 2001, n. 500422 mette ordine nei criteri di assegnazione alle cd. sezioni protette, ancorandola a ragioni "oggettivamente esistenti", che militino per la separazione di chi si intendeva proteggere dagli altri detenuti, in relazione ai rischi che altrimenti ne sarebbero derivati.

Tra le stesse vengono espressamente menzionate anche "specifiche condizioni personali dei detenuti (ad es. transessuali)", con un uso della mera esemplificazione che comunque esenta da una definizione altrimenti troppo difficile da dettagliare, e che insieme consente di ricomprendervi persone che "appaiano" omosessuali e che dunque, "oggettivamente", possano esporsi al pericolo di soprusi dipesi da una subcultura, non solo carceraria, di cui si prende atto. Nella predetta circolare, però, sono plurimi gli ulteriori indici che consigliano l'inserimento nella sezione protetta, di cui si accetta come inevitabile la promiscuità delle ragioni di protezione[7].

Si vengono a creare dunque sezioni caratterizzate dalla compresenza di persone che sarebbero state in pericolo ove collocate insieme con gli altri compagni di pena, ricreando di fatto microcosmi disomogenei in cui ad esempio sono chiamati a convivere e relazionarsi persone che abbiano adottato condotte collaborative, ex appartenenti alle forze dell'ordine, alla magistratura o ad altre "categorie invise alla popolazione penitenziaria" o ancora autori di reati accompagnati da una "speciale riprovazione sociale" come i *sex offenders*.

4 Vd. ad esempio le considerazioni svolte nella ricerca dell'Istituto Superiore di Studi Penitenziari del 2013 "*Le dimensioni dell'affettività*", nella parte relativa a "*Identità di genere: omosesusalità e transessualità nella detenzione*", ma anche i passaggi, sull'omosessualità, nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale promossa dal magistrato di sorveglianza di Firenze proprio con riferimento all'art. 18 ord. penit. "nella parte in cui prevede che il controllo a vista dei colloqui impedisce la effettuazione, nel quadro del pieno riconoscimento di rapporti affettivi con i familiari, di rapporti intimi con il partner" e che vede tra le conseguenze dell'astinenza forzata anche l'omosessualità coatta "sia che la coazione segua a minacce o violenze o a un consenso rassegnato alla situazione." (la questione fu poi dichiarata inammissibile con sentenza 11 dicembre 2012 n. 301).

5 Cfr. A. Dias Vieira – S. Ciuffoletti, *Reparto D: un tertium genus di detenzione? Case-study sull'incarceramento di persone transgender nel carcere di Sollicciano*, in *Rass. Penit. Crimin.*, 2015, p. 159 – 160.

6 P. Marcasciano, *L'aurora delle trans cattive. Storie, sguardi e vissuti della mia generazione transgender,* Alegre, 2018, p. 56, parla di una esperienza riferibile al 1981 presso la Casa Circondariale di Regina Coeli a Roma: "Alla sua domanda sul perché ero lì, risposi di non saperlo. Mi disse che la causa l'avrei scoperta al processo, che se tutto andava bene ci sarebbe stato dopo almeno tre giorni. Comunque mi disse che la causa reale era scritta sulla targa posta di fianco alla porta: cella numero 4, nome, cognome, numero di matricola con l'aggiunta chiara netta incontrovertibile di <<Travestito>>. Fiorella mi spiegò che tante cose sul funzionamento di quel posto, consigli utilissimi per fanciulle inesperte come noi. Mi disse che le tre celle dove eravamo rinchiuse erano quelle riservate ai travestiti e, aggiungo io, anche alle trans."

7 Cfr. nota dell'amministrazione penitenziaria 17 aprile 1999 prot. N. 550868/14874.

La fonte normativa che sorregge questo genere di prospettiva è da rinvenirsi intanto nell'art. 14 ord. penit., nella parte in cui prevede la possibilità di assegnare i detenuti e raggrupparli in sezioni in modo da consentire di procedere ad un trattamento rieducativo comune e al fine di evitare influenze nocive reciproche.

Più nello specifico entra invece l'art. 32 co. 3 reg. es. ord. penit. che prevede l'individuazione di una più idonea collocazione di detenuti e internati per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni, consentendo che possano utilizzarsi per questo anche sezioni apposite, pur con l'obbligo di un frequente riesame del permanere delle ragioni della separazione imposta.

E' evidente come, nel caso delle persone omosessuali o transessuali, l'impostazione che collega la separazione alla sussistenza di ragioni "oggettive" finisce per rendere non superabile la ragione che l'ha determinata. Le sezioni, poi, in funzione della protezione che si vuole assicurare, tendono ad essere del tutto isolate rispetto alla vita del resto dell'istituto penitenziario, con conseguente deprivazione di occasioni trattamentali.

La speciale peculiarità della condizione delle persone detenute transessuali conduce, in taluni contesti in cui i numeri lo consentano, anche a sperimentare sezioni unicamente destinate alla protezione di chi presenti "oggettivamente" caratteristiche transessuali, avverbio che manifesta in sé i limiti di un approccio che imbriglia in ciò che appare all'evidenza la realtà *transgender* assai più fluida. Ciò accade in alcuni istituti penitenziari distribuiti nel territorio della penisola e in un solo caso, a Sollicciano, mediante una sezione che accede ad un carcere femminile invece che ad uno maschile[8]. Quest'ultima sperimentazione, per altro, appare di particolare interesse nella misura in cui intercetta un contesto già aperto alle peculiarità del femminile e più predisposto, anche per la preparazione in tal senso del personale, alle esigenze che ne derivano. Non si tratta di un dato di poco momento, che non soltanto valorizza, in una misura significativa, il sesso di identificazione, invece che arrestarsi al dato meramente biologico, ma consente la fruizione di servizi che dovrebbero essere maggiormente curati in un contesto femminile (dalla possibilità di acquistare prodotti cosmetici sino al parrucchiere) e l'approccio con un personale prevalentemente di sesso femminile[9].

Un aspetto immediatamente critico della condizione della persona *transgender* che entra in carcere e che, come vedremo, sembra oggi poter essere affrontato con alcune maggiori tutele, è quello della garanzia della prosecuzione dei percorsi di transizione intrapresi in libertà.

Se infatti la legge 14 aprile 1982, n. 164 ha da lungo tempo garantito la praticabilità di percorsi terapeutici che conducono al superamento della disforia di genere mediante la transizione dei caratteri sessuali verso il sesso di identificazione, in concreto occorre una presa in carico da parte dei servizi sanitari territoriali, che non in tutto il territorio nazionale hanno a lungo assicurato un accesso gratuito alla somministrazione di ormoni. Questo dato comportava (vedremo più avanti se il tempo al passato si giustifica) dunque una speciale difficoltà di vedersi assicurate cure nel contesto penitenziario, ove si fosse stati ubicati nel territorio di una Regione che non garantiva questo standard minimo di tutela della salute[10].

A questi profili deve aggiungersi l'ulteriore difficoltà di chi, in libertà, abbia fatto accesso alle cure ormonali per canali diversi da quelli del sistema sanitario, magari assumendone in modo per altro assai pericoloso senza adeguate prescrizioni mediche.

8 In E. De Caro, *Tra sezioni-ghetto, …, cit.*, si elencano gli istituti di Belluno, Roma, Napoli e Rimini, oltre che il già citato A. Dias Vieira – S. Ciuffoletti, *Reparto D: un tertium genus di detenzione? Case-study sull'incarceramento di persone transgender nel carcere di Sollicciano*, cit. A. Lorenzetti, *Carcere e ransessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri*, in GenIUS, n. 1, 2017, cita anche Milano "Bollate" e "San Vittore", mentre A. Dias Vieira e S. Ciuffoletti, *Reparto* D, cit., offrono una ampia analisi sull'esperienza della sezione transessuali dell'istituto penitenziario di Sollicciano, che accede ad un istituto femminile piuttosto che ad uno maschile. Viene inoltre ricordato il progetto di creazione di un istituto penitenziario, a Empoli, destinato unicamente alle persone *transgender*, che è stato poi però abbandonato dall'amministrazione. In G. Zago, *Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sisema penitenziario italiano* in *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?, Giur. Pen.*, 2019, 2-bis, si racconta di una sperimentazione, dai risultati non positivi, di una sezione protetta per detenuti sia omosessuali che *transgender* presso la Casa Circondariale di Ivrea, sino al 2016, conclusasi con il trasferimento dei primi a Verbania, per via delle tensioni determinatesi nella quotidianità penitenziaria.

9 Vd invece A. Hochdorn, P. Cottone, *Agentività e identità di genere: la costruzione discorsiva della violenza di genere nel sistema penitenziario italiano*, in *Riv. Sessuol.*, 2012, Vol. 36 per uno studio che pone in rilievo come le persone transessuali ristrette in quella sezione percepiscano acutamente un pregiudizio transfobico agito dalle detenute del reparto femminile, forse maggiormente rispetto a quanto non accadesse loro nel reparto maschile.

10 Vd. ampiamente sulla tutela della salute delle persone *transgender* in carcere: A. Lorenzetti, *Le criticità della condizione transgenere nel contesto carcerario: le prassi e le normative di riferimento*, in *Transformare l'organizzazione dei luoghi di detenzione. Persone transgender e gender non conforming tra diritti e identità*, P. Valerio, C. Bertolazzi, P. Marcasciano (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 77-98.

In entrambi i casi, le conseguenze dell'interruzione nell'assunzione sono pesanti, a livello fisico e psicologico, con il rischio di una regressione, anche rapida, dei risultati di attenuazione del disagio derivante dai caratteri del sesso biologico in cui non ci si riconosce.

3. La stagione degli Stati Generali e le soluzioni normative adottate con il d.lgs. 123/2018

Nell'ambito di un ripensamento globale del mondo penitenziario in rapporto agli alti compiti costituzionali che gli sono affidati, reso urgente dal perdurante sovraffollamento delle strutture, stigmatizzato dalla Corte Europea da ultimo nel citato caso Torreggiani, e dalle conseguenti ampie ricadute sulla tutela dei diritti dei reclusi e sull'effettiva costruzione di percorsi trattamentali individualizzati, gli Stati Generali dell'esecuzione penale[11] trovarono spazi per interrogarsi su molteplici tematiche che, afferenti alla generalità della popolazione detenuta, avevano ricadute significative e certe anche nei confronti della popolazione omosessuale e *transgender* ristretta, come in materia di più adeguata tutela della salute, di implementazione dei contatti con i nuclei familiari di riferimento, di apertura al riconoscimento di più ampi spazi per l'affettività e la sessualità, di ricorso più sistematico e coerente alle misure alternative alla detenzione[12].

Tuttavia, alcune proposte, in particolare emerse nel Tavolo II[13], riguardavano specificamente il superamento delle sezioni protette, complessivamente intese, soluzione sulla quale si evince dagli atti una piena condivisione da parte di tutti i partecipanti ai lavori del tavolo, nonché ulteriori proposte per migliorare la tutela dei diritti delle persone LGBT+.

Nella relazione presentata da quel Tavolo[14] si evidenzia infatti la necessità di una sperimentazione volta a verificare la praticabilità di percorsi di convivenza tra detenuti "protetti" e "comuni", specialmente in piccole realtà penitenziarie, ove provare a superare lo stigma che altrimenti segue le vicende personali o penali che hanno condotto alla separazione per ragioni di protezione, eventualmente coinvolgendo in via prioritaria i detenuti più inseriti nei percorsi trattamentali, mediante la ricomprensione del tema dell'accettazione del "protetto" nel "patto trattamentale" proposto dall'area educativa.

Finché tali sezioni sussistono, occorre comunque che non siano, aggiunge il Tavolo II, delle mere sezioni-ghetto prive di opportunità trattamentali, e deve essere garantita la frequente rivalutazione della necessità dell'inserimento in sezione, per come previsto dall'art. 32 reg. es.

Circa le persone omosessuali dichiarate si sottolinea la speciale gravità della scelta di inserirli nelle sezioni protette promiscue, per altro insieme con i *sex offenders*, con la conseguenza di una non dignitosa sovrapposizione tra caratteristiche della persona e speciale riprovazione sociale, connessa al reato di tipo sessuale. Le soluzioni proposte in tal senso richiamano la necessità di un "superamento che passi attraverso un investimento culturale sull'abbattimento delle discriminazioni", senza però pretermettere il punto di vista di chi si sente più tutelato all'interno di sezioni esclusivamente dedicate.

Quanto alle persone *transgender*, "preso atto che le sezioni unicamente loro destinate esistono in pochi istituti penitenziari, occorrerebbe: a) attuare pienamente la tutela della salute mediante protocolli di spesa per le cure ormonali già intraprese prima dell'inizio della detenzione; b) tutelarne l'identità mediante disposizioni circolari che escludano l'obbligo di chiamarli con il nome del genere in cui non si riconoscono più (e che magari hanno da anni abbandonato); c) ipotizzare l'affiancamento delle sezioni transessuali, soprattutto ove non siano presenti reparti esclusivamente dedicati, nel contesto di istituti penitenziari ove siano recluse persone del sesso di destinazione (nel caso più frequente dunque, 'MtoF', affiancandole a istituti femminili)."

11 Gli Stati Generali dell'esecuzione penale furono istituti con d.m. 8 maggio 2015 e 9 giugno 2015 di costituzione e integrazione del Comitato degli esperti, coordinato dal Prof. Glauco Giostra, e conclusero i loro lavori, articolatisi in diciotto tavoli di lavoro, con l'evento conclusivo di presentazione del Documento finale, leggibile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page?previsiousPage=mg_2_19 , svoltosi presso la Casa Reclusione di Roma "Rebibbia" il 18 e 19 aprile 2016.

12 Si veda, per tutti questi temi, l'ampio panorama di proposte contenute nel Documento finale, cit.

13 Il Tavolo II aveva ad oggetto: vita detentiva, responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza e concluse i suoi lavori con la redazione di una relazione, leggibile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_2.page?previsiousPage=mg_2_19_1

14 Cfr. in particolare le proposte cap. 2 (circuiti) da 2 a 7, relativi ai circuiti precauzionali "protetti".

Queste raccomandazioni sono ripetute anche nel più ampio documento finale degli Stati Generali[15] che insiste inoltre sulla necessità di una formazione adeguata del personale in queste materie, sulla valorizzazione delle prassi e dei protocolli che in alcuni contesti locali hanno già semplificato l'accesso alle cure ormonali ed ai trattamenti in vista della transizione verso il sesso di indentificazione per le persone *transgender*, sulla diffusione di una sensibilità culturale in grado di accompagnare più adeguatamente gli interessati dal momento del primo ingresso in carcere, in cui occorre supportarli in una scelta difficile che, ad esempio per le persone omosessuali, può condurli a tacere il proprio orientamento, rischiando però di non essere adeguatamente tutelati nella vita in una sezione comune, oppure a dichiararlo, con la consapevolezza che ciò inevitabilmente conduce all'inserimento in una sezione protetta, spesso gravata da importanti carenze trattamentali.

Anche nei documenti emessi negli stessi anni dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale[16] emerge una sottolineatura fortemente critica rispetto al binomio protezione – isolamento che, seppur all'interno di sezioni, soprattutto quando di dimensioni particolarmente ridotte, finisce per determinare effetti trattamentali negativi, per la assoluta carenza di attività impostate specificamente in favore di chi si intendeva proteggere da eventuali prevaricazioni del resto della popolazione comune.

In questa chiave l'auspicio è dunque che si lavori soprattutto nel senso di creare spazi di socialità ed attività da svolgersi insieme con gli appartenenti ad altre sezioni, evitando la creazione di "un mondo a parte", in pieno contrasto con un'idea di esecuzione penale che offra chances differenti a individui differenti, ma che non contraddica il principio di uguaglianza che connota il concetto stresso di pena privativa della libertà"[17].

In particolare per quanto concerne le sezioni che ospitano persone transessuali *MtoF* si raccomanda che le stesse siano opportunamente diffuse sul territorio e siano affiancate a istituti femminili, "dando preminenza alla considerazione del genere piuttosto che alla situazione anatomica di persone non operate"[18].

Si tratta di una considerazione di particolare importanza, specialmente se letta insieme all'insegnamento della Corte Costituzionale nella sent. 5 novembre 2015, n. 221, per la quale il percorso di rettificazione del sesso anagrafico può concludersi anche senza che la persona decida di far ricorso all'intervento di modificazione chirurgica dei caratteri sessuali, che è soltanto uno strumento per raggiungere il conseguimento pieno del benessere psicofisico della persona[19].

L'esperienza degli Stati Generali aveva l'intenzione di accompagnare culturalmente un processo riformatore ritenuto ormai ineludibile dal punto di vista normativo. La legge 23 giugno 2017, n. 103, di delega al Governo, per quanto qui di interesse, al fine di operare una ampia riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso, raccolse quella sfida, pur ponendo significativi paletti (ad esempio in materia di preclusioni alla concessione di benefici penitenziari per i condannati per alcune tipologie di delitto ritenute di maggiore allarme sociale). La Commissione Giostra, insediatasi presso il Ministero della Giustizia, elaborò in quel contesto un ampio progetto di riforma[20], di fatto largamente abbandonato dal legislatore delegato, che tuttavia ne ha adottato alcune parti con i d.lgs. 2 ottobre 2018 n. 121, 123 e 124[21].

15 Stati Generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, cit., *Parte Terza, La tutela dei soggetti vulnerabili*, 2.4.

16 Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Norme e normalità. Standard per l'eecuzione penale detentiva degli adulti. Raccolta delle Raccomandazioni 2016 – 2017*, p. 43ss.

17 Cfr. Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Norme e normalità,* cit. p. 45, con riferimento all'esperimento di sezione per protetti omosessuali aperta per breve tempo, e poi destinata ad altro, proprio in relazione alle problematiche qui rappresentate, presso la Casa Circondariale di Gorizia.

18 Cfr. Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Norme e normalità, cit. p. 46, con espressioni utilizzate nella Relazione al Parlamento 2017.

19 "La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione – come prospettato dal rimettente –, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico. Il percorso ermeneutico sopra evidenziato riconosce, quindi, alla disposizione in esame il ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU) e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch'esso di copertura costituzionale, alla salute." Cfr. sent. 5 novembre 2015 n. 211.

20 Commissione Giostra, *Il Progetto di Riforma penitenziaria*, Nuova editrice universitaria, Roma, 2019.

21 Per una disamina critica delle principali novità apportate vd., tra gli altri, P. Bronzo – F. Siracusano – D. Vicoli, *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo" carcerario,* Giappichelli, 2019.

Tra i risultati più coerenti, dal punto di vista sistematico, di quell'ampio progetto riformatore sono appunto alcune disposizioni in materia di tutela dei diritti delle persone omosessuali e *transgender* detenute.

All'interno dell'art. 1 ord. penit., che già esplicitava un diritto all'imparzialità del trattamento, inibendo approcci discriminatori legati alla nazionalità, alla razza, alle condizioni economiche e sociali, alle opinioni politiche e alle credenze religiose, vengono significativamente premessi agli altri fattori rilevanti il sesso, l'identità di genere e l'orientamento sessuale. Particolarmente innovativo, in tal senso, il riferimento antidiscriminatorio all'identità di genere e all'orientamento sessuale, leggibile come tale in una pluralità di atti sovranazionali[22], ma di fatto non ancora mai affacciatosi al panorama normativo nazionale[23].

La formulazione, di principio, è di speciale significato, pur se ovviamente diretta derivazione dell'art. 3 Cost., poiché consente in modo espresso di leggere tutte le norme dell'ordinamento penitenziario, verificando se e come l'agire dell'amministrazione possa eventualmente determinare approcci anche fattualmente discriminatori che, come tali, il magistrato di sorveglianza ha oggi gli strumenti giurisdizionali per rimuovere.

La novella del 2018 sceglie poi di operare un significativo cambio di passo mediante la modifica contenuta nell'art. 14 co. 7 ord. penit., superando la logica dell'allocazione delle persone omosessuali e *transgender* mediante la separazione obbligatoria dai detenuti comuni[24], prevedendo invece che l'inserimento nella sezione protetta avvenga soltanto quando si temano aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, ma con il consenso della persona interessata e solo in sezioni esclusivamente dedicate alla protezione per l'identità di genere o l'orientamento sessuale.

Le stesse, poi, debbono essere uniformemente distribuite sul territorio nazionale e deve in ogni caso essere "garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta".

La disposizione contempla dunque una serie specifica di misure che, nell'ambito delle norme volte a disciplinare l'allocazione dei detenuti, sviluppa un intervento di peculiare tutela nei confronti delle persone che rischino di subire discriminazioni connesse unicamente alla propria identità di genere o all'orientamento sessuale dichiarato, prevedendone l'inserimento in una sezione separata.

La separazione, in tale sezione, deve effettuarsi per categorie omogenee, non sono perciò più compatibili con l'attuale assetto normativo inserimenti di persone che temano discriminazioni per orientamento sessuale o identità di genere all'interno di sezioni "protette promiscue", in cui, accanto a loro, siano ospitate altre persone separate dal resto della popolazione detentiva perché in potenziale pericolo di sopraffazioni in ragione dei reati commessi o delle scelte collaborative con la giustizia o per le altre cause che già si sono esaminate.

L'inserimento, comunque, avviene unicamente, ed è il secondo elemento di speciale novità rispetto al passato, se vi è il consenso dell'interessato e dunque a sola protezione dello stesso, e mai indipendentemente dalla sua volontà. Viene dunque superata una separazione meramente imposta per ragioni descritte come "oggettive" e che perciò nei confronti di persone omosessuali e *transgender* assumeva una connotazione marcatamente ghettizzante.

Anche la distribuzione uniforme sul territorio nazionale assume un particolare significato, che vuole evitare una desocializzazione inevitabile ove si allontani eccessivamente la persona dal contesto familiare di riferimento oppure, come pure previsto ora espressamente nell'art. 14 co. 1 ord. penit., dal proprio centro di riferimento sociale, una espressione che, come è stato notato, si attaglia peculiarmente alle persone omosessuali e *transgender*, che sono spesso portate a costruire una propria comunità di

22 Cfr. ad esempio la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa Rec(2010)5, concernente misure per combattere le discriminazioni determinate da orientamento sessuale e identità di genere, che contempla un passaggio proprio riferibile alla materia penitenziaria, richiedendo che gli Stati memebri assicurino "sicurezza e dignità di ogni persona privata della libertà, comprese le persone lesbiche, gay, bisessuali e transessuali", raccomanda che siano previste "misure di protezione contro le aggressioni fisiche, lo stupro e altre forme di abuso sessuale, sia da parte di altri detenuti, che del personle del carcere" ed auspica "disposizioni destinate a tutelare e rispettare adeguatamente l'identità di genere delle persone transgender".

23 All'epoca dell'entrata in vigore del d.lgs. 123/2018 vi erano però già numerose leggi regionali che utilizzavano l'espressione sopra ricordata: cfr. tra le prime la legge reg. Toscana 15 novembre 2004, n 63. In seguito, invece, la medesima formula è stata nuovamente adoperata dal legislatore, in sede di modifica dell'art. 19 co. 1 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 in materia di divieti di espulsione con riferimento alle categorie vulnerabili, intervenuto con d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173.

24 Cfr., volendo, F. Gianfilippi – L. Cesaris, *Art. 14*, in *Ordinamento*…cit., in F. Della Casa – G. Giostra (a cura di), p. 178 ss.

affetti al di fuori della famiglia[25], soprattutto quando sperimentino pregiudizi ed esclusione dipesi da atteggiamenti omotransfobici, e che, se migranti, possono comunque essere molto lontane dai nuclei familiari con i quali pur non abbiano interrotto i rapporti.

Si cerca infine di superare, seppur con espressioni obbiettivamente prudenti[26], il muro impenetrabile di separazione tra le predette sezioni e le sezioni comuni, precisandosi che i detenuti che vi sono ristretti debbono diporre di adeguate opportunità trattamentali e che le stesse possono essere anche svolte insieme con i detenuti delle sezioni comuni, con lo scopo di favorire momenti di controllata e progressiva integrazione.

Una ulteriore concretizzazione, infine, del principio antidiscriminatorio contenuto nell'art. 1 ord. penit., venne introdotta con la novella del 2018 nell'art. 11 co. 10 ord. penit., che assicura la prosecuzione del programma di cure e supporto psicologico alle persone che, al momento dell'ingresso a qualsiasi titolo in carcere, abbiano in corso un programma terapeutico volto alla rettificazione del sesso *ex* l. 14 aprile 1982, n. 164.

Si tratta di una precisazione che serve a fugare dubbi in ordine alla sussistenza di un diritto alla continuità terapeutica in un ambito in cui l'interruzione ha rilevantissime conseguenze sul piano fisico e psichico e che, per la verità, è stata sino ad ora spesso messa in discussione, se non dall'assenza di un adeguato approccio specialistico, almeno da ragioni di riparto di spesa tra il privato che chieda di accedervi e la Asl competente. Con la novella normativa si è perciò voluta garantire espressamente una pronta presa in carico della condizione delle persone *transgender* al momento dell'ingresso in carcere. L'espessione utilizzata dal legislatore non deve però leggersi come riferita soltanto a coloro che fossero già seguiti da un servizio pubblico mediante il complesso protocollo che è alla base del piano terapeutico per la rettificazione del sesso, ma può invece ritenersi ricomprendere anche la situazione di quelle persone che assumessero in libertà terapie con l'obbiettivo di rettificazione, ma magari al di fuori di un corretto controllo medico (si pensi agli stranieri privi di regolare titolo di soggiorno). In quest'ultimo caso, naturalmente, sarà però necessaria la redazione di un vero piano terapeutico ad opera delle diverse professionalità coinvolte, con l'ulteriore beneficio di rimettere su binari medicalmente più corretti percorsi altrimenti piuttosto rischiosi intrapresi in libertà.

Un passo molto significativo è stato più di recente compiuto con l'importante decisione dell'Agenzia italiana del farmaco (pubblicata in GU del 30 settembre 2020), con la quale si delibera l'inserimento nell'elenco dei medicinali erogabili in modo totalmente gratuito dal servizio sanitario nazionale degli ormoni necessari al percorso di transizione *MtF* e *FtM* delle persone *transgender*. Sotto il profilo penitenziario, pur non essendo (forse) automatica la ricomprensione nei livelli essenziali di assistenza anche di tali farmaci (un profilo comunque reclamanbile dinanzi al magistrato di sorveglianza ex art. 35- *bis* ord. penit.), ciò significa una importante semplificazione nell'accesso alle cure da parte delle persone detenute, ovunque ristrette sul territorio nazionale, evitando la disparità di trattamento, cui si era comunque già in passato tentato di porre rimedio in giurisprudenza[27], derivante dalla collocazione al primo ingresso della persona, o dal suo trasferimento, in una regione nella quale tali cure non fossero erogate gratuitamente.

4. Le prime pronunce della magistratura di sorveglianza

Le novità normative contenute nei decreti legislativi 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018, richiedevano, pur essendo soltanto lacerti del più ampio affresco riformatore immaginato in adempimento della delega del 2017, interventi operativi immediati e più spesso un ripensamento, di tipo organizzativo, volto a centrare nuovamente sul trattamento rieducativo il tempo dell'esecuzione penale intramuraria, con investimenti anche di risorse che, ad esempio, riguardano l'accesso di mediatori culturali, un maggior impegno nell'istruzione, in particolar modo degli stranieri, spazi più idonei e tempi più ampi per i momenti di incontro con i familiari al di fuori delle mura.

Anche se occorre tener conto degli effetti della drammatica emergenza pandemica, per i quali si rinvia al par. 5, sembra che poco si sia effettivamente concretizzato.

25 Vd. per questa sottolineatura riferita alle persone *queer* l'opinione di G. Zago, *Declinazioni del principio…*, *cit*., p. 260.

26 Parla di una previsione che, a causa dell'avverbio "eventualmente" adoperato, corre il rischio di rimanere programmatica, S. Ciuffoletti, *Carcere e antidiscriminazione. Prime prove di tutela dei diritti a fronte della (dimidiata) riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *GenIUS*, 2019, n. 2, p. 22.

27 Cfr. ord. magistrato di sorveglianza Spoleto 13 luglio 2011, in www.articolo29.it.

Molte disposizioni normative introdotte non sembravano comunque destinate a produrre risultati immediatamente riscontrabili e suggerivano, soprattutto, cambi di passo di più lungo periodo ed interventi di sistema idonei a superare le criticità ora anche normativamente stigmatizzate.

Le stesse novità introdotte per la vita carceraria dei detenuti LGBT+, come subito notato dalla dottrina che se n'è occupata[28], dovevano essere poste alla prova del confronto con il concreto agire dell'amministrazione.

Il complesso delle norme dell'ordinamento penitenziario, poi, doveva essere più compiutamente letta, grazie alla formulazione dell'art. 1 ord. penit., in una dimensione antidiscriminatoria che tutelasse le persone sotto il profilo dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere.

Per come già si è accennato, lo strumento privilegiato, ma non esclusivo, per far emergere azioni od omissioni potenzialmente discriminatorie è oggi costituito dal reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., nel quale si facciano valere le asserite violazioni della legge penitenziaria e del regolamento di esecuzione, dalle quali derivino al detenuto o all'internato attuali e gravi pregiudizi all'esercizio dei diritti (art. 69 co. 6 lett. b) ord. penit.).

Se dunque non sembra che a livello amministrativo, dopo la riforma, si siano approntate modifiche di sistema, ancora necessarie, non si è dovuto attendere a lungo perché le prime problematiche fossero poste all'attenzione della magistratura di sorveglianza.

In un caso, soltanto un mese dopo l'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 14 co. 7 ord. penit., il magistrato di sorveglianza di Spoleto[29], adito da una persona dichiaratasi omosessuale, e perciò collocata all'interno di una sezione protetta promiscua, ordinava all'amministrazione che la stessa fosse assegnata ad una sezione separata, poiché allo stato timorosa di subire aggressioni o sopraffazioni in ragione del proprio orientamento sessuale da parte della restante popolazione detenuta. La predetta sezione avrebbe però dovuto vedervi collocati soltanto "detenuti con le sue sole stesse esigenze di protezione" e avrebbero dovuto essergli garantite opportunità trattamentali, eventualmente insieme a detenuti delle sezioni comuni "sotto l'attento controllo degli operatori penitenziari".

L'interessato non lamentava, infatti, la sua collocazione separata, della quale sentiva il bisogno, ma che la stessa, operata in una sezione protetta promiscua, finisse per esporlo a pericoli analoghi a quelli che avrebbe corso in una sezione comune, subendo inoltre l'ulteriore pregiudizio di una più ridotta offerta trattamentale.

L'ordinanza mira dunque ad una più idonea collocazione, ma soprattutto ad evitare che la separazione sia operata, ancora una volta, riducendo le possibilità di accesso ai percorsi trattamentali.

Nel provvedimento si sottolinea la centralità della volontà dell'interessato, quando si tratti di proporgli l'allocazione in una sezione separata per ragioni di protezione. Nel caso di cui si tratta, il reclamante si era dichiarato omosessuale al momento dell'ingresso in carcere, una dichiarazione che, seppur rimessa alla scelta dell'interessato, oggi acquista un significato ulteriore perché "chi la compie possa poi fruire delle tutele garantite dall'ordinamento penitenziario ad esempio alla parte unita civilmente o al convivnete di fatto (cfr. comma 38 art. 1 legge 76/2016) in relazione all'art. 28 ord. penit." e quindi possa con maggior facilità accedere ai colloqui visivi e alla corrispondenza telefonica con il/la partner.

Sotto questo profilo, dunque, si sottolinea una rilevanza concreta del *coming out* in contesto intramurario, di cui occorre tener conto, e che si assomma alla consapevolezza, fortunatamente sempre più spiccata e precoce nella popolazione più giovane, circa la diretta incidenza sulla propria identità e dignità della libera comunicazione del proprio orientamento sessuale. Deve perciò garantirsi che la dimensione carceraria non spinga invece, come ancora si riscontra in molti casi, verso scelte di silenzio che, fatte per evitare la separazione e tentare comunque di non esporsi a possibili vessazioni, rischiano di compromettere dignità ed umanità del percorso di esecuzione penale, ricacciando l'orientamento omosessuale in un cono d'ombra di vergogna ed esclusione.

Precede di circa un mese l'inizio dell'emergenza pandemica nel nostro territorio nazionale, l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Firenze[30], che ha accolto il reclamo - impugnazione, avverso il

28 Cfr. di questa opinione G. Zago, *Declinazioni del principio…*, cit., 262 e S. Ciuffoletti, *Carcere e antidiscriminazione…*, cit., 22 – 23. Vd. anche L. Re – S. Ciuffoletti, *La pena rimossa*, cit., p. 116, ove si afferma: "Si tratterà di vedere quali trasformazioni ciò comporterà in un sistema di detenzione (quello per le persone transgender) che si è caratterizzato fino a oggi per l'informalità, la residualità nell'accesso al trattamento164, la etero-direzione delle scelte identitarie e di allocazione e per una costante sottovalutazione dei bisogni e dell'effettività delle tutele".

29 Cfr. Magistrato di sorveglianza Spoleto, ordinanza 18 dicembre 2018, in www.articolo29.it. Il commento al provvedimento è occasione di una ampia lettura delle nuove norme in L. Amerio – V. Manca, *Forma attiva e passiva del verbo amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del D.lgs. n. 123/2018 in materia di affettività e sessualità*, in *Giur. Pen.*, 2 settembre 2019 e S. Ciuffoletti, *Carcere e antidiscriminazione…*, cit.

30 Cfr. Tribunale di sorveglianza Firenze, ordinanza del 4 febbraio 2020, *inedita*.

precedente rigetto del reclamo – istanza operato da parte del competente magistrato di sorveglianza fiorentino, di una detenuta presso la sezione *transgender* della Casa Circondariale di Firenze "Sollicciano", che voleva vedersi riconosciuto il diritto all'assegnazione ad un reparto femminile, avendo già ottenuto la rettificazione delle generalità e del sesso sugli atti di stato civile (deliberata dal Tribunale competente), pur senza essersi sottoposta ad intervento chirurgico per la modifica degli organi genitali.

Il Tribunale di sorveglianza riconosce il comportamento gravemente lesivo dell'amministrazione nel continuare ad attribuire alla detenuta, nonostante la rettificazione del sesso disposta con sentenza passata in giudicato, le generalità maschili, leggendovi un contrasto con l'art. 1 co. 1 ord. penit. e ciò a prescindere dall'intervento chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali biologici, in adesione al già citato insegnamento della Corte Costituzionale (sent. 221/2015). "L'identità di genere", si afferma "è uno degli aspetti che fondano il concetto di dignità dell'uomo e costituisce (…) un diritto fondamentale". Ne deriva l'obbligo da parte dell'amministrazione di adeguare tutti gli atti e provvedimenti di sua competenza con le generalità ormai femminili della detenuta, per come statuito dal giudice civile.

Il Collegio fiorentino riconosce che l'interessata ha diritto all'inserimento in una sezione femminile. La modifica normativa intervenuta con il d.lgs. 2 ottobre 2018 n. 123, d'altra parte, impedisce che l'inserimento in tale sezione, della quale si ricorda "la costante precarietà della condizione trattamentale che non fa che aumentare la percezione di un reparto assai <<scomodo>>>", possa avvenire senza il consenso della persona interessata.

Né d'altra parte può riconoscersi un diritto delle altre detenute donne, che si erano lamentate di questa eventualità, di non vedersi assegnata una detenuta che abbia ormai ottenuto la rettificazione del sesso.

Spetta infatti all'amministrazione, secondo il Tribunale di sorveglianza, garantire all'interessata e alle altre detenute ristrette una sufficiente riservatezza ed eventuali forme di tutela ulteriori (ad esempio circa il personale che debba procedere alle perquisizioni), mentre debbono essere condivisi gli spazi di vita diurni e notturni.

Il provvedimento sin qui ricordato, meritevole di ben più ampio commento, per la ampiezza e profondità dei temi affrontati, si pone, per quanto di interesse rispetto alla succinta rassegna in corso, quale importante contributo, utile non solo a sperimentare la vasta portata delle conseguenze delle novità antidiscriminatorie introdotte nel 2018, ma a ribadire chiaramente come la tutela dell'identità di genere sia consustanziale alla dignità della persona e richieda un costante sforzo di attenzione e di approfondimento rispetto ai complessi interessi in gioco da parte delle amministrazioni coinvolte.

Più di recente, ancora, il magistrato di sorveglianza di Varese, con provvedimento (che può considerarsi ricompreso tra quelli che l'art. 69 co. 5 ult. parte ord. penit. prevede espressamente) reso nell'ambito di un procedimento iscritto ad altri fini, ha imposto al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria di provvedere con sollecitudine all'individuazione di una casa di lavoro dove la detenuta *transgender* interessata (*MtoF*) potesse eseguire la misura di sicurezza in una sezione dedicata, poiché allo stato invece, ristretta in una struttura maschile, finiva per essere costretta ad una condizione di isolamento per la necessità di evitare contatti con la restante popolazione maschile, in violazione del disposto dell'art. 14 co. 7 ord. penit., espressamente riferito anche agli internati[31].

L'ordinanza, che si segnala anche per l'uso del femminile riferendosi alla persona, che pur ha ancora generalità maschili, assecondandone così opportunamente il sesso di identificazione, quale importante riconoscimento di questo fondante dato identitario, affronta qui, verosimilmente per la prima volta, il problema di pensare luoghi di protezione adeguata per le persone *transgender* anche ove in esecuzione di una misura di sicurezza detentiva. La soluzione dell'isolamento assoluto in ragione di protezione, per come per altro ampiamente chiarito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[32], si ribadisce, è infatti impercorribile.

31 Cfr. Magistrato di sorveglianza Varese, ordinanza 29 giugno 2021, *inedita*.

32 Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *X. c. Turkey*, 9 ottobre 2012 e *Stasi c. France*, 20 ottobre 2011.

5. Il carcere chiuso del tempo della pandemia

Dal punto di vista normativo il d.l. 23.02.2020 n. 6 inaugura la drammatica stagione dell'emergenza epidemiologica da COVID19 nel nostro paese. La fotografia del sistema penitenziario a quella data mostra un tasso di sovrafollamento penitenziario molto alto, con circa 61mila detenuti ristretti in carcere[33].

All'arrivo della pandemia il carcere sa chiudere subito all'esterno, con un moto che asseconda forse una sua tendenza culturale mai superata, ma che giova, almeno nella prima fase dell'epidemia, al suo contenimento nel contesto carcerario. Andrà peggio con la c.d. seconda ondata e, ad oggi, nonostante una campagna vaccinale ormai molto avanzata, si riscontra ancora un numero non insignificante di casi di positività[34]. Non accedono da subito i volontari, si bloccano le iniziative di contatto con la società esterna, si interviene sui momenti dei colloqui con i familiari. Non dovunque si fa allo stesso modo ed appare subito evidente come il fattore comunicazione alla popolazione ristretta di queste, pur dolorose, decisioni sia decisivo per evitare il peggio. In una fiammata si accendono alcune rivolte negli istituti penitenziari, e costeranno vite[35].

Gli organismi internazionali, Oms e Consiglio d'Europa[36], emanano documenti che sottolineano la necessità di mettere al sicuro gli istituti penitenziari e di preservare in tutti i modi la salute dei più fragili, in particolare anziani e malati.

Le prime indicazioni governative sul punto intervengono con il DPCM 8 marzo 2020, che contiene un lungo elenco di misure che riguardano nella gran parte la vita libera. Al carcere è dedicata la lett. U) dell'art. 2: "I casi sintomatici dei nuovi ingressi sono posti in condizione di isolamento dagli altri detenuti, raccomandando di valutare la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare. I colloqui visivi si svolgono in modalità telefonica o video, anche in deroga alla durata attualmente prevista dalle disposizioni vigenti. In casi eccezionali può essere autorizzato il colloquio personale, a condizione che si garantisca in modo assoluto una distanza pari a due metri. Si raccomanda di limitare i permessi e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare".

E' subito evidente una certa approssimazione nei termini adoperati. Gli indirizzi da seguire sembrano però sostanzialmente due: favorire le misure alternative al carcere ed evitare ingressi ed uscite frequenti, anche quando gli stessi siano fisiologici (come nel caso dei permessi). Si tratta però soltanto di raccomandazioni.

Segue il d.l. 8 marzo 2020 n. 11, che prevede disposizioni importanti in materia di modalità di svolgimento a distanza dei processi, ma che all'art. 2 c. 8 e 9 contiere espresse disposizioni che impongono la modalità a distanza per lo svolgimento dei colloqui di cui all'art. 18 ord. penit. e la possibilità di sospendere, tenuto conto delle evidenze rappresentate dall'autorità sanitaria, i permessi premio e la semilibertà.

Dal punto di vista penitenziario, i successivi passaggi normativi riguardano alcune misure emergenziali volte a deflazionare le carceri, luoghi in difficoltà nel garantire distanziamento sociale, presidi di prevenzione adeguati e spazi, ove l'epidemia vi penetri, per l'isolamento necessario dei malati. Si tratta delle disposizioni contenute in particolare nel d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (art. 123 – 124), poi convertito in l.

33 Per una analisi ragionata della stagione del Covid nel contesto carcerario un quadro di sintesi di particolare efficacia può leggersi nei Rapporti annuali di Antigone 2020 (XVI rapporto) e 2021 (XVII rapporto), in www.antigone.it.

34 E' possibile consultare sul sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it, i dati settimanalmente aggiornati dei casi di positività al COVID19 riscontrati negli istituti penitenziari italiani. Uno strumento di aggiornamento e riflessione costante è stato inoltre costituito, durante le diverse fasi della pandemia, dal bollettino, a cadenza addirittura giornaliera nei periodi di più acuta crisi, redatto dal Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale leggibile in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, *Il punto del Garante*.

35 Cfr. tra gli altri R. De Vito, *Il vecchio carcere nei tempi del nuovo colera*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2020, per le prime, ampie, riflessioni su quelle drammatiche giornate e sulle azioni che apparivano da subito necessarie e G.L. Gatta, *Carcere e coronavirus: che fare?*, in *Sistema penale*, 12 marzo 2020.

36 Si vedano il documento dell'Organizzazione mondiale della Sanità emesso il 15 marzo 2020 "Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention", in https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness,-preventionand-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention,-15-march-2020-produced-by-whoeurope e la dichiarazione del Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti e pene inumani o degradanti del Consiglio d'Europa del 20 marzo 2020: "Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty", in https://www.coe.int/en/web/cpt/-/covid-19-council-of-europe-anti-torture-committee-issues-statement-of-principles-relating-to-the-treatment-of-persons-deprived-of-their-liberty-

24 aprile 2020 n. 27[37] e, nella seconda fase dell'epidemia, nel d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 (art. 28 – 30), poi convertito in l. 18 dicembre 2020, n. 176[38], con termini di efficacia della concedibilità delle misure varie volte prorogata, sino allo stato al d.l. 23 luglio 2021 n. 105, che individua la data del 31 dicembre 2021.

Si tratta essenzialmente di permessi e licenze straordinarie rispettivamente per condannati e semiliberi e di misure di detenzione domiciliare, concedibili tuttavia con una serie di automatismi preclusivi rispetto ad alcune tipologie di autori di reato talmente estese da non aver poi prodotto effetti deflattivi importanti, determinatisi invece in modo più significativo grazie al ricorso da parte della magistratura di sorveglianza alle ordinarie misure alternative, concesse con maggior urgenza a fronte della condizione epidemica, nonché ad un meno frequente ricorso alla custodia cautelare in carcere.

Altre misure varate dal Governo, pur nel tempo del COVID, appaiono invece connesse alla necessità di rispondere a campagne stampa che avevano amplificato, non certo con accuratezza, le "scarcerazioni" operate dalla magistratura di sorveglianza e dai giudici delle misure cautelari a tutela della salute di alcuni detenuti affetti da gravi patologie, e dunque particolarmente a rischio in caso di contrazione del virus, e si sostanziano in rafforzamenti dell'istruttoria preliminare a quelle decisioni (d.l. 30 aprile 2020 n. 28, poi convertito con numerose modificazioni in l. 25 giugno 2020 n. 70[39]) o in oneri di frequente rivalutazione delle stesse (d.l. 10 maggio 2020 n. 29[40], che sarà poi abrogato, con contenuti interamente ripresi, con modificazioni, nella legge di conversione 25 giugno 2020, n. 70).

Sotto il profilo della quotidianità penitenziaria il tempo del COVID si manifesta come una stagione in cui gli istituti penitenziari sono costretti a dismettere in larga parte le iniziative trattamentali che, con tutte le difficoltà del sovraffollamento, ordinariamente si tenta di impostare. La scuola a distanza stenta a lungo a trovare spazi e modi per essere portata avanti, mentre tutti i limiti della DAD si riscontrano in un contesto particolarmente deprivato come quello penitenziario in cui le postazioni informatiche non sono certo capillarmente diffuse. Il sostegno psicologico e psichiatrico, l'accesso dei servizi per le dipendenze, dei medici specialisti, si rarefanno, quando non vengono interrotti del tutto. Come già si accennava, il volontariato, che spesso consente la realizzazione di piccoli e grandi progetti risocializzanti dentro il carcere, oppure semplicemente il sostegno morale dei detenuti, resta fuori dalle mura. A volte gli stessi operatori giuridico-pedagogici (gli educatori) finiscono per non accedere alle sezioni detentive, limitando i momenti di contatto a colloqui a distanza. I familiari vedono interrotti i colloqui visivi per un tempo lunghissimo, più o meno esteso a seconda dell'uscita o dell'ingresso della zona di collocazione dell'istituto penitenziario dalle diverse fasce gialla, arancione o rossa, e della distanza da percorrere per raggiungerlo, a fronte delle note molteplici limitazioni al movimento.

L'unico, significativo, correttivo è sotto quest'ultimo profilo il largo uso della tecnologia, mediante la quale si consente la modalità a distanza del colloquio, utilizzando skype o altre piattaforme. Una esperienza che, largamente diffusasi con la pandemia, il mondo del carcere dovrà cercare di non perdere al ritorno alla normalità, quale strumento di trattamento che non può certo sostituire l'infungibile colloquio visivo, ma può affiancarglisi, semplificando l'accesso agli affetti di chi li ha più lontani o in condizioni di più intenso disagio[41].

Segue lo stesso obbiettivo anche l'importante ampliamento del numero dei colloqui telefonici con i familiari previsto nell'art. 2-*quinquies* della legge 25 giugno 2020 n. 70. Vi si prevede che l'autorizzazione alla corrispondenza telefonica possa essere di una volta al giorno quando con figli minori o portatori di grave disabilità, ma anche con il coniuge o l'unito civilmente o la persona stabilmente convivente o legata da relazione affettiva stabile, oppure ancora con i genitori o i fratelli, se gli stessi siano ricoverati presso strutture ospedaliere (i colloqui, però, per i detenuti per reati compresi negli elenchi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., non possono essere più di uno a settimana, mentre la disposizione non si applica per chi sia sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.).

37 Cfr., per tutte, tra le altre le analisi, anche critiche, su questi provvedimenti di M. Ruaro, *Le disposizioni relative all'esecuzione penale del D.L. "Cura Italia" (D.L. 17 marzo 2020, n. 18, conv. L. 24 aprile 2020, n. 27*), in *Cass. Pen*., 6, 2020 e i rilievi critici in E. Dolcini - G.L. Gatta, *Carcere, coronavirus, decreto "cura Italia"*: *a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 20 marzo 2020.

38 Volendo, per una disamina delle diverse disposizioni previste in materia penitenziaria, F. Gianfilippi, *Il contrasto all'emergenza epidemiologica in carcere nel D.L. "Ristori"*, in *Diritto penale e processo*, n. 2/2021.

39 Per un commento, volendo, vd. F. Gianfilippi, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, in *Giur. Pen.*, 4 maggio 2020.

40 Vd. L. Cesaris, *Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, in *Giur. Pen.*, 23 maggio 2020.

41 Secondo L. Re – S. Ciuffoletti, *La pena rimossa*, *cit*., p. 125: "(s)arà necessario seguire con attenzione il prossimo futuro delle istituzioni penitenziarie nel nostro paese e monitorare i possibili effetti perversi di questa digitalizzazione dell'affettività, importante strumento di mantenimento dei rapporti con l'esterno in un contesto di emergenza sanitaria pandemica, che tuttavia non deve normalizzarsi trasformandosi in un'ulteriore dematerializzazione della presenza degli affetti in carcere".

Complessivamente, comunque, ne risulta un universo carcerario in cui la funzione di custodia si fa quasi esclusiva ed in cui la tutela della salute e la possibilità di sviluppare percorsi trattamentali e risocializzanti viene significativamente compromessa in attesa del superamento dell'emergenza[42].

Più di recente un ritorno progressivo alla normalità passa ancora per il completamento di un capillare piano vaccinale relativo all'intero mondo penitenziario, mediante il quale creare condizioni per la ripresa delle attività fondamentali, comunque di fatto ancora non prodottasi in molte parti del territorio nazionale[43].

La quotidianità penitenziaria e le prospettive di reinserimento delle persone omosessuali e *transgender*, su cui queste pagine si concentrano, sono state all'evidenza afflitte, come il resto della popolazione ristretta, dalle problematiche sin qui succinte. Ci si può chiedere se lo siano state in modo peculiare. Certamente le criticità preesistenti alla pandemia non hanno potuto trovare una speciale attenzione in questo tempo emergenziale, né risulta modificato l'assetto delle sezioni protette, anche quando promiscue. Dove erano presenti carenze strutturali, le stesse hanno afflitto l'ambiente nel quale si è ulteriormente ripiegata e contratta la giornata dei reclusi[44]. Dove la convivenza tra i detenuti era più difficile, è mancato il sollievo del rapporto con il mondo esterno e si è prodotta, inevitabilmente, una rarefazione dei contatti anche con il personale interno, ad esclusione della polizia penitenziaria che, spesso, ha costituito l'unico interlocutore delle persone detenute. Queste ultime hanno dovuto sostenere, in condizioni di speciale solitudine, angosce crescenti, anche alimentate dalla televisione, unica finestra sull'esterno rimasta a mostrare l'enorme differenza tra un carcere in cui il distanziamento è impossibile ed una società in *lockdown* domiciliare.

Le sezioni protette, dunque, hanno certamente affrontato una stagione di più intenso isolamento, all'opposto di quella progressiva prospettiva di condivisione delle attività trattamentali con le sezioni comuni che la novella del 2018 aveva auspicato.

I trasferimenti tra istituti penitenziari sono stati ridotti al minimo, proprio per non facilitare l'eventuale trasmissione del contagio. Ciò ha inevitabilmente potuto ritardare per tutti l'accesso all'istituto più idoneo, per la prossimità agli affetti, *ex* art. 14 e 42 ord. penit., ma tale prospettiva ha inciso in modo drammatico ove quel tipo di trasferimento fosse necessario per consentire l'inserimento in una sezione protetta, in particolare non promiscua, ove esistente, dedicata a persone a rischio di discriminazione unicamente in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, e quindi conforme alle indicazioni normative[45].

L'accesso ai colloqui a distanza ha costituito una valvola di sfogo significativa, ma soprattutto per chi avesse mantenuto proficui rapporti con i propri familiari, di fatto quindi non incidendo su una quotidianità già tanto pesante, per chi, come purtroppo può accadere ad esempio alle persone *transgender* provenienti da determinati contesti socio-culturali e nazionali, con la famiglia abbia interrotto ogni rapporto, o più banalmente non sia in grado di fornire recapiti affidabili mediante i quali instaurare le connessioni necessarie (si pensi a molti stranieri extracomunitari).

Il complesso lavoro di supporto medico, specialistico e psicologico, che si connette ai percorsi di transizione richiede contatti frequenti che, di fatto, l'emergenza epidemica ha impedito in larga parte del territorio nazionale.

L'elaborazione di percorsi trattamentali idonei a supportare richieste di misure alternative richiede per tutte le persone detenute l'impegno di più agenzie, anche territoriali, ma questo è particolarmente vero quando si tratti di costruire una ipotesi di futuro ad esempio nei confronti delle persone *transgender* o di persone omosessuali che siano prive di un contesto socio-familiare accogliente, mediante il coinvolgimento del volontariato e delle associazioni di tutela dei diritti LGBT+, come da esperienze che in alcuni contesti regionali si portano avanti da anni. La chiusura all'esterno del mondo del carcere, anche

42 Considerazioni particolarmente efficaci sul presente del carcere e sulle prospettive di ripresa possono leggersi nella Relazione al Parlamento 2021 del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale e nella sua Presentazione, leggibili in www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

43 Vd., recentissima, la circolare DAP 9 agosto 2021 n. 298157 concernente "nuove misure da adottare per la rirpesa delle attività in ambiente penitenziario".

44 Nella Casa Circondariale di Firenze "Sollicciano", ad es. alcune detenute del Raparto feminile, cui accede la sez. D (attualmente chiusa, come diremo più avanti) destinata a detenute *transgender*, hanno proposto, con il supporto dell'associazione L'Altro Diritto, reclami per l'assenza di lavatrici, invece presenti nel penitenziario maschile, particolarmente necessarie per la tutela dell'igiene proprio durante l'emergenza pandemica, per il conseguente aumento del rischio di contagio.

45 Si vd., ad esempio, il caso di una detenuta *transgender* rimasta nella sezione protetta promiscua maschile della Casa Circondariale di Terni dall'ottobre 2020, durante un significativo *cluster* di COVID19, sino al febbraio 2021, quando viene trasferita presso istituto penitenziario dotato di sezione dedicata (cfr. nota magistrato di sorveglianza di Spoleto al Provveditorato regionale amministrazione penitenziaria in data 15 dicembre 2020, *inedita*).

sotto questo profilo, ha dunque inciso in termini particolarmente negativi, interrompendo quanto intrapreso e ritardando progetti ancora da realizzarsi.

6. Prospettive

Una riflessione sulla condizione detentiva delle persone omosessuali e t*ransgender* appare di particolare significato, in una fase storica delicata per il mondo penitenziario, che è chiamato progressivamente a tornare ad una dimensione di maggiore apertura all'esterno e che però, anche all'esito di un percorso riformatore che dal punto di vista normativo si è tradotto in risultati deludenti, deve provare a ripensarsi in una prospettiva di maggior effettività della funzione rieducativa assegnatagli dalla Costituzione.

Per come abbiamo visto, il nuovo art. 1 ord. penit. impone una individualizzazione dei percorsi di trattamento che non solo eviti una pena inumana, ma stimoli la persona ed il suo contesto socio-familiare in modo da rispondere al precetto dell'art. 3 Cost., che impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Il carcere, dunque, non come mero luogo di incapacitazione e di separazione, ma come in grado di costruire ponti con alcuni riferimenti sociali all'esterno, anche dove prima non se ne fossero edificati o gli stessi fossero crollati.

In questo senso, occorre immaginare un carcere in grado di sviluppare nelle persone omosessuali e *transgender*, che ne abbiano bisogno, innanzitutto una più sicura coscienza dei propri diritti e del proprio posto nel mondo, troppe volte invece ancora frustrata da una scarsa scolarizzazione e da contesti nazionali o socio-culturali deprivati. Si tratta di un elemento che può per altro incidere sulla necessaria analisi della scaturigine dei reati commessi e che, favorendo un più compiuto sviluppo della personalità, ed una più matura consapevolezza circa il proprio diritto a partecipare pienamente alla vita della società, può contribuire, in taluni casi, a fondare più favorevoli prognosi di non recidiva nel reato.

Per farlo, come è stato da tempo segnalato, occorre costruire un contesto interno rispettoso della dignità della persona, che passa attraverso la libertà di esprimere e vivere l'orientamento sessuale e l'identità di genere senza temerne conseguenze ghettizzanti o addirittura comportamenti violenti e prevaricatori, e ciò significa promuovere la formazione specifica di tutto il personale che opera negli istituti penitenziari, sotto questo profilo bonificandone, ove necessario, il linguaggio e rendendolo maggiormente conscio dell'approccio inclusivo più idoneo. Ciò stimolerà l'uso degli strumenti che a livello normativo, ad esempio, già garantiscono alle persone dello stesso sesso legate da vincoli affettivi di fruire di colloqui visivi e telefonici e faciliterà l'accesso a misure alternative che poggino sul supporto psicologico e materiale dei/delle partner in libertà.

Anche per la più specifica sensibilità del personale ivi destinato, la sperimentazione di affiancamento delle sezioni per detenute *transgender* a quelle femminili appare caratterizzarsi in termini positivi, ma occorre proseguire in quel percorso culturale, auspicato dagli Stati Generali, che dovrebbe portare ad una progressiva rimozione dei pregiudizi omotransfobici da parte del resto della popolazione detenuta. Preoccupante è, in questo senso, la notizia emersa da mere fonti di stampa della attuale chiusura del Reparto per detenute *transgender*, la sez. D, della Casa Circondariale di Firenze "Sollicciano", che sembra però dovuta soltanto alla necessità di ristrutturazioni[46].

Deve poi, sulla scorta di quanto espressamente richiesto dall'art. 14 co. 7 ord. penit., provvedersi alla organizzazione di sezioni omogenee opportunamente diffuse sul territorio nazionale ove le persone omosessuali o *transgender* che si sentono in pericolo se poste insieme agli altri, possano trovare adeguati spazi di protezione, che tuttavia non si traducano in isolamento. Si tratta di una prospettiva che è ormai individuata in modo chiaro dal legislatore, e che l'emergenza pandemica ha certamente ritardato nella sua realizzazione.

In queste sezioni non deve per altro prevedersi una protezione che isola dal contesto, ma opportune iniziative trattamentali, da vivere anche insieme alla restante popolazione detenuta, proprio al fine di superare, seppur prudentemente, i pregiudizi esistenti. Ciò significa ragionare, sperimentalmente, su sezioni separate in cui il tempo delle attività condivise prevalga su quello della separazione, da limitarsi soprattutto alle ore notturne, in cui la vigilanza si riduce e si fa più acuta l'esigenza di tutela.

Nel più ampio tema di un ripensamento globale dell'offerta sanitaria nei contesti penitenziari, anche mediante il potenziamento dei carenti servizi psichiatrici e dell'assistenza psicologica, ci si dovrà misurare con la novità costituita dal più facile accesso alle cure ormonali gratuite, oggi garantita dall'Aifa, evitando che si frappongano ostacoli e lentezze nell'approntamento dei piani terapeutici individuali.

46 Cfr. https://www.ilsitodifirenze.it/content/213-carcere-di-sollicciano-chiusa-area-trans-147-detenuti-oltre-il-limite

Questa novità, per altro, consente, al di là del riferimento contenuto nell'art. 11 co. 10 ord. penit. ai percorsi già intrapresi in contesto esterno, di immaginare un accesso più consapevole al complesso iter medico e giuridico per la rettificazione del sesso che parta proprio dal momento intramurario[47].

La costruzione di percorsi trattamentali, infine,come pure già accennato, potrà raggiungere risultati migliori mediante il coinvolgimento delle associazioni di tutela dei diritti delle persone LGBT+ che l'amministrazione penitenziaria, seguendo con convinzione quanto anche in passato sperimentato, dovrebbe coinvolgere anche al fine di strutturare eventuali proposte di accoglienza esterna per chi si fosse trovato a perdere una rete familiare di riferimento ed avesse invece necessità di comunità di vita accoglienti ed inclusive.

Si tratta di obiettivi ambiziosi in un contesto penitenziario gravato ancora dal sovaffollamento e da plurime emergenze, rispetto alle quali i numeri esigui delle persone detenute che si considerano coinvolte[48] (ma deve tenersi conto della necessità di un ragionamento antidiscrimnatorio che tocchi anche una quota "sommersa", ad esempio di persone omosessuali che non si dichiarano tali, nella speranza che passando inosservati possano evitare pregiudizi e magari una conseguente separazione in ezioni con meno opportunità, ma che in questo modo finiscono per conculcare un esercizio pieno dei propri diritti), corre il rischio di far slittare in fondo all'elenco delle priorità questo tema. Ed invece proprio i numeri contenuti potrebbero consentire la sperimentazione di soluzioni in grado di sviluppare modelli trattamentali individualizzati e perciò efficaci e risocializzanti.

D'altra parte ragionare di orientamento sessuale e identità di genere in un mondo come il carcere significa anche credere fino in fondo che si tratta di elementi costitutivi della dignità della persona e che i diritti, se sono tali, sono per tutti, anche e soprattutto nei contesti in cui le marginalità sociali e le povertà lasciano a volte senza alcuna rete di protezione.

47 V., sotto questo profilo la recente proposta di Antigone *(Le proposte di Antigone per un nuovo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario* in https://www.antigone.it/rivista-news/3380-un-nuovo-regolamento-penitenziario-il-documento-con-le-nostre-proposte), in un contesto di riscrittura del regolamento di esecuzione, non aggiornato neppure, come immaginato dalla Commissione Giostra (cfr. *Il Progetto di riforma penitenziaria*, cit., p. 290 ss.), ai contenuti della riforma del 2018, di prevedere, per ogni istituto penitenziario, l'istituzione di un servizio informativo per persone che vogliono intraprendere il programma terapeutico per il cambio di sesso (e non solo per coloro che lo hanno già intrapreso all'esterno), comprendente un supporto psicologico ad hoc, attivabile su richiesta della persona detenut* e internat*.

48 Vd. nel Rapporto Antigone XIII si parla di quaranta detenute *transgender* nell'anno 2015.

*Giacomo Giorgini Pignatiello**

Il difficile connubio tra tradizione ed innovazione nella tutela dei diritti delle persone LGBT in Asia. Le esperienze di Taiwan, Giappone ed Indonesia a confronto

Sommario

1. Valori occidentali vs. Valori asiatici: una tensione in continua evoluzione. – 2. La questione dei diritti LGBT in Asia e la selezione dei casi rilevanti. – 3. Taiwan: un'isola arcobaleno nei mari dell'Asia. – 4. Il Giappone nella morsa della tradizione. – 5. L'Indonesia sull'orlo di una crisi costituzionale. – 6. Riflessioni e prospettive di intervento.

Abstract

Con l'erompere del XXI secolo la retorica degli *asian values* sembra scolorire a fronte delle molteplici vie con le quali i diversi sistemi giuridici orientali hanno inteso affrontare il tema della realizzazione dei diritti umani ed in particolare, nel caso che qui occupa, dei diritti delle persone LGBT[1]. Il presente contributo tenta dunque di ricostruire, in prospettiva comparata, il quadro normativo, giurisprudenziale e dottrinale di diversi ordinamenti giuridici (Taiwan, Giappone e Indonesia), espressione delle differenti tendenze nello sviluppo del rapporto tra potere pubblico e diritti delle persone LGBT nel contesto del mondo asiatico.

At the beginning of the 21st century, the Asian values rhetoric is almost at a dead end. Several eastern legal systems experienced different ways and levels in the implementation of fundamental rights, and particularly LGBT rights. The present contribution aims at drawing the legal framework, case law, and doctrinal debate of several countries (namely Taiwan, Japan, and Indonesia), which reveal different ongoing tendencies in Asia as for the development of the relationship between public power and LGBT rights.

* Dottorando di ricerca in diritto pubblico comparato presso l'Università di Siena.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 LGBT è l'acronimo, storicamente frutto di un'auto-designazione convenzionale da parte della stessa comunità, col quale vengono collettivamente indicate le persone Lesbiche, Gay, Bisessuali e Transessuali. Il presente contributo si limita ad analizzare le questioni giuridiche legate all'orientamento sessuale (con particolare riguardo a persone gay e lesbiche) e all'identità di genere, tralasciando ulteriori soggettività quali, ad esempio, quelle delle persone intersex. Da qui deriva la decisione di utilizzare un termine più "classico" invece che espressioni maggiormente inclusive e adottate.

1. Valori occidentali vs. Valori asiatici: una tensione in continua evoluzione

Nel panorama globale il continente asiatico si caratterizza indubbiamente per la ricchezza e la varietà delle culture millenarie che animano una regione del mondo composta da Paesi profondamente diversi tra loro[2]. Da ciò discende l'impossibilità di ridurre ad unità sistemi giuridici incardinati su principi non solo differenti ma spesso inconciliabili, come testimoniano le tensioni e i conflitti mai placati che da tempi immemorabili percorrono l'Oriente.

In un'area geografica in cui in molti ordinamenti regola giuridica, religiosa e di costume si confondono, non essendosi realizzato il lungo processo di secolarizzazione che, al contrario, contraddistingue la storia dell'Occidente, il concetto di *diritti* fondamentali dell'individuo stenta ad affermarsi. Infatti, nonostante l'adesione, subito dopo la fine del secondo conflitto mondiale, ad alcuni dei più importanti trattati internazionali sui diritti umani – che gli stessi giuristi rappresentanti dei Paesi asiatici avevano contribuito a scrivere tramite la propria diretta partecipazione –, nel tempo è andata sempre più maturando una spaccatura del blocco orientale rispetto a quello occidentale quanto alla messa in opera di quei principi che si erano invece affermati in un momento storico di straordinaria unità e pacificazione, quale quello post-bellico.

La caduta del muro di Berlino, in particolare, se da una parte ha significato la dissoluzione in Occidente della tensione che si era venuta a creare tra Est e Ovest della cortina di ferro, dall'altra ha rappresentato la miccia che ha innescato agli occhi dell'Oriente lo spettro di un imperialismo di ritorno, un neocolonialismo. L'incombente minaccia di una espansione euro-atlantica avrebbe dunque indotto le nazioni asiatiche ad una forte reazione difensiva.

A fronte delle diffuse denunce di violazioni dei diritti umani, infatti, le classi politiche dirigenti dei Paesi asiatici avrebbero di tutta risposta incominciato ad invocare i cc.dd. *asian values*, cioè le tradizioni e i valori condivisi dai popoli dell'Asia, i quali fungerebbero da veri e propri "contro-limiti" al tentativo occidentale di esercitare la propria egemonia, non solo bellica ma anche culturale, attraverso il trapianto in Oriente dei principi smodatamente individualistici su cui si fondano le democrazie liberali[3].

Nella prospettiva orientale, infatti, l'esaltazione dell'individuo, su cui si è sviluppato nel corso dei secoli il diritto occidentale, determinerebbe nel lungo periodo l'autodistruzione di una società che ha perso di vista il bene collettivo. Al contrario, la cultura giuridica asiatica, fondandosi sugli insegnamenti derivanti dal comunitarismo confuciano, pone al vertice della propria gerarchia valoriale la creazione di una società armoniosa. L'istruzione dei consociati e l'adesione spontanea degli stessi ai rituali locali che regolano la vita della comunità, in quanto strumenti di civilizzazione, consentirebbero l'ordinato sviluppo di un sistema sociale pacifico ed operoso[4].

Ne deriva che l'adesione dei Paesi asiatici alla comunità internazionale, non solo dal punto di vista dell'attività politica ma anche sotto il profilo giuridico, così come l'adozione negli ordinamenti orientali di Costituzioni che proclamano l'osservanza dei diritti fondamentali dell'individuo, non possono di per sé comportare una mera trasposizione dei concetti e dei valori occidentali. Esisterebbe infatti una "via asiatica" attraverso la quale sarebbe possibile dar vita ad ordinamenti che sono in grado di coniugare allo stesso tempo il benessere delle persone e lo sviluppo ordinato della società.

Senonché la realtà dei fatti dimostra come oggi le libertà e i diritti fondamentali delle persone in Asia sono spesso minacciati e privi di ogni tutela, schiacciati da sistemi giuridici dispotici, che si caratterizzano per un duro approccio securitario volto al mantenimento dell'ordine costituito e per un forte

2 Sul pluralismo giuridico in Asia *Cfr.* E.A. Black, G.F. Bell (a cura di), *Law and Legal Institutions of Asia: Traditions, Adaptations and Innovations*, Cambridge University Press, Hong Kong, 2011; C. Antons (a cura di), *Routledge Handbook of Asian Law*, Routledge, New York, 2017; A.Y. Chen, T. Ginsburg (a cura di), *Public Law in East Asia*, Routledge, 2017; J. Jany, *Legal Traditions in Asia: History, Concepts and Laws*, Springer Nature, Switzerland, 2020.

3 Nella sterminata letteratura sugli *Asian values* si vedano in particolare: J. Cauquelin, P. Lim, B. Mayer-König (a cura di), *Asian Values: Encounter with Diversity*, Routledge, New York, 1998; O. Bruun, M. Jacobsen (a cura di), *Human Rights and Asian Values. Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*, Routledge, London, 2000; M.D. Barr, *Cultural Politics and Asian Values*, Routledge, New York, 2002; D. Kingsbury, L. Avonius (a cura di), *Human Rights in Asia: A Reassessment of the Asian Values Debate*, Palgrave Macmillan, New York, 2008.

4 Sintetizzando l'atteggiamento orientale verso l'occidente così si esprime W.M. Theodore de Bary, *Asian Values and Human Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 8: "Il rampante individualismo negli Stati Uniti e nell'Occidente ha prodotto una riprovevole autoindulgenza e una decadenza della società che le nazioni asiatiche non possono permettersi e dalle quali debbono difendersi attraverso l'applicazione della legge".

accentramento del potere nelle mani di leader carismatici che governano avvalendosi di una ristretta élite di fedelissimi[5].

Tale breve premessa si rende necessaria per comprendere il complesso tema dei diritti e delle tutele delle persone LGBT in Asia. Sebbene, infatti, il relativismo etico cui apre il discorso sugli *asian values* non possa in alcun modo legittimare violazioni dei diritti umani, è altrettanto importante ricordarsi sempre di indossare i guanti della prudenza quando si intendano trattare realtà giuridiche così lontane dal nostro modo di intendere il diritto, il ruolo che questo è chiamato ad assumere rispetto alla società, nonché alle modalità con cui lo stesso è in grado di affrontare le sfide poste dalla contemporaneità.

2. La questione dei diritti LGBT in Asia e la selezione dei casi rilevanti

Come anticipato nel primo paragrafo, trattare unitariamente il tema dei diritti delle minoranze LGBT in Asia è un'impresa tanto affascinante quanto ardua, se si pensa alla vastità del territorio preso in considerazione e soprattutto all'eterogeneità dei sistemi giuridici che fanno parte dell'Oriente.

Per dare conto delle recenti tendenze che hanno interessato i Paesi asiatici in relazione alla tutela dei diritti LGBT, e dovendosi necessariamente procedere ad una selezione di casi rilevanti, si è scelto di porre a confronto tra loro Paesi che hanno catturato l'attenzione della comunità internazionale per aver conosciuto un cambio di paradigma significativo, in senso positivo o negativo, e che, in una ideale scala graduata relativa al livello di protezione offerto, possono essere suddivisi in tre diversi gradi di intensità.

Molteplici studi comparati sono stati già effettuati sul tema[6], ma tutti hanno preso in considerazione o solamente Paesi in cui i diritti LGBT sono in tendenziale espansione oppure sistemi giuridici che stanno vivendo una condizione di regresso democratico, a cui consegue una compressione delle libertà delle minoranze; oppure ancora è stato analizzato o unicamente il fattore dell'orientamento sessuale oppure solo quello dell'identità di genere. Nel tentativo di offrire uno spaccato sul pluralismo giuridico che caratterizza l'Asia[7], il presente contributo ha invece inteso analizzare esperienze giuridiche che hanno sviluppato un diverso atteggiamento verse le minoranze SOGI[8].

Si è così giunti ad individuare le esperienze giuridiche di: Taiwan, espressione di un cambiamento rivoluzionario per la regione; Giappone, caratterizzato da una radicale resistenza ad ogni innovazione ed Indonesia, esempio di regresso democratico e degradazione costituzionale. Accanto alla descrizione della legislazione vigente e all'analisi degli orientamenti giurisprudenziali, si dà anche conto di alcune coordinate storico-culturali che, secondo la metodologia contestualista[9], aiutano a comprendere i motivi che hanno determinato in ciascun Paese una particolare linea di sviluppo in quello che è l'approccio dell'ordinamento giuridico alla tutela delle persone LGBT.

5 A. Croissant, J. Haynes, *Democratic regression in Asia: introduction*, in *Democratization*, 28(1), 2021, pp. 1-21; D.C. Shin, *Democratic deconsolidation in East Asia: exploring system realignments in Japan, Korea, and Taiwan*, in *Democratization*, 28(1), 2021, pp. 142-160.

6 A titolo meramente esemplificativo si vedano ad esempio: M. Kapur, *Constitutions, Gay Rights, and Asian Cultures: A Comparison of Singapore, India and Nepal's Experiences with Sodomy Laws*, in *The Indian Journal of Constitutional Law*, 6, 2013, pp. 117–175; E. J. Manalastas et al., *Homonegativity in Southeast Asia: Attitudes Toward Lesbians and Gay Men in Indonesia, Malaysia, the Philippines, Singapore, Thailand, and Vietnam*, in *Asia-Pacific Social Science Review*, 17(1), 2017, pp. 25-33; H. Yulius, S. Tang, B. Offord, *The Globalization of LGBT Identity and Same-Sex Marriage as a Catalyst of Neo-institutional Values: Singapore and Indonesia in Focus*, in B. Winter, M. Forest, R. Sénac (a cura di), *Global Perspectives on Same-Sex Marriage*, Springer, Switzerland, 2018, pp. 171-196; D.T-S. Tang, D. Khor, Y-C. Chen, *Legal recognition of same-sex partnerships: A comparative study of Hong Kong, Taiwan and Japan*, in *The Sociological Review*, 68(1), 2020, pp. 192-208; F. Krumbein, *Who will be Asia's Next Unicorn? Comparing Marriage Equality in Taiwan with Hong Kong, Japan and South Korea*, in *Asian Studies Review*, 10.5.2021; W-Y. Chung, *Same-sex partnership in the family policies of Japan, Singapore, and Taiwan*, in *International Journal of Social Welfare*, 19.5.2021.

7 T. Rich, A. Dahmer, I. Eliassen, *Historical Views of Homosexuality: Asia*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 27.10.2020

8 Acronimo che sta per *Sexual Orientation* and *Gender Identity*.

9 I. Spigno, *Methodologies of Comparative Constitutional Law: Contextual Approach*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2017, online.

3. Taiwan: un'isola arcobaleno nei mari dell'Asia

I primi movimenti LGBT nella storia contemporanea di Taiwan risalgono a circa trent'anni fa quando venne abolita la legge marziale istituita dal generale Chiang Kai-shek, primo atto significativo per la democratizzazione dell'isola per come la conosciamo oggi.

Sebbene già a metà degli anni '80 si registrò un primo atto significativo, avendo l'attivista Chi Chia-Wei inviato una lettera allo Yuan Legislativo chiedendo la legalizzazione dei matrimoni *same-sex* (senza ottenere alcun esito positivo), fu solo a partire dai primi anni '90 del secolo scorso che iniziarono a consolidarsi i primi gruppi LGBT nel Paese. La prima discussione sull'eguaglianza delle persone gay e lesbiche si tenne così in un'udienza pubblica dinnanzi allo Yuan legislativo nel 1993[10].

Da un punto di vista storico e sociale, eccetto rarissime eccezioni, gli atti omosessuali non sono mai stati puniti a Taiwan, diversamente da quanto avvenuto in molti altri Paesi asiatici in cui i gruppi LGBT hanno dovuto lottare a lungo per ottenerne la decriminalizzazione.

Sebbene, tuttavia, gli stessi non costituissero reato, negli anni '90 le incursioni della polizia nei luoghi di incontro della comunità LGBT erano molto frequenti. I rapporti omosessuali venivano infatti fatti rientrare tra gli atti osceni, puniti sia dalla Legge sull'ordine pubblico sia dal Codice penale. Perfino i libri che potevano presentare contenuti gay o lesbici potevano essere oggetto di ispezioni e sequestri da parte della polizia.

Il caso passato alla storia fu quello della libreria gay "Chingching" a Taipei, che dopo aver visto diversi blitz della polizia, nel 2003 subì il sequestro di circa 500 riviste, ritenute materiale osceno. Il proprietario della libreria Lai C-J. allora adì la Corte costituzionale, contestando l'eccessiva vaghezza del termine "osceno", adottato dall'art. 235 del Codice penale, per violazione della libertà di espressione. In quell'occasione, tuttavia, la Corte ritenne di non censurare la norma impugnata in quanto al fine di garantire la moralità sessuale e la decenza della collettività, gli interpreti della Costituzione sono chiamati a rispettare le prerogative del legislatore[11].

Le persone LGBT uscirono piuttosto demoralizzate a fronte della decisione della Corte costituzionale poiché quest'ultima dimostrava tutta la propria deferenza rispetto alla potestà punitiva del Legislatore, quand'anche si trattasse di garantire la moralità e il concetto di oscenità secondo il comune sentire della maggioranza. Molti anni dopo rispetto alla depennazione dell'omosessualità dalla lista delle malattie mentali, avvenuta solo nel 1990 da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, i rapporti omoerotici erano dunque ancora considerati osceni a Taiwan.

Un cambiamento rilevante avvenne, tuttavia, nel giugno 2004 quando Taiwan emanò la prima azione positiva rivolta alle persone LGBT nel settore dell'istruzione[12].

Tale atto politico, come spesso purtroppo accade in questi casi, fu il frutto di un tragico evento accaduto nel 2000. Un giovane studente (Yeh) venne infatti scoperto in una pozza di sangue nel bagno della scuola e il giorno seguente morì. Questa fatto turbò profondamente la società. Dopo un'ispezione disposta dal Ministro dell'Istruzione si scoprì che la causa del suicidio del giovane era stata proprio il bullismo fondato sulla discriminazione di genere. In particolare, Yeh veniva preso di mira per il suo aspetto e i suoi atteggiamenti considerati femminili. Ad aggravare il fatto concorreva la consapevolezza da parte degli insegnanti e dei compagni di scuola degli atti di bullismo compiuti verso Yeh, rispetto ai quali venne mantenuto un atteggiamento di totale indifferenza[13].

Da tale tragedia si decise allora di dar vita nel 2004 alla Legge sull'educazione alla parità di genere, con l'obiettivo di promuovere nelle scuole non solo la parità tra i sessi, ma anche l'eguaglianza delle persone che presentano differenze di genere in relazione alle loro caratteristiche, comportamenti, identità e orientamento sessuale.

In particolare, secondo alla luce di tale normativa ogni scuola ha l'obbligo di assicurare un ambiente sicuro e inclusivo per tutti e tutte a prescindere dal genere, dall'identità di genere e dall'orientamento sessuale. La legge inoltre stabilisce che una scuola non deve discriminare un potenziale studente nel

10 Sulla storia del movimento LGBT a Taiwan *Cfr.* C-J. Chen, *Marriage as heterosexual patriarchy and privilege*, in *Journal of Womens and Gender Studies*, 27, 2010, pp. 113–199; T.S.K. Kong et al., *LGBT Movements in Taiwan, Hong Kong, and China*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 22.1.2021, disponibile https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-1275.

11 H. Kuan, *LGBT Rights in Taiwan—The Interaction Between Movements and the Law*, in J. Cohen, W. Alford, C. Lo (a cura di), *Taiwan and International Human Rights. Economics, Law, and Institutions in Asia Pacific*, Springer, Singapore, 2019, pp. 593-607.

12 Sulla legislazione antidiscriminatoria nel settore dell'istruzione e del lavoro si veda sempre: H. Kuan, *LGBT Rights in Taiwan—The Interaction Between Movements and the Law*, cit.

13 E. Chang, *Taipei Watcher: Gone but not forgotten*, in *Taipei Times*, 31.1.2016.

corso delle procedure di selezione per via del suo genere, comportamento di genere, identità di genere o orientamento sessuale. Il divieto di discriminazione si applica anche a tutte le attività svolte nell'ambito del percorso di istruzione, nonché alle valutazioni, ai premi e alle sanzioni, ai benefici e ai servizi forniti agli studenti.

Nel 2011, la definizione giuridica di "educazione alla parità di genere" è stata rivista e sostituita con la locuzione educazione alla "diversità di genere" in modo da includere il più ampio e certamente complesso ventaglio delle discriminazioni legate al genere, al comportamento di genere, all'identità di genere e all'orientamento sessuale.

Nello stesso anno è stato introdotto nell'ordinamento giuridico il termine "bullismo sessuale", volendosi così stigmatizzare quei comportamenti che ridicolizzano, attaccano o minacciano un'altra persona, quando motivati dalle caratteristiche di genere, dal comportamento di genere, dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima, se attuate con modalità violente di tipo verbale, fisico o in qualunque modo aggressive.

Il Regolamento di attuazione delle norme contenute nella Legge sull'educazione alla parità di genere, emanato nel giugno 2006, ha poi richiesto alle scuole di prevedere uno specifico *curriculum* dedicato alla parità di genere, che offra agli studenti corsi di educazione sentimentale, educazione sessuale, educazione gay e lesbica per aumentare la consapevolezza della parità di genere tra le giovani generazioni[14].

Per quanto invece riguarda il mondo del lavoro, il 4 settembre del 2000 il Presidente della Repubblica della Cina (Taiwan), Chen Shui-bian ha incontrato attivisti e rappresentanti delle associazioni LGBT, momento storico nel quale questi ultimi hanno potuto rappresentare le loro richieste di sicurezza, rispetto dei diritti umani, diritto all'istruzione e parità nel diritto al lavoro.

Il percorso verso una normativa *ad hoc*, tuttavia, ha richiesto lungo tempo e grande impegno da parte del movimento LGBT a Taiwan. Sebbene, infatti, nell'ordinamento taiwanese dal 2001 esistesse una legge con la quale si stigmatizzavano le discriminazioni di genere sul posto di lavoro, la stessa tuttavia si limitava al parametro del sesso, così escludendo orientamento sessuale e identità di genere.

Un primo timido segno di cambiamento si ebbe solo nel 2003 quando il Dipartimento del Lavoro presso la capitale Taipei riconobbe che la cessazione del rapporto di lavoro motivata dall'orientamento sessuale del dipendente costituisce una discriminazione di genere vietata dalla legge[15].

Successivamente nel 2007 la legge sulla parità di genere venne revisionata, aggiungendo "orientamento sessuale" e "identità di genere" tra i fattori che possono dar luogo a discriminazione nell'ambito del lavoro.

In questo modo è stato possibile vietare le discriminazioni sul luogo di lavoro, tanto per i candidati quanto per i dipendenti, se motivate dal genere, dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima in tutte le fasi del rapporto: reclutamento, assunzione, assegnazione, promozione, stipendio, licenziamento.

Quanto invece al riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali vi sono stati diversi tentativi falliti da parte del Legislatore taiwanese per costruire un quadro normativo che potesse disciplinare il rapporto affettivo esistente tra coppie dello stesso sesso. Anche in questo caso le associazioni LGBT hanno giocato un ruolo cruciale. Nel 2009 in particolare si ricorda l'istituzione dell'Alleanza Taiwanese per la Promozione delle Unioni Civili (*Taiwan Alliance to Promote Civil Partnership Rights*).

Un primo tentativo di proposta di legge elaborata dall'Alleanza conteneva tre parti. La prima parte era intesa al riconoscimento del matrimonio egualitario per le coppie *same-sex*, attraverso l'estensione della disciplina prevista per le coppie eterosessuali a quelle omosessuali. La seconda parte era invece volta a creare una nuova regolamentazione del rapporto di coppia, diversa dal matrimonio, con l'aggiunta di un capitolo *ad hoc* nel Codice civile: l'unione civile. La terza parte avrebbe introdotto nell'ordinamento il riconoscimento delle famiglie composte da più di due persone[16].

Nel 2013 giunse allo Yuan Legislativo solo la prima parte del disegno di legge, non avendo le altre due raccolto il numero di firme sufficiente per poter essere presentate in parlamento.

A fronte di tali tentativi volti a riconoscere i diritti LGBT e riformare il diritto di famiglia, si andò progressivamente sviluppando un vero e proprio contro-movimento, che si opponeva fermamente, con

14 A.L. Sinacore, S-C. Chao, J. Ho, *Gender Equity Education Act in Taiwan: influences on the school community*, in *International Journal for Educational and Vocational Guidance*, 19, 2019, pp. 293–312; C.L. Yang, *Challenges to LGBTI Inclusive Education and Queer Activism in Taiwan*, in D.A. Francis, J.I. Kjaran, J. Lehtonen (a cura di), *Queer Social Movements and Outreach Work in Schools: A Global Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, pp. 65-92.

15 J.H. Huang, *For the first time the Taipei city sex equality committee fined the employer for discrimination against gay*, CAN News, 27 November 2003.

16 V.H-W. Hsu, *Colors of Rainbow, Shades of Family: The Road to Marriage Equality and Democratization of Intimacy in Taiwan*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 16(2), 2015, pp. 154-164.

mobilitazioni di piazza, al riconoscimento del matrimonio omosessuale. La tensione venutasi a creare nel Paese indusse così tutte le forze politiche, tanto quelle di governo quanto quelle di opposizione, a ritirare dall'agenda politica il tema del matrimonio egualitario per le coppie *same-sex*.

Divenuto ormai chiaro all'Alleanza che la classe politica non si sarebbe mai assunta la responsabilità di dar vita ad un tale cambiamento nella società taiwanese, gli sforzi vennero allora reindirizzati verso la giustizia costituzionale.

Potendo accedersi alla Corte costituzionale solo previo esaurimento dei rimedi giurisdizionali, venivano strategicamente avviati una serie di casi pilota per sfidare le disposizioni del Codice civile sulla famiglia.

Solo uno di questi casi, consistenti nel tentativo di registrare presso l'anagrafe dello stato civile l'unione di una coppia omosessuale, vedeva nel 2014 concluso il proprio iter processuale dinnanzi alla suprema magistratura amministrativa, che negava il riconoscimento dell'unione legale tra due uomini.

Nel 2015, quindi, la Corte costituzionale adita dai difensori della coppia accettava di esaminare la questione.

Contestualmente, il Partito Democratico Progressista vinceva le elezioni e il deputato Mei-Nu Yu presentava un nuovo disegno di legge volto ad affermare il matrimonio egualitario, con l'estensione della disciplina prevista per le coppie eterosessuali del Codice civile a quelle omosessuali.

Sempre a partire dal 2015, le autonomie locali hanno iniziato a consentire la registrazione delle unioni affettive tra persone dello stesso sesso nei registri dello stato civile, così consentendo a queste ultime di beneficiare di alcuni diritti riservati ai familiari, quali ad esempio il congedo dal lavoro per il partner malato. Si trattava in ogni caso di riconoscimenti più formali che sostanziali, posto che la potestà legislativa in materia di diritto di famiglia e stato civile è riservata allo stato.

La marcia per il riconoscimento delle unioni civili conobbe una scossa decisiva a fronte di un fatto di cronaca che colpì molto l'opinione pubblica. Nell'ottobre del 2016 il suicidio del professor *Jacques Picoux*, dettato dall'impossibilità di sposare il proprio compagno di vita prima della morte causata dalla malattia, nonché di curarne la sepoltura e gestirne i beni, generò un sentimento di forte empatia nella popolazione rispetto al dolore causato da questa triste vicenda[17].

Tre diversi disegni di legge per la disciplina delle unioni civili vennero dunque depositati in parlamento con la speranza che almeno uno potesse essere approvato, dopo che, anche poco prima delle elezioni del 2016, la Presidente della Repubblica Tsai Ing-Wen, poi rieletta, aveva esternato il proprio sostegno all'approvazione del matrimonio egualitario per le coppie dello stesso sesso[18].

Tuttavia, così come era cresciuto il consenso per l'eguaglianza sostanziale delle coppie dello stesso sesso, così si era radicalizzata l'opposizione a tale cambiamento, soprattutto nelle aree rurali e meridionali di Taiwan, dove la legalizzazione dei rapporti *same-sex* veniva percepita come una minaccia al sistema valoriale tradizionale.

Dopo circa 2 mesi dalle elezioni politiche, la Corte costituzionale, che nel sistema taiwanese dispone della massima autonomia nella fissazione della data di trattazione delle questioni sollevate, annunciò che la causa sul matrimonio egualitario sarebbe stata discussa il 24 marzo 2017. A tal riguardo, peraltro, la comunità LGBT vantava grandi aspettative rispetto all'intervento della Corte, posto che cinque dei sette giudici da poco riconfermati, nel corso del procedimento di nomina avevano espresso posizioni favorevoli rispetto al riconoscimento dei diritti LGBT.

Il processo svoltosi dinnanzi alla Corte presenta particolari spunti di interesse scientifico, tanto dal punto di vista sostanziale in merito alla natura delle questioni trattate, quanto da quello processuale, posto che, oltre alla testimonianza di sei giuristi ascoltati in qualità di esperti, il Giudice delle Leggi taiwanese ha per la prima volta aperto le proprie porte all'acquisizione di informazioni informali da parte di gruppi di interesse attraverso l'istituto dell'*amicus curiae*.

Il 24 maggio 2017, la Corte costituzionale ha sancito l'incostituzionalità dell'omissione del Legislatore taiwanese nella misura in cui la legislazione vigente non consente alle coppie dello stesso sesso di sposarsi. In particolare, viene censurato il combinato disposto delle norme di cui al Capitolo 2, Parte IV del Codice civile che regolano l'istituto matrimoniale. Le stesse invero nell'impedire a due persone dello stesso sesso di dar vita ad *un'unione permanente di natura intima ed esclusiva con lo scopo di creare una vita insieme* si pongono in contrasto con la libertà di contrarre matrimonio sancita all'articolo 22 della Costituzione e al principio di eguaglianza previsto all'articolo 7 della Costituzione.

17 N. Smith, *Professor's death could see Taiwan become first Asian country to allow same-sex marriage*, in *The Guardian*, 28 October 2016; M. Bearak, *Taiwan is on the verge of becoming the first Asian country with marriage equality*, in *The Washington Post*, 31 October 2016.

18 D. Mala, *Tsai's leadership makes its mark in Taiwan*, in *Bangkok Post*, 1 March 2021.

Nell'affermare l'incostituzionalità dell'omissione del Legislatore taiwanese, i Guardiani della Costituzione, seguendo lo schema dell'incostituzionalità differita, hanno ammonito il parlamento affinché nel termine massimo di due anni provvedesse a delineare legislativamente un quadro giuridico che consentisse alle coppie omosessuali di godere dei medesimi diritti che derivano dal matrimonio, anche attraverso la previsione di un diverso istituto[19].

La Corte in particolare ha stabilito che due persone dello stesso sesso che intendano creare un'unione civile debbono recarsi dinnanzi all'autorità responsabile per il registro dello stato civile, presentando un atto scritto e firmato da due o più testimoni attestante la volontà di contrarre tale vincolo.

La pronuncia della Corte costituzionale non tocca altri aspetti delicati e forse ancora più controversi del diritto di famiglia quali l'adozione, la gestazione per altri, il riconoscimento del figlio del partner. D'altra parte, tali questioni non erano state sollevate davanti al Giudice delle Leggi, che ha dunque correttamente preferito lasciarne la disciplina al Legislatore. Come condivisibilmente osservato in dottrina, dunque, i giudici costituzionali, attraverso l'interpretazione adottata sono riusciti a trovare un giusto equilibrio tra il politico e il giurisdizionale[20].

Il legislatore taiwanese, a sua volta, si è dimostrato ligio nella leale cooperazione con la Corte e ha provveduto a disciplinare in tempo l'istituto delle unioni civili, approvando il relativo disegno di legge il 20 febbraio 2019. La legge (*Judicial Yuan Interpretation No. 748 Enforcement Act*) è dunque intervenuta a regolare l'unione tra due persone dello stesso sesso, con ampi richiami alla disciplina del matrimonio delineata dal Codice civile. A tal proposito è prevista anche la fedeltà coniugale ed è ammessa l'adozione del figlio del partner (c.d. *stepchild adoption*), ma non l'adozione di un minore estraneo alla coppia[21].

Per quanto riguarda invece il diritto all'identità di genere, risale al 1988 la direttiva del Ministero dell'Interno con la quale si autorizzava il cambio di genere di una persona in transizione nell'ordinamento di Taiwan. A tal fine era richiesta una diagnosi medica di transessualità primaria, firmata da due psicologi, e una prova medica del completamento dell'operazione chirurgica di riassegnazione del sesso del richiedente avvenuta tramite rimozione degli organi sessuali cc.dd. primari (seni, utero e ovaie per le persone FtM[22], pene e testicoli per i soggetti MtF[23]).

L'attivismo politico dei gruppi transgender, quali il *Taiwan Transgender Butterfly Garden*, ha giocato un ruolo fondamentale nel percorso politico che ha portato alla regolamentazione della procedura di riassegnazione del sesso. Dopo tale prima importante vittoria il passo successivo è stato quello di consentire il cambiamento di sesso a prescindere dall'asportazione chirurgica degli organi genitali, trattandosi di un intervento medico che incide profondamente sulla salute e sull'integrità psico-fisica di una persona, oltre ad essere particolarmente costoso.

A tal riguardo nel dicembre 2013, dopo che l'*American Psychiatric Association* ha depatologizzato la transessualità, il gruppo *Intersex, Transgender and Transsexual People Care Association* è riuscito a convenire con il Ministero della Salute, riconoscendolo in un documento pubblico, che: "L'identità di genere è un diritto umano fondamentale e che non è necessario a tal fine forzare o richiedere l'esportazione degli organi riproduttivi".

Ulteriore tappa importante nel riconoscimento dei diritti delle persone transessuali a Taiwan si è svolta nel 2014 quando, in occasione del processo di revisione del rapporto nazionale della Convenzione sull'Eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW), le associazioni transgender hanno presentato una relazione ombra, con la quale le stesse hanno denunciato come fortemente oppressivo un sistema che impone operazioni chirurgiche molto invasive per veder riconosciuto dall'ordinamento il cambiamento del proprio sesso biologico.

19 Judicial Yuan Interpretation No. 748, 24 May 2017, ivi disponibile https://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748. Per un commento in dottrina con un'approfondita analisi in prospettiva storica anche del contesto socio-culturale in cui tale pronuncia è intervenuta si veda: M-S. Kuo, H-W. Chen, *The Brown moment in Taiwan: Making sense of the Taiwanese same-sex marriage case in a comparative light*, in *Columbia Journal of Asian Law*, 31(1), 2017, pp. 72–149; M.B. Kao, *The Struggle for Marriage Equality and the Need to Focus on Transgender Rights in Taiwan*, in *International Comparative, Policy & Ethics Law Review*, 3(1), 2019, pp. 207–240; D.K.C. Huang, *The Court and the Legislation of Same-Sex Marriage: A Critical Analysis of the Judicial Yuan Interpretation No. 748 (2017)*, in *University of Pennsylvania Asian Law Review*, 14(1), 2019, pp. 63–95; C-J. Chen, *A Same-sex Marriage that is Not the Same: Taiwan's Legal Recognition of Same-sex Unions and Affirmation of Marriage Normativity*, in *Australian Journal of Asian Law*, 20(1), 2019, pp. 59-68; D.T. Chang, *Legalisation of Same-Sex Marriage in Contemporary Taiwan*, in *International Journal of Taiwan Studies*, 3(2), 2020, pp. 268-291.

20 H. Kuan, *LGBT Rights in Taiwan —The Interaction Between Movements and the Law*, cit., p. 602.

21 *Judicial Yuan Interpretation No. 748 Enforcement Act*, ivi disponibile https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=B0000008.

22 Persone in transizione dal genere femminile a quello maschile (*Female to Male*).

23 Persone in transizione dal genere maschile a quello femminile (*Male to Female*).

Il Ministero dell'Interno nel 2015 ha dunque intrapreso un percorso volto a regolare la procedura di cambiamento di sesso tramite il depotenziamento del requisito dell'obbligatorietà dell'operazione chirurgica di asportazione dei caratteri sessuali primari. L'iniziativa, tuttavia, è naufragata dopo che diverse associazioni conservatrici sono insorte, creando tensioni nel Paese.

A ben vedere, tuttavia, il quadro normativo esistente per il cambiamento di sesso non poggia su una base legislativa ma si fonda esclusivamente su atti amministrativi spesso non vincolanti per la stessa amministrazione, perché appunto linee guida. Ciò di fatto comporta che le persone transessuali devono spesso fare affidamento sulla "bontà" dei singoli dipendenti pubblici per ottenere una decisione favorevole, dovendo in molti casi ricorrere ad un'intensa esposizione mediatica per fare pressione sui dirigenti responsabili[24].

Al pari di molti Paesi occidentali, tuttavia, anche Taiwan negli ultimi anni ha assistito ad un arresto nel processo di riconoscimento ed espansione dei diritti fondamentali dell'individuo. A partire dal 2011, infatti, è andata sempre più prendendo piede la *True Love Coalition*, un'organizzazione anti-LGBT che ha lanciato una campagna di massa volta ad escludere dai programmi scolastici attività educative di promozione della diversità di orientamento sessuale e di identità di genere. La *True Love Coalition* per poter far presa sulla popolazione ha largamente abusato di *fake news* diffamatorie e fuorvianti che hanno fortemente inquinato il dibattito pubblico in relazione ai diritti delle persone LGBT.

Nel 2018 sono stati promossi anche una serie di referendum propositivi, che peraltro sono stati approvati dall'elettorato taiwanese, con i quali si è chiesto al Legislatore di rimuovere l'educazione ai temi LGBT dalle scuole e di non estendere la disciplina sul matrimonio alle unioni *same-sex*, da qui l'esigenza di prevedere una disciplina *ad hoc* per le stesse[25].

4. Il Giappone nella morsa della tradizione

Al pari di alcune civiltà antiche sorte sul Mediterraneo e in Medioriente, anche la società giapponese ha conosciuto periodi storici, ed in particolare l'Era *Edo* (1603-1868)[26], in cui il rapporto omoerotico era concepito come strumento pedagogico attraverso il quale educare le nuove generazioni maschili[27]. Nella relazione tra uomo adulto e ragazzo giovane si tramandavano, infatti, i valori di una cultura fondata sui sentimenti di onore e vergogna (c.d. *shame culture*), secondo la famosa sistematizzazione operata da *Ruth Benedict*[28].

A partire dall'epoca *Meji* (1868-1912), tuttavia, la corsa verso la modernità intrapresa da un Giappone fortemente incentrato sullo sviluppo economico e sull'espansione militare determinò una rapida "occidentalizzazione" delle tradizioni e dei costumi nipponici, così come voluto dalla classe politica del tempo, che vedeva nelle potenze colonizzatrici occidentali un modello di società da imitare.

La creazione di forze armate organizzate poste al servizio dell'Impero, ad esempio, contribuì ad importare in Giappone l'idea di soldato che risponde allo stereotipo dell'uomo forte, coraggioso, impassibile ai sentimenti.

24 Per una ricostruzione della condizione giuridica delle persone transessuali a Taiwan ed in particolare del caso del matrimonio transessuale della coppia Wu-Wu si veda in particolare: Y-C. Chen, *Gender Identity, National Identity and the Right to Self-Determination: The Peculiar Case of Taiwan*, in I.C. Jaramillo, L. Carlson (a cura di), *Trans Rights and Wrongs*, Springer Nature, Switzerland, 2021, pp. 133–148. Per ulteriori commenti in dottrina sulla condizione delle persone transessuali a Taiwan si vedano altresì: M.B. Kao, *The Struggle for Marriage Equality and the Need to Focus on Transgender Rights in Taiwan*, in *International Comparative, Policy & Ethics Law Review*, 3(1), 2019, pp. 207–240.

25 T.S. Rich, A. Dahmer, I. Eliassen, *Explaining Support for Same-Sex Marriage: Evidence from Taiwan*, in *International Journal of Taiwan Studies*, 2(2), 2019, pp. 321-340.

26 Per una ricostruzione sintetica in chiave storica della rilevanza sociale e giuridica dei rapporti tra persone dello stesso in Giappone si rimanda a: Y. Arai, *Is Japan Ready to Legalize Same-Sex Marriage?*, in *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 16(1), 2014, pp. 122–155; F.K. Upham, *Same-Sex Marriage in Japan: Prospects for Change*, in *Asian Journal of Comparative Law*, 15(2), 2020, pp. 195–224.

27 *Cfr.* G.P. Leupp, *Male colors: The construction of homosexuality in Tokugawa Japan*, University of California Press, Berkeley, 1997; M. McLelland, K. Suganuma, *Sexual minorities and human rights in Japan: An historical perspective*, in *The International Journal of Human Rights*, 13, 2009, pp. 329–343.

28 R. Benedict, *Patterns of culture*, Houghton Mifflin, Boston–New York, 1934.

In tale contesto, a fronte di un trapianto netto della legislazione adottata dagli ordinamenti giuridici occidentali, il Giappone introdusse nel 1873, per la prima ed unica volta nella storia della propria legislazione, una disposizione, l'articolo 266 del Codice penale, volta a criminalizzare (*keikan*) la sodomia[29].

Ciò avveniva in una società in cui, seppur fosse ormai tramontata la funzione paideutica del rapporto omosessuale, nessuno stigma religioso o culturale veniva spontaneamente attribuito dalla popolazione nipponica alle relazioni tra persone dello stesso sesso. L'innesto della disposizione che puniva gli atti sessuali tra soggetti del medesimo sesso non risultò così fruttuoso e pochi anni dopo, nel 1881, la norma venne definitivamente abrogata dall'ordinamento, in quanto di fatto disapplicata.

L'ordinamento giapponese, dunque, si andò caratterizzando nel panorama internazionale per l'atteggiamento di totale disinteresse delle istituzioni pubbliche rispetto al tema della sessualità. La separazione tra etica pubblica e sessualità, affermatasi alla luce della convinzione largamente condivisa nella società che quest'ultima riguardasse una sfera profondamente intima dell'individuo, rispetto alla quale lo Stato non deve intromettersi, non deve però far credere che il trattamento riservato alle persone LGBT nel Paese del Sol Levante fosse minimamente equiparabile a quello di cui godevano le coppie eterosessuali.

Con la fine della Seconda Guerra mondiale, inoltre, su una tradizione millenaria di tipo patriarcale, quale quella giapponese, venne ad innestarsi la cultura statunitense di quegli anni, fortemente maschilista e basata su una rigorosa separazione dei ruoli di genere specialmente nel *menage* familiare.

Venendo infine ai giorni nostri, se è vero che il legislatore giapponese non si è mai occupato, né in positivo né in negativo, di disciplinare giuridicamente le relazioni tra persone dello stesso sesso, ciò di per sé non ha significato il rispetto dei diritti fondamentali delle minoranze LGBT nel Paese.

In un ordinamento giuridico in cui la tradizione costituisce uno dei capisaldi del sistema sociale, l'affermazione dell'idea che la famiglia eterosessuale costituisce la struttura portante della nazione, in quanto nucleo essenziale in grado di generare nuova vita, da una parte, e l'emarginazione delle persone LGBT, relegate nello spazio pubblico al solo settore dell'intrattenimento in quanto incapaci di contribuire allo sviluppo del Paese, dall'altra, costituiscono fattori ostativi al riconoscimento dei diritti delle minoranze SOGI in Giappone[30].

La "diversità", infatti, è ancora percepita nella società nipponica come una manifestazione patologica che non può in alcun modo essere istituzionalizzata, pena l'autodistruzione della comunità stessa.

Nonostante i molteplici moniti provenienti dalla comunità internazionale per il riconoscimento dei diritti fondamentali delle persone LGBT, la difesa della famiglia tradizionale (*ie seido*) da parte delle classi dirigenti giapponesi e in particolare della continuità dell'asse familiare, che a sua volta si lega al culto della venerazione delle anime degli antenati, continua a determinare un atteggiamento di indifferenza da parte dei poteri pubblici verso il riconoscimento delle nuove formazioni sociali, nonché nella lotta contro l'omotransfobia.

La coltre di silenzio e di indifferenza che in Giappone avvolge tanto il discorso pubblico quanto il dibattito parlamentare in relazione alle tematiche LGBT ha indotto a tal riguardo la dottrina a parlare di un vero e proprio "modello di omofobia giapponese"[31]. Il disinteresse della società rispetto ai diritti delle minoranze sessuali, lungi dal significare un approccio neutrale alla tutela della dignità e delle libertà delle persone LGBT, non fa altro che rafforzare e consolidare gli stereotipi presenti nella comunità nipponica[32].

Con riferimento all'istituto matrimoniale, ad esempio, occorre osservare come quest'ultimo sia considerato in Giappone una delle tappe fondamentali per lo sviluppo della persona. Tale significato simbolico finisce tuttavia per ingenerare un'aspettativa sociale al compimento del grande passo che diventa sempre più opprimente col passare del tempo sia nei confronti del celibe che della famiglia di quest'ultimo. Fare *coming out* in Giappone diviene quindi un'operazione molto dolorosa stante l'im-

29 T. Tamaki, *National report: Japan*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19(1), 2011, pp. 251–264.

30 Sul ruolo della famiglia tradizionale in Giappone e i principali fattori socio-culturali che motivano l'atteggiamento fortemente conservatore nipponico *Cfr.* K. Sechiyama, *Patriarchy in East Asia*, Brill, Leiden, 2013; E. Ochiai, *Leaving the West, rejoining the East? Gender and family in Japan's semi-compressed modernity*, in *International Sociology*, 29, 2014, pp. 209–228; O. Goldstein-Gidoni, *"The joy of normal living" as the promise of happiness for Japanese women and their families*, in *Asian Studies Review*, 41(2), 2017, pp. 281-298; L. White, *Gender and the koseki in contemporary Japan*, Routledge, London-New York, 2018; O. Goldstein-Gidoni, *The Japanese corporate family: The marital gender contract facing new challenges,* in *Journal of Family Issues*, 40(7), 2019, pp. 835–864.

31 M. Sogabe, *Status of Same-Sex Marriage Legislation in Japan*, in *National Taiwan University Law Review*, 15(1), 2020, p. 7.

32 Sul significato e i risvolti sociali di questa indifferenza da parte delle istituzioni pubbliche giapponesi verso le minoranze SOGI si veda: S.P.F. Dale, *Same-sex marriage and the question of queerness—Institutional performativity and marriage in Japan*, in *Asian Anthropology*, 19(2), 2020, pp. 143– 159; T. Kazama, *Conditional inclusion: Sexual minorities, tolerance, and nationalism*, in *International Journal of Japanese Sociology*, 29, 2020, pp. 39–51.

possibilità di contrarre matrimonio e l'incapacità di generare prole, che contribuisca alla crescita e allo sviluppo del Paese[33].

Per quanto riguarda il dettato costituzionale sono diverse le disposizioni che vengono in rilievo in relazione al matrimonio egualitario e la dottrina risulta molto frammentata sul punto.

La norma di riferimento è certamente l'articolo 24 della Costituzione del 1947, dedicato proprio al matrimonio[34]. Il riferimento esplicito a termini quali "ambo i sessi" o "marito e moglie" ha dato adito a molteplici dubbi. Si sono invero distinti principalmente tre orientamenti interpretativi[35].

Una prima corrente di pensiero ritiene che il dato normativo sia di per sé *tranchant* nell'esplicitare il requisito della differenza di sesso dei soggetti ai fini della costituzione del rapporto matrimoniale. La chiarezza con cui la Costituzione richiede l'eterosessualità dei nubendi sarebbe dunque interpretativamente insuperabile e l'introduzione del matrimonio egualitario, in quanto incompatibile con la lettera della norma, necessiterebbe una modifica costituzionale.

Un secondo orientamento, invece, ritiene che le espressioni adottate dai costituenti debbano essere contestualizzate storicamente. Il senso della previsione costituzionale, al tempo, fu quello di superare la pratica dei matrimoni imposti e della soggezione assoluta della moglie al marito. Da qui la necessità di sottolineare la centralità del consenso e dell'eguaglianza dei coniugi nella Carta fondamentale del Giappone del dopoguerra. L'articolo 24 pertanto non osterebbe all'adozione di una disciplina volta a regolamentare le relazioni tra persone dello stesso sesso.

Una terza linea interpretativa ancora afferma che l'articolo 24 non può essere astratto da una lettura sistematica dei principi fondamentali della Costituzione nipponica che all'articolo 14 prevede il principio di non discriminazione e all'articolo 13 tutela la dignità umana di tutti gli individui e riconosce il diritto alla ricerca della felicità. Dal combinato disposto dei tre articoli della Costituzione sopra menzionati deriverebbe un vero e proprio dovere del Legislatore nipponico a riconoscere le relazioni tra persone dello stesso sesso.

A tal proposito, il velo d'ignoranza sulla conformità costituzionale dell'attuale legislazione giapponese in materia di famiglia è stato recentemente e del tutto inaspettatamente squarciato da una pronuncia della Corte distrettuale della Prefettura di Sapporo. Per quanto provvisoria, trattandosi di una pronuncia di primo grado, la svolta proviene infatti da un potere dello Stato, la magistratura, che è noto per la sua storica deferenza verso il legislatore, al punto che in dottrina si è giunti a bollare il sistema di giustizia costituzionale nipponico, che è diffuso similmente a quello statunitense, come "fallito"[36].

La giurisprudenza in particolare ha censurato, per violazione del principio di non discriminazione (articolo 14 della Costituzione), l'omissione del Legislatore nipponico consistente nella mancata previsione di diritti e tutele giuridiche per le coppie omosessuali equivalenti a quelli derivanti dal matrimonio eterosessuale[37].

Alla luce dei principi fondamentali affermati nella Carta costituzionale giapponese, la decisione delinea lo *standard minimo* delle garanzie di cui debbono poter beneficiare le coppie *same-sex*, allo stesso tempo correttamente non prevaricando le competenze della Dieta, il parlamento bicamerale nipponico, la quale rimane libera di adottare l'istituto giuridico che ritiene politicamente più opportuno per tutelare le relazioni omosessuali.

Il monito lanciato dalla Corte di Sapporo, tuttavia, in attesa delle pronunce di altre Corti distrettuali presso le quali sono stati sollevati casi pilota identici, rischia tuttavia di rimanere inascoltato a fronte dell'atteggiamento fortemente conservatore che contraddistingue la società giapponese.

Solo recentemente tre partiti politici di opposizione – il Partito del Governo Pulito (*New Kōmeitō*), il Partito Comunista Giapponese e il Partito Social Democratico – hanno inserito il riconoscimento dei diritti delle coppie *same-sex* nei loro manifesti politici ma non nell'agenda parlamentare.

33 M. Tamagawa, *Coming out of the closet in Japan: An exploratory sociological study*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 14(5), 2018, pp. 488–518; K. Motoyama, *"Coming out" as a family with an LGBT member in Japan: Normalizing strategies and negotiating with social norms*, in *Contemporary Japan*, 31(2), 2019, pp. 159–179.

34 Article 24. Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes and it shall be maintained through mutual cooperation with the equal rights of husband and wife as a basis.cWith regard to choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family, laws shall be enacted from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes.

35 Per una ricostruzione più approfondita dei diversi orientamenti interpretativi che si sono sviluppati in relazione all'art. 24 si faccia riferimento ancora a: M. Sogabe, *Status of Same-Sex Marriage Legislation in Japan*, cit.

36 D.S. Law, *Why Has Judicial Review Failed in Japan?*, in *Washington University Law Review*, 88(6), 2011, pp. 1425-1466.

37 E. Lies, R. Maruyama, *In landmark ruling, Japan court says it is 'unconstitutional' to bar same-sex marriage*, Reuters, 17 March 2021. Per un primo commento mi sia consentito il rimando a: G. Giorgini Pignatiello, *Same-sex marriage e omissioni legislative al cospetto della giustizia costituzionale in Giappone*, in *Artcolo29.it*, 25.3.2021.

Lo svolgimento delle Olimpiadi a Tokyo nel 2021 è stata una grande occasione per richiamare l'attenzione della comunità internazionale sulla condizione delle persone LGBT in Giappone, cercando in tal modo di far pressione sul Governo e sulla classe dirigente nipponica. Ciononostante, la campagna per l'approvazione di una legge contro le discriminazioni fondate su orientamento sessuale e identità di genere, promossa dai gruppi LGBT locali e sostenuta da associazioni internazionali per i diritti umani, quali *Human Rights Watch* e *AllOut*, nonché da imprese multinazionali del calibro di *CocaCola* e *Deloitte*, non è riuscita ad ottenere il risultato sperato[38].

Il Partito Liberal Democratico, che è al governo del Paese e detiene la maggioranza parlamentare, non ha di fatto inteso dar alcun seguito alle richieste per l'approvazione di un *Equality Act*, che rendesse il Giappone al passo con la legislazione occidentale in materia.

Al momento l'unica forma di tutela per le coppie *same-sex* in Giappone è rappresentata dai "certificati di partnership", emessi da Comuni e Prefetture a partire dal 2015. Si tratta più che altro di atti simbolici volti a offrire sostegno istituzionale alle persone LGBT poiché di fatto le autonomie locali in Giappone non hanno competenze legislative, né in relazione al diritto di famiglia, né per quanto riguarda l'anagrafe dello stato civile. Non esistono procedure o requisiti uniformi per l'emanazione di questi certificati i quali però rappresentano, limitatamente all'ambito territoriale di emissione, una "prova" scritta del rapporto affettivo sussistente tra i soggetti della coppia, a fronte della quale possono conseguire alcuni benefici, rimessi alla discrezionalità delle stesse autorità che li riconoscono (es. visita in ospedale, accesso congiunto ad un'abitazione comunale/della Prefettura, possibilità di andare a prendere a scuola il figlio del partner, ecc.). Ad oggi ben 50 Comuni e almeno due Prefetture hanno adottato tali certificazioni e il numero sembra destinato a crescere[39].

Per quanto invece riguarda le persone transessuali, la Dieta giapponese nel 2003 ha approvato la Legge sul Disturbo dell'Identità di Genere[40], che per la prima volta nella storia dell'ordinamento nipponico disciplina dal punto di vista giuridico il procedimento per il cambio di sesso. Tra gli elementi più rilevanti della normativa si sottolinea anzitutto la definizione di persona affetta da disturbo dell'identità di genere, la quale deve presentare quattro caratteristiche: (a) avere un sesso biologico definito, (b) avere la persistente convinzione di appartenere psicologicamente al sesso opposto, (c) avere la volontà di conformarsi fisicamente e socialmente al sesso opposto, e (d) possedere la certificazione di almeno due medici che attestano la sussistenza del disturbo dell'identità di genere.

Per poter effettuare la rettificazione anagrafica del sesso biologico il soggetto deve: (1) avere più di vent'anni, (2) essere celibe nel momento in cui desidera cambiare giuridicamente il proprio sesso, (3) non avere figli, (4) essere privo degli organi riproduttivi o della capacità riproduttiva originari, e (5) avere organi genitali esteriormente simili a quelli propri del sesso a cui il richiedente desidera essere assegnato.

Successivamente nel 2008, la Dieta ha ritenuto di modificare ai fini del cambiamento anagrafico il requisito del "non avere figli" esigendo dal richiedente il "non avere figli minori", ritenendola una condizione meno rigorosa e più proporzionata nel rapporto tra i beni costituzionali in gioco.

Profondamente criticata in dottrina tale legge[41], l'elemento indubbiamente più controverso rimane l'obbligatorietà di un intervento chirurgico complesso e radicale quale quello di riassegnazione del sesso biologico, che non solo comporta un notevole sacrificio psicologico e fisico in capo alla persona in transizione ma anche un esborso economico non indifferente, elemento non trascurabile posto che i costi dell'operazione gravano tutti sull'individuo. Il provvedimento di rettificazione del sesso può dunque essere conseguito solo da parte di chi può permettersi di sostenere tali spese mediche, così contribuendo a creare ulteriori discriminazioni sociali.

Forti limiti alle libertà individuali della persona in transizione discendono anche dal divieto di matrimonio e dall'imposizione del divorzio prima dell'operazione, che in un ordinamento che non riconosce giuridicamente il rapporto omosessuale, si spiegano con l'esigenza di evitare che il cambio di sesso di uno dei coniugi crei di fatto una coppia *same-sex* e dal requisito di non aver figli minori, che conferisce allo Stato e non alla famiglia stessa, in accordo con il medico curante, il potere di decidere quando un

38 Per maggiori dettagli si veda il relativo sito web https://www.hrw.org/EqualityActJapan.

39 Y. Takao, *The politics of LGBT policy adoption: Shibuya Ward's same-sex partnership certificates in the Japanese context*, in *Pacific Affairs*, 90(1), 2017, pp. 7–27.

40 The Act on Special Cases in Handling Gender Status for Persons with Gender Identity Disorder (Act No. 111 of 2003, amended by Act No. 53 of 2011). Per un commento in dottrina si veda: H. Taniguchi, *Japan's 2003 Gender Identity Disorder Act: The Sex Reassignment Surgery, No Marriage, and No Child Requirements as Perpetuations of Gender Norms in Japan*, in *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 14(2), 2013, pp. 108–117.

41 Per una ricostruzione della dottrina dominante sul punto si veda: H. Taniguchi, *LGBT*, in H. Takeda, M. Williams (a cura di), *Routledge Handbook of Contemporary Japan*, Routledge, London–New York, 2021, p. 371.

soggetto può procedere alla transizione di genere. In tal modo, come condivisibilmente osservato, la legge non solo ignora la realtà delle famiglie che hanno componenti transessuali, a prescindere dal loro riconoscimento giuridico, ma si fonda sull'assunto per cui avere genitori transgender è di per sé un fattore negativo[42].

Recentemente la Corte suprema con una pronuncia del 2019, pur riconoscendo che la legislazione vigente per il cambiamento del sesso biologico è fortemente limitativa dei diritti fondamentali delle persone transessuali, imponendo anzitutto la sterilizzazione degli organi sessuali primari, ha tuttavia ritenuto che la stessa è proporzionata e conforme a Costituzione, poiché il legislatore nel bilanciamento dei beni costituzionali in gioco ha considerato prevalente la tutela dell'ordine pubblico e la certezza dei rapporti giuridici[43].

Sebbene discutibile nelle sue argomentazioni, la pronuncia è di tutto rilievo soprattutto per le opinioni concorrenti di due giudici della Corta suprema. I giudici *Onimaru* e *Miura*, infatti, hanno tenuto a precisare che la conformità a Costituzione della normativa sul cambiamento di sesso non è poi così scontata, posto che, in molti casi, le persone per ottenere una pronuncia giudiziaria che consenta loro di essere rappresentate, socialmente e giuridicamente, secondo il genere a cui sentono di appartenere, sono costrette a sottoporsi ad un'operazione chirurgica fortemente invasiva e rischiosa, che incide fortemente sull'integrità del loro corpo. Nel richiamare la giurisprudenza della Corte EDU sviluppatasi sul punto, i giudici dubitano dunque della legittimità, oltre che dell'attualità, di tale legislazione[44].

A fronte di una giustizia costituzionale accusata di *judicial passiveness*[45], avendo nell'arco dei suoi 75 anni di attività accertato solamente 10 casi di incostituzionalità, i dubbi messi nero su bianco dai due giudici della Corte suprema evidentemente pesano come macigni e sono indice di una vera esigenza di riforma della legislazione sul cambio di sesso.

Il Giappone, dunque, noto a livello mondiale per aver raggiunto un elevatissimo livello di civiltà, non risulta particolarmente brillante quando si tratta di diritti LGBT. Si tratta invero di un Paese economicamente, tecnologicamente e culturalmente molto avanzato, ma molto rigido nella sua struttura sociale. Consentire "deviazioni" dalla norma getta nel panico una nazione che ha fatto della tradizione la propria forza. Incalzato dalle Corti e dai gruppi di attivisti, il Paese oggi è davvero chiamato a prendere una posizione, non costituendo l'indifferenza una politica neutrale.

42 H. Taniguchi, *Japan's 2003 Gender Identity Disorder Act: The Sex Reassignment Surgery, No Marriage, and No Child Requirements as Perpetuations of Gender Norms in Japan*, cit., p. 115.

43 Supreme Court, 2018(ku) No. 269 (23.1.2019), disponibile https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1634. Si legge in un passaggio particolarmente significativo della pronuncia: "The Provision does not force persons with gender identity disorder in general to undergo the abovementioned surgery but *some persons with gender identity disorder may be compelled to undergo the abovementioned surgery to receive such ruling although he/she may not wish to go so far as undergoing the abovementioned surgery*; it is undeniable that the Provision has an aspect to constrain the freedom of persons to receive no invasion into their bodies against their will. However, the Provision may be construed to be based on considerations *for preventing any social confusion due to issues concerning the parent and child relationship* arising as a result of a child born using the reproductive function of the original gender status of a person who received such ruling, *and avoiding rapid changes* amid the situation where gender status had long been distinguished based on biological gender status" (corsivo mio).

44 Si legge nell'opinione concorrente dei due giudici: "Accordingly, persons with gender identity disorders, who have not undergone a gender reassignment surgery to remove reproductive glands, have no choice but to undergo the surgery in order to receive a ruling of change in the recognition of gender status in the hope to receive such change pursuant to the Provision, *even if they are unwilling to undergo such surgery*. 2. Removal of the ovaries or testes through a gender reassignment surgery *in itself is an intense invasion to the body; it is accompanied by the danger for life or body* that is common in surgeries in general and produces grave and irreversible consequences of loss of reproductive function" (corsivo mio).

45 M. Tadano, *The Role of the Judicial Branch in the Protection of Fundamental Rights in Japan*, in Y. Nakanishi (a cura di), *Contemporary Issues in Human Rights Law*, Springer, Singapore, 2018, pp. 73-90. Contraria ad un giudizio così severo sull'operato della Corte: A. Ejima, *Reevaluating the 1973 Judgment of the Supreme Court of Japan as a Landmark Judgment*, in *IACL-AIDC Blog*, 22 December 2020, online.

5. L'Indonesia sull'orlo di una crisi costituzionale

L'Indonesia è stata a lungo considerata un Paese relativamente tollerante, a maggioranza musulmana. Persone omosessuali e transessuali non hanno mai conosciuto particolari forme di persecuzione o criminalizzazione, essendo anzi certi ruoli transgender radicati nella stessa cultura e tradizione dell'arcipelago[46].

Dopo la caduta del generale Soharto nel 1998 e l'instaurazione di uno stato democratico repubblicano, in Indonesia si era presto aperto un ampio spazio di discussione sui diritti umani e sui diritti delle donne[47]. Similmente, anche le persone LGBT avevano potuto incominciare ad organizzarsi in associazioni volte a rivendicare diritti e libertà sessuali nella sfera pubblica[48]. Se è vero che in quegli anni la strada verso l'uguaglianza era ancora molto lunga, tuttavia la fine della dittatura aveva segnato un momento di pace e di grande speranza per il futuro di un Paese in cui anche le minoranze LGBT potessero riappropriarsi di quella cittadinanza che gli era stata tolta.

La crescente visibilità dei gruppi LGBT, tanto nel Paese quanto a livello internazionale, tuttavia, ingenerò allo stesso tempo un rigurgito autoritario che, a partire dal 2015, ha causato una preoccupante involuzione nella tutela dei diritti umani, inclusi quelli delle persone LGBT.

Si è così assistito ad una *escalation* di propaganda omotransfobica, accompagnata da *raid* da parte di gruppi di fanatici religiosi e ad opera di vere e proprie milizie musulmane di destra estrema nei luoghi di ritrovo abituale della comunità LGBT.

A livello non solo locale ma anche nazionale figure politiche di spicco hanno iniziato a sviluppare una campagna d'odio di stampo populista contro le minoranze SOGI. Tale accanimento, in particolare, consente alla classe politica di addebitare alle persone LGBT la responsabilità delle tante diverse difficoltà economiche, sanitarie, climatiche che la società indonesiana si trova ad affrontare.

Molti sono i casi di discriminazione motivata dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere sul luogo di lavoro, così come frequente è il bullismo tra i giovani a scuola, spesso proveniente da parte degli stessi insegnanti, motivo per cui alcuni studenti abbandonano la scuola o vengono addirittura espulsi. A volte sono le stesse famiglie ad allontanarli di casa, così costringendoli alla vita di strada. Altre volte ancora i genitori mandano i figli in comunità religiose che hanno lo scopo di "purificarli".

Dal punto di vista normativo negli ultimi anni si è registrato a livello regionale un aumento preoccupante delle disposizioni (incostituzionali) che criminalizzano le persone LGBT. Ciò è stato possibile solo grazie ad un grave abuso della già ampia autonomia riconosciuta alle regioni indonesiane per mo-

46 La retorica populista dei leader conservatori secondo la quale i diritti LGBT sarebbero una costruzione occidentale è smentita dalla stessa storia dell'Indonesia che testimonia l'esistenza nelle civiltà antiche di molte forme di transgenderismo, tra le quali si ricorda ad esempio il sistema dei cinque sessi tra i *Bugis* sull'isola di *Sulawesi*. *Cfr.* E. Blackwood, *Gender Transgression in Colonial and Post-colonial Indonesia*, in *Journal of Asian Studies*, 64(4), 2005, pp. 849-879; M.G. Peletz, *Gender Pluralism: Southeast Asia Since Early Modern Times*, London, Routledge, 2009; S.G. Davies, *Gender Diversity in Indonesia: Sexuality, Islam and Queer Selves*, Routledge, London-New York, 2010; S.E. Wieringa, *Gender Variance in Asia: Discursive Contestations and Legal Implications*, in *Journal of Gender, Technology and Development*, 14(2), 2010, pp. 143-172.

47 E.S. Wieringa, *Gender Harmony and the Happy Family: Islam, Gender and Sexuality in Post-Reformasi Indonesia*, in *South East Asia Research*, 23(1), 5 March 2015.

48 *Cfr.* T. Boellstorff, *The Gay Archipelago: Sexuality and Nation in Indonesia*, Princeton University Press, Princeton, 2005; H. Y. Wijaya, *Conservative Islamic Forces, Global LGBT Rights, and Anticipatory Homophobia in Indonesia*, in M. Derks, M. van den Berg (a cura di), *Public Discourses About Homosexuality and Religion in Europe and Beyond*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, pp. 325-348.

tivi storico-politici[49]. Tra le autonomie più compromesse in termini di protezione dei diritti LGBT è bene ricordare la regione di Aceh, ove la maggioranza musulmana ha imposto la *shari'a*[50].

I valori morali e religiosi agitati dalle classi dirigenti locali hanno così avuto la meglio sugli stessi principi dettati dalla Costituzione indonesiana.

Il parlamento è così dovuto intervenire più volte per ribadire la superiorità gerarchica delle norme costituzionali che si pongono al vertice delle fonti del diritto nel sistema giuridico indonesiano. Da ultimo nel 2014 ha emanato la c.d. legge n. 23 sulla *governance* regionale.

All'articolo 251, paragrafo 2E, di quest'ultima si ribadisce in particolare che le fonti regionali non possono in alcun modo contraddire le norme di rango superiore, né sono legittimate a discriminare le persone in base alla loro etnia, religione, le loro convinzioni personali, razza, genere e le relazioni tra i diversi gruppi sociali. Sebbene non esplicitamente menzionati, orientamento sessuale, identità ed espressione di genere possono essere fatti rientrare nelle categorie sopraelencate.

Nonostante tale precisazione legislativa, tuttavia, in Indonesia esistono ancora centinaia di regolamenti e politiche discriminatorie, che criminalizzano e regolano la vita delle persone LGBT, delle donne e delle minoranze religiose[51].

La maggior parte di questi regolamenti di ispirazione populista si basa su appelli alla tradizione, alla cultura e alla religione[52]. La violenza e la discriminazione contro le donne e le persone LGBT sono spesso considerate giustificate per garantire l'ordine morale e non sono percepite come un fatto inaccettabile.

La mobilitazione di sentimenti omotransfobici e misogini ha addirittura portato alla nascita di una "polizia morale" e ad appelli da parte delle Autorità indirizzati ai membri della comunità affinché denuncino eventuali comportamenti immorali[53]. In questo modo si è così aperta una vera e propria caccia alle streghe nel Paese.

Per quanto riguarda la legislazione ordinaria, sebbene il Codice penale al momento non vieti le relazioni omosessuali tra adulti consenzienti, la formulazione ampia con cui si dà spazio alla moralità e l'enfasi posta sul matrimonio eterosessuale come unica forma giuridica di unione legalmente riconosciuta, portano ad una criminalizzazione *di fatto* delle relazioni omosessuali, oltre a costituire il fonda-

49 L'Indonesia, grande arcipelago, etnicamente e religiosamente diversificato, ha conosciuto molteplici spinte centrifughe volte a minare l'unità di un territorio artificiosamente raggruppato dagli olandesi e che lo stato indonesiano ha ereditato, con tutta la difficoltà di gestire le molteplici svolte indipendiste che vissuto il Paese. A partire dagli anni '50 e '60 del secolo scorso, in particolare, il primo presidente dell'Indonesia *Soekarno* si trovò a combattere diverse ribellioni regionali, dopo la fine del colonialismo olandese. Successivamente il generale *Soeharto* con un colpo di stato instaurò una dittatura militare (1966-1998), durante la quale l'autonomia regionale venne fortemente limitata e le espressioni di critica verso la capitale vennero soppresse duramente. Ad Aceh, ad esempio, il generale fece ampio ricorso alla forza militare per sopprimere ogni forma di dissidenza. Alla fine degli anni '90 la corruzione e il malcontento della popolazione divennero sempre più esplosivi e le pressioni internazionali dovute ad una gestione disastrosa del Paese costrinsero alla fuga il generale *Soeharto*, il quale lasciato senza presidente l'Indonesia, determinò l'insorgere di brutali violenze per la conquista del potere. Quando il suo successore, *Habibie*, già vicepresidente durante la dittatura di *Soeharto*, riprese il controllo della nazione l'Indonesia era un Paese fortemente instabile. Pertanto, come prima mossa politica cercò di prevenire violente spinte secessioniste garantendo la massima autonomia regionale. Una delle conseguenze negative di tale ampia autonomia regionale, tuttavia, fu che le regioni si sentirono da subito svincolate dal governo centrale e dalla supremazia delle fonti nazionali. Le stesse, dunque, si resero sempre più indipendenti al punto di assumere decisioni politiche anche in contrasto con quelle del governo o del parlamento nazionali.

50 In particolare, nella regione di Aceh in cui vige la *shari'a*, la sodomia (*liwath*) e il sesso lesbico (*musahaqah*) sono criminalizzati dal Codice penale islamico emanato dal Governo locale, il *Qanun Jinayat*. Le sanzioni prevedono fino a 100 frustate, una multa di 1000 grammi d'oro o 100 mesi di carcere (artt. 63 e 64). *Cfr.* T. Mann, D. Afrianty, *Aceh's Islamic Criminal Code: Formalising discrimination*, in T. Lindsey, H. Pausacker (a cura di), *Crime and Punishment in Indonesia*, cit., pp. 521–522.

51 Un esempio è il regolamento locale n. 2 del 2004 sull'eliminazione della prostituzione della città di Palembang. L'obiettivo dichiarato di questo regolamento regionale è quello di sradicare la prostituzione in tutte le sue forme al fine di "creare una società pulita, ordinata, con un'elevata morale ed etica e di carattere nobile". L'articolo 8 del regolamento definisce la prostituzione come un atto "commesso intenzionalmente da qualsiasi individuo o gruppo con l'intenzione di cercare piacere sessuale (*syahwat*) al di fuori del matrimonio legale con o senza ricevere gratificazione, sotto forma di denaro o in altre forme". La definizione dell'atto di prostituzione include: "omosessualità, lesbismo, sodomia, molestie sessuali e altri atti pornografici".

52 *Cfr.* M. Buehler, *The Politics of Shari'a Law: Islamist Activists and the State in Democratic Indonesia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

53 N. Katjasungkana, E.S. Wieringa, *Creeping Criminalisation of Women's and LGBTI Rights*, OutRight, New York, 2016. Un apposito apparato è incaricato di sovrintendere all'attuazione di questi regolamenti regionali, il *Satpol PP* (*Satuan Polisi Pamong Praja*, Unità di Polizia Amministrativa). Quest'ultima pur non ricevendo lo stesso addestramento della polizia statale ha comunque ampi poteri, tra cui quello di arrestare, fare multe e trattenere le persone che si pensa possano aver trasgredito i regolamenti locali.

mento di molte normative regionali discriminatorie. I reati contro la “moralità e il decoro”, ad esempio, possono essere utilizzati per punire tanto il lavoro sessuale quanto le relazioni omosessuali, le persone transessuali o intersex.

A partire dal 2008, inoltre, è stata approvata la legge contro la pornografia che per la prima volta nella storia del Paese, criminalizza a livello nazionale le manifestazioni omoerotiche. In particolare, la sezione numero 4, al paragrafo 1, vieta a chiunque di produrre, realizzare, riprodurre, diffondere, trasmettere, importare, esportare, offrire, vendere, noleggiare o mettere a disposizione materiale pornografico. Il commento interpretativo ufficiale, allegato alla legge, relativo alla sezione 4, paragrafo 1, chiarisce a tal riguardo che oggetto del materiale pornografico possono essere anche le attività sessuali che coinvolgono cadaveri, animali, sesso orale e anale, nonché *sesso lesbico e omosessuale*[54].

A partire dal 2015, nell’ambito della riforma del Codice penale in corso in Indonesia, il parlamento nazionale ha iniziato addirittura a discutere la possibilità di introdurre una serie di norme volte a criminalizzare i rapporti tra persone dello stesso sesso[55]. Il disegno in parola prevedrebbe anche il divieto di promuovere temi LGBT[56].

Tutto ciò accade in patente violazione della Costituzione. Sebbene al tempo dell’adozione della Costituzione indonesiana nel 1945, orientamento sessuale e identità di genere non rientrassero nel lessico del potere costituente, non trovando di conseguenza espressa menzione nella Carta costituzionale, né si intervenne in questo senso con successive riforme, l’assenza di un riferimento esplicito non comporta affatto, soprattutto alla luce di una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali, una carenza di tutele per le persone LGBT[57].

La Costituzione indonesiana, infatti, garantisce a tutti i cittadini lo stesso *status* di fronte alla legge e al governo – principio di eguaglianza (Art. 27, paragrafo 1) –, riconosce che ogni persona ha il diritto di essere rispettata. Tutela il diritto alla sicurezza, alla protezione e alla certezza e richiede che queste siano riconosciute tramite una legge equa e non discriminatoria (art. 28D, paragrafo 1). Ancora la Costituzione stabilisce che ciascuno ha il diritto di associarsi, riunirsi ed esprimere liberamente le proprie opinioni (Art. 28 E, para. 3). L’articolo 28 I, inoltre salvaguarda al paragrafo 1 la libertà di pensiero e di coscienza, mentre al paragrafo 2 sancisce il *diritto a non essere discriminati per qualunque motivo*.

Ancora l’articolo 28B riconosce al paragrafo 1 il diritto di ogni persona di costituire una famiglia e di procreare sulla base di un legittimo matrimonio, mentre al paragrafo 2 sancisce il diritto di ogni bambino di vivere, crescere, svilupparsi, nonché di essere protetto dalla violenza e dalla discriminazione.

L’articolo 28 C prosegue stabilendo il diritto fondamentale all’istruzione, inteso come il diritto di migliorare sé stessi attraverso la lotta collettiva per i propri diritti al fine di promuovere una propria idea di società, nazione e stato (paragrafo 2).

Sono inoltre garantite la libertà di espressione e di organizzazione, compresi i diritti a diffondere e ricevere informazioni, il diritto di sviluppare la propria persona e l’ambiente sociale. I cittadini hanno il diritto di scegliere il proprio domicilio e in nessun caso possono essere sottoposti a torture o a trattamenti umilianti.

Ancora, la Costituzione indonesiana all’articolo 29 sancisce la libertà di religione e afferma la laicità dello Stato. L’interpretazione che viene data dalla maggioranza della dottrina al Preambolo della Costituzione ha tuttavia comportato una totale distorsione di quello che era l’intento originario dei

54 E. Polymenopoulou, *LGBTI Rights in Indonesia: A Human Rights Perspective*, in *Asia Pacific Journal on Human Rights and the Law*, 19(1), 2018, pp. 27-44.

55 Nell’ambito del disegno di legge del 2015 per il nuovo Codice penale (*Rancangan Undang- Undang Kitab Undang- undang Hukum Pidana*), l’articolo 495, noto anche come “Articolo LGBT”, ha rappresentato una delle norme più controverse della riforma. Nel corso del tempo l’articolo ha subito diverse modifiche, ma di fatto l’intento è quello di punire gli “atti indecenti” (*perbuatan cabul*) commessi in pubblico tra persone dello stesso sesso. Attualmente la pena base è di 18 mesi di reclusione o una multa di II categoria (50 milioni di rupie, cioè circa 3000 Euro, che vanno rapportati allo stipendio medio mensile indonesiano che si aggira attorno ai 286 Euro). Come giustamente posto in luce dalla dottrina la vaghezza e la genericità del termine “atti indecenti” potrebbe facilmente far sussumere nella fattispecie anche semplici manifestazioni di affetto in pubblico. È facile dunque evincere la pericolosità di una norma *bonne à tout faire*. Nello stesso articolo vengono poi previste ulteriori fattispecie autonome aventi ad oggetto sempre gli atti indecenti puniti con pene molto più severe se commessi con violenza o minaccia di violenza, o verso minori o se destinati ad un uso pornografico, *Cfr.* S. Butt, T. Lindsey, *The Criminal Code*, in T. Lindsey, H. Pausacker (a cura di), *Crime and Punishment in Indonesia*, Routledge, Abingdon, 2021, p. 29.

56 Per un commento dettagliato sul rapporto tra potere pubblico e minoranze SOGI in Indonesia anche in prospettiva storica si veda in particolare: H. Pausacker, *Homosexuality and the law in Indonesia*, in T. Lindsey, H. Pausacker (a cura di), *Crime and Punishment in Indonesia*, cit., pp. 430–462.

57 Sul punto si veda in particolare: S.E. Wieringa, *Criminalisation of Homosexuality in Indonesia: The Role of the Constitution and Civil Society*, in *Australian Journal of Asian Law*, 20(1), 2019, pp. 227-245.

costituenti. Il Preambolo, infatti, oltre a declamare giustizia e democrazia, quali principi informatori di tutto l'ordinamento giuridico, prevede anche il credo in uno ed un solo dio.

Sin dalla nascita della Repubblica indonesiana nel 1945, i gruppi islamici conservatori, enfatizzando il riferimento normativo al credo nell'unico dio, hanno pertanto tentato di imporre la *sharia* nel Paese, ignorando gli altri pilastri declinati nel Preambolo, inclusi i diritti umani sanciti dalla Costituzione.

La campagna d'odio contro le persone LGBT in Indonesia trova ancoraggio, oltre che nella *Sharia*, anche nell'articolo 28 J, paragrafo 2, della Costituzione che afferma che: "Ciascuno nell'esercizio dei propri diritti e delle proprie libertà, ha il dovere di accettare le limitazioni sancite dalla legge al solo fine di garantire il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà altrui, *nonché per soddisfare le giuste esigenze della società fondate sulla base della morale, dei valori religiosi, della sicurezza e dell'ordine pubblico*".

I valori religiosi e la morale, ancor più che l'ordine pubblico, costituiscono dunque l'arma attraverso cui regolamenti e politiche regionali persecutori verso le persone LGBT vengono legittimati, oltre a consentire l'approvazione di leggi che incitano la società a denunciare comportamenti "immorali" e a scusare la violenza delle forze dell'ordine.

In linea con la tendenza volta a comprimere, invece che espandere, i diritti fondamentali, nel 2016 un gruppo di dodici accademici dell'AILA (l'Alleanza per l'Amore della Famiglia), ha adito la Corte costituzionale indonesiana, impugnando l'articolo 292 del Codice penale, che punisce gli atti indecenti commessi nei confronti di un minore, unitamente agli articoli 284 c.p., che punisce l'adulterio e 285 in materia di stupro, chiedendo al Giudice delle Leggi di eliminare, con una sentenza manipolativa, la perifrasi "con un minore" dalle previsioni normative sopra citate. In questo modo si conseguirebbe l'effetto di criminalizzare tutti gli atti extraconiugali, eterosessuali e omosessuali, tra soggetti adulti consenzienti. I ricorrenti in particolare hanno invocato come parametri di costituzionalità i valori morali e religiosi vigenti nella società indonesiana, sanciti nel Preambolo della Costituzione.

Nel dicembre 2017 la Corte costituzionale, con una maggioranza risicatissima di 5 a 4, ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata dall'AILA, non entrando nel merito e limitandosi a rilevare come la creazione di nuove fattispecie penali richieda sempre l'intervento del Legislatore, a garanzia del circuito democratico della decisione politica[58].

Vale ancora la pena sottolineare come nel 2014 il Consiglio degli studiosi musulmani[59] ha emesso una fatwa (n. 57 del 2014) con la quale ha condannato l'omosessualità qualificandola come un peccato. Ha suggerito inoltre al Legislatore di adottare una normativa che punisca le persone LGBT con la fustigazione o addirittura con la pena di morte. Piuttosto contraddittoriamente, ha anche proclamato l'omosessualità una malattia e ha sostenuto l'uso di centri di "riabilitazione" per curare "pervertiti" di questo tipo[60].

Nel 2016 è stata emessa una seconda fatwa per vietare ai musulmani di aderire a qualsiasi gruppo promotore dei diritti LGBT in Indonesia. Il Consiglio ha altresì invitato il Governo a redigere un disegno di legge che vieti qualsiasi tipo di attività LGBT[61].

Il quadro che emerge dalla situazione indonesiana è alquanto drammatico. Sebbene, infatti, nella propria lunga tradizione giuridica l'Indonesia non abbia mai criminalizzato le condotte omosessuali e le persone transessuali, riconoscendo anzi a questi soggetti ruoli apicali nelle società indigene, a partire dal 2015 ha conosciuto una vera e propria regressione nella tutela dei diritti fondamentali delle persone LGBT.

58 Constitutional Court Decision No. 46/ PUU- XIV/ 2016.

59 Il Consiglio degli studiosi musulmani, istituito nel 1975 durante il regime dittatoriale del presidente *Soeharto*, ha acquistato sempre maggiore influenza rispetto alle scelte di politica legislativa in Indonesia. Il Consiglio verifica l'osservanza dei precetti islamici nello spazio pubblico. Si tratta di una organizzazione ufficialmente indipendente e non governativa. A ben vedere, tuttavia, trae parte delle proprie entrate dallo Stato, mentre altra parte proviene dalla lucrosa emissione di certificati *halal* e il resto dal suo coinvolgimento nell'economia della *sharia*. La sua funzione più nota è quella di emettere *fatawa*, cioè opinioni religiose sulla legge islamica, che formalmente non hanno alcun valore legale. Tuttavia, alcune di queste *fatawa*, se propagate da imam islamici radicali e carismatici, possono avere un'ampia influenza sulla società. Il Consiglio ha sviluppato anche un programma che predispone proposte di legge che siano conformi ai precetti islamici e può fare affidamento su un team di avvocati che ne hanno la rappresentanza processuale ed extraprocessuale. Il Consiglio offre il proprio appoggio ai partiti politici che attualmente stanno cercando di approvare la legislazione anti-LGBT. Sostiene in particolare il principale partito politico musulmano presente sul territorio, il Partito della Giustizia e della Prosperità e il Fronte dei Difensori dell'Islam, che di fatto fa affidamento su una vera e propria milizia musulmana che effettua regolarmente incursioni, atti vandalici ed estorsioni.

60 G. Poore, *Indonesia: fatwa prescribes death penalty for same-sex relations*, Outright, 25 March 2015; T. Mann, *What is a fatwa and what does it mean for Indonesian policy?*, Indonesia at Melburne, 30 March 2016, ivi disponibile https://indonesiaatmelbourne.unimelb.edu.au/what-is-a-fatwa-and-what-does-it-mean-for-indonesian-policy/; S. Widianto, *LGBT Jakartans: Worse than a nuclear bomb? We just want to be accepted*, The Guardian, 26.11.2016.

61 The Jakarta Post, *MUI wants law to ban LGBT activities*, 17 February 2016.

L'ascesa del radicalismo islamico e dell'istituzione della *Sharia* in ampie regioni del Paese, stravolgendo la gerarchia delle fonti ed in particolare ponendosi in contrasto con la Costituzione, rischia di aprire, all'alba del XXI secolo, una nuova stagione di persecuzioni irrazionali in Indonesia.

L'esperienza indonesiana è l'esempio lampante di come i diritti fondamentali non possano mai dirsi raggiunti, ma che anzi una regressione è sempre possibile quando si cavalca l'onda dell'odio e dell'intolleranza contro un gruppo di soggetti che per le loro caratteristiche vengono eletti a nemico comune, causa di ogni male ed evento avverso. La commistione tra diritto e fondamentalismo religioso funge da trampolino di lancio per un dispotismo di ritorno, con una società asservita alla volontà di pochi potenti, pronti a cancellare ogni spazio libertà e diversità.

6. Riflessioni e prospettive di intervento

Le tre esperienze che sono state analizzate confermano l'esistenza di una forte eterogeneità tra i Paesi dell'Asia in tema di diritti LGBT.

Tra i venti che soffiano in Oriente si possono captare tre grandi correnti. La prima riguarda ordinamenti che non si sono nascosti dietro alla retorica dei valori asiatici, ma hanno invece riconosciuto il valore giuridico dell'amore tra persone dello stesso, provvedendo a garantire alle coppie *same-sex* eguali diritti rispetto a quelli derivanti dall'istituto matrimoniale.

L'affermazione di nuovi diritti, oltre a derivare dall'evoluzione della società e dai principi del costituzionalismo contemporaneo, che ben possono dirsi "trasformatori", è stata intesa come un'operazione in grado di arricchire la società e non indebolirla.

Una seconda corrente, invece, preoccupata di perdere la propria identità e dunque i propri punti di forza resiste ad ogni cambiamento che possa influenzare quell'ordine delle cose che per centinaia di anni ha garantito un sistema sociale solido e produttivo.

Tale rigidità, tuttavia, non è priva di conseguenze. Così facendo infatti si ignorano fenomeni ormai radicati nella società e si finisce per fingere di non vedere discriminazioni che indubbiamente minacciano la stessa connettività del tessuto sociale e che violano i diritti fondamentali delle persone.

Un terzo orientamento, infine, conosce una vera e propria involuzione nel trattamento delle minoranze SOGI. Fondamentalismo religioso e populismo trovano nella diversità il capro espiatorio perfetto a cui attribuire tutte le responsabilità per il sopravvento delle difficoltà di ogni tipo che si manifestano. In quest'ultimo caso i principi fondamentali del costituzionalismo sono violati e il sistema giuridico transita verso forme di stato dispotiche.

Come osservato in dottrina, quello dei diritti LGBT costituisce a livello universale: "Un terreno sul quale, in una prospettiva comparatistica allargata, vengono a collidere con essi, e con le domande di libertà e di liberazione ad essi sottesi, le resistenze radicate in strati ampi, spesso maggioritari, dell'opinione pubblica, quelle determinate dalla struttura del tessuto sociale, così come i condizionamenti in differente misura rappresentati dal fattore religioso, specie quando questo assurga ad elemento caratterizzante della forma di Stato"[62].

A tal riguardo l'idea che i diritti umani siano un prodotto occidentale, inventato per demolire i valori e le tradizioni asiatiche su cui fondare un nuovo imperialismo culturale, si presta evidentemente solo a mascherare violazioni della dignità della persona, che aprono ad un pericoloso relativismo etico.

Il rischio è che l'onda di regressione democratica che sta colpendo il mondo intero possa fungere da miccia per l'affermazione di nuovi autoritarismi in Asia, rendendo queste terre teatro di violenze e di importanti violazioni dei diritti umani, tra cui quelli delle minoranze sessuali, etniche, religiose.

Per questo motivo è importante che la comunità internazionale ed in particolare gli Stati occidentali si facciano carico di tali situazioni, intervenendo attivamente a sostegno di quelle forze politiche che lottano nei propri Paesi per l'affermazione di uno stato democratico, laico e inclusivo, così prevenendo pericolose degenerazioni che in un mondo globale e interconnesso riguardano tutti da vicino.

Al principio del XXI secolo, l'augurio dunque è quello che la garanzia del *diritto di essere se stessi*, espressione del livello di civiltà di una società[63], non si riduca ad un privilegio di pochi, ma divenga effettivo per tutti e tutte.

62 P. Ridola, *Presentazione*, in A. Schillaci, *Omosessualità, eguaglianza, diritti: desiderio e riconoscimento*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 14.

63 G. Alpa, *Il diritto di essere sé stessi*, La Nave di Teseo, Milano, 2021, p. 298.

Commenti

*Alessandro Cirelli**

"Quest'unione civile non s'ha da fare": il processo a Forza Nuova e l'equiparazione dell'omofobia al razzismo

Sommario

1. Introduzione – 2. "Quest'unione civile non s'ha da fare": il funerale di Forza Nuova alle coppie gay – 3. Il Razzismo – 4. Il razzismo contemporaneo: fra tabù della razza e razzismi "senza razza" – 5. Alla ricerca di una definizione giuridica di Razzismo – 6. L'omofobia – 7. C'è differenza fra razzismo e omofobia? – 8. Un'analogia *in malam partem*? È da escludersi – 9. Da Forlì a Brasilia: spunti di riflessione (molto di più) che arrivano dall'altra parte del mondo – 10. Conclusioni.

Abstract

Il presente elaborato vuole indagare il fenomeno dell'odio razziale in ambito giuridico e non solo, cercando di comprendere se sussistano o meno differenze concrete fra i fenomeni del razzismo e dell'omofobia, i quali traggono origine dal medesimo odio. Si trae spunto da un caso concreto avvenuto nella città di Cesena dove, a pochi mesi dall'approvazione della c.d. legge Cirinnà, mentre le prime due coppie gay si accingevano a celebrare la propria Unione Civile, nella piazza antistante il Municipio alcuni appartenenti a Forza Nuova organizzavano un finto funerale. I partecipanti al corteo funebre saranno tutti rinviati a giudizio per Istigazione all'odio Razziale, avanti al Tribunale di Forlì.

This paper aims to investigate the phenomenon of racial hatred in the legal field and beyond, trying to understand whether or not there are concrete differences between the phenomena of racism and homophobia, which originate from the same hatred. It is inspired by a concrete case that took place in Cesena where, a few months after the approval of the Cirinnà law, while the first two gay couples were preparing to celebrate their Civil Union, in the square in front of the Town Hall some members of Forza Nuova organized a fake funeral. The participants in the funeral procession will all be sent to trial for Incitement to Racial Hate, before the Court of Forlì.

1. Premessa

Appare incredibile che nel 2021 ci si debba occupare di un tema antico quale è l'odio razziale.

La biologia ci ha infatti da tempo spiegato che esiste una sola razza umana e che dunque il razzismo, come teoria che postula la presenza di differenti razze umane, alcune superiori ad altre, non ha ragione di esistere sul piano scientifico. Tuttavia è sufficiente gettare lo sguardo su ciò che sta accadendo ovunque nel mondo da alcuni anni - si pensi alle stragi e agli omicidi a sfondo razziale, omofobo o xenofobo, oppure alla nascita o al rafforzamento di gruppi neofascisti e neonazisti -, per comprendere come non si tratti certamente di un tema anacronistico e da lasciare agli storici.

* Avvocato del Foro di Rimini.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Ma c'è di più. Non solo il razzismo non è un tema superato, ma ogni effetto dello stesso ed ogni sua degenerazione già vista nel corso della storia dell'uomo, finanche la più estrema (il genocidio[1]), non sono morti con Adolf Hitler nel 1945, ma continuano a vagare su questo pianeta replicandosi, diffondendosi e prendendo forma, esattamente come un virus.

Tornano alla mente le parole di Primo Levi, forse il testimone più noto dell'olocausto: "*se comprendere è impossibile, conoscere è necessario, perché ciò che è accaduto può ritornare, le coscienze possono nuovamente essere sedotte ed oscurate: anche le nostre!*"[2].

Un eccezionale caso di cronaca avvenuto nella città di Cesena sarà utilizzato come "*case study*", per approfondire i temi del razzismo e dell'omofobia, cercando di rispondere alla domanda chiave dei processi penali successivamente apertisi: l'omofobia è una forma di razzismo e dunque già punita dalla legge italiana?

2. "Quest'unione civile non s'ha da fare": il funerale di Forza Nuova alle coppie gay

Il 25 settembre 2016, a pochi mesi dall'entrata in vigore della c.d. Legge Cirinnà (L. 76/2016 "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*"), due giovani uomini celebravano la loro unione civile: la prima nella città di Cesena. Il giorno della celebrazione civile, la città di Cesena si svegliava imbrattata da manifesti funebri posti dai militanti locali di Forza Nuova. In particolare, i manifesti riportavano il seguente proclama: "*omissis e omissis*[3]*, unitamente ai parenti alla cittadinanza tutta, annunciano la fine della civiltà, delle nostre tradizioni, della famiglia naturale, unico cardine della nostra società, e dei diritti dei bambini a crescere con una mamma ed un papà avvenuta domenica 25 settembre*", oltre alle frasi "*Matrimonio gay, funerale d'Italia*" (a caratteri cubitali) e "*l'Italia ha bisogno di figli, non di omosessuali!*".

A distanza di pochi mesi, in occasione della seconda unione civile, sempre nel centro città, nei pressi del Comune di Cesena, una dozzina di militanti di Forza Nuova, rincarando la dose, inscenavano un finto funerale con abiti militari neri, occhiali scuri e teste rasate, richiamando la simbologia nazi-fascista e xenofoba, più che quella tipicamente del "lutto". Nell'occasione, alcuni di essi sostenevano una bara coperta da una bandiera italiana su cui era presente un manifesto funebre con la dicitura, del tutto similare alla precedente, "*Omissis e Omissis, unitamente ai parenti e alla cittadinanza tutta, annunciano la fine della civiltà, delle nostre tradizioni, della famiglia naturale, unico cardine della nostra società, e dei diritti dei bambini a crescere con una mamma ed un papà avvenuta domenica 5 febbraio*", oltre a riportare le frasi "*Matrimonio gay, funerale d'Italia*" e "*l'Italia ha bisogno di figli, non di omosessuali*", un'enorme croce latina e i loghi celtici di Forza Nuova[4].

I due episodi immediatamente suscitavano reazioni di forte sdegno nella cittadinanza, nella politica e nelle associazioni, generando anche, vista *l'escalation* criminale, forte preoccupazione nella comunità LGBT[5] che prontamente reagiva denunciando l'accaduto alla Procura competente per territorio. La Procura di Forlì successivamente apriva due distinti procedimenti penali e, in entrambi i casi, decideva di chiedere il rinvio a giudizio di tutti gli imputati per il reato di cui all'art. 3, comma 1, lettera a), Legge 13 ottobre 1975, n. 654, oggi art. 604 *bis* c.p.

La contestazione è quella di propaganda di messaggi denigratori e discriminatori contro persone omosessuali e dunque la propaganda di odio razziale/omofobico[6].

Le prove raccolte durante i dibattimenti permettevano di ricostruire fedelmente i fatti di reato e, al termine dell'istruttoria, la Pubblica Accusa decideva di contestare altresì il reato di diffamazione aggravata in concorso formale *ex* artt. 81, 61 n. 1, 595, commi 1 e 3 c.p.

1 Si pensi al genocidio degli Uiguri in Cina, https://www.bbc.com/news/world-asia-china-53220713.

2 P. Levi, *Se questo è un uomo*, 1947, Appendice.

3 Per rispetto della *privacy*, si decide di omettere i nomi degli interessati dalla vicenda.

4 Alcune foto del finto funerale possono essere visionate su https://bologna.repubblica.it/cronaca/2017/02/05/foto/cesena_il_funerale_d_italia_contro_le_nozze_gay-157649790/1/.

5 Rappresentata dall'associazione Arcigay Rimini Forlì Cesena "Alan Touring", il cui presidente è il Dott. Marco Tonti, difesa dall'Avv. Christian Guidi, del Foro di Rimini.

6 Sui crimini d'odio, si veda in particolare la monografia di L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene editore, 2019.

Il Tribunale di Forlì, in entrambi i casi, condannava tutti gli imputati solo per il reato di diffamazione aggravata (con l'esclusione dei motivi futili), ritenendo che la condanna per il reato di cui all'art. 604 *bis* c.p. avrebbe costituito analogia *in malam partem* poiché "*il nostro ordinamento non contempla ancora una tutela penalistica contro le forme di discriminazione che si fondino sull'identità sessuale degli individui*"[7].

Tutte le parti – esclusa la Pubblica Accusa - hanno già annunciato che proporranno appello contro entrambe le sentenze.

Il caso risulta particolarmente interessante dal punto di vista giuridico per l'innovatività della impostazione accusatoria, basata su una nuova interpretazione del reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità razziale, ed in particolare dei termini "razza" e "razzismo". Secondo la Procura di Forlì infatti, l'omofobia sarebbe una particolare forma di razzismo, e dunque la propaganda di idee omofobe risulterebbe già punita dal codice penale.

Nelle prossime pagine si approfondiranno i fondamenti e le conseguenze di tale interpretazione, approfondendo, per quanto possibile, i vasti temi del razzismo e dell'omofobia.

3. Il Razzismo

Su un autorevole vocabolario si legge, alla definizione di Razzismo: "*s.m. [der. di razza, sull'esempio del fr. racisme]. - Ideologia, teoria e prassi politica e sociale fondata sull'arbitrario presupposto dell'esistenza di razze umane biologicamente e storicamente <superiori>, destinata al comando, e di altre <inferiori>, destinate alla sottomissione, e intesa, con discriminazioni e persecuzioni contro queste, e persino con il genocidio, a conservare la purezza e ad assicurare il predominio assoluto della pretesa razza superiore (…). Più genericamente, complesso di manifestazioni o atteggiamenti di intolleranza originati da profondi e radicati pregiudizi sociali ed espressi attraverso forme di disprezzo, di emarginazione nei confronti di individui o gruppi appartenenti a comunità etniche e culturali diverse spesso ritenute inferiori…*"[8].

Il termine "razzismo" va etimologicamente ricondotto alla composizione di "razza", dall'etimo "*generatio*" oppure "*ratio*" con il significato di natura, qualità, unitamente al suffisso latino -*ismus* di origine greca -*ισμός* (-*ismòs*), con il significato di "classificazione" o "categorizzazione". A seguito degli studi condotti dal linguista Gianfranco Contini negli anni '60, l'etimologia del termine "razza" è stata unanimemente ricondotta al francese antico "*haraz*" o "*haras*", usato per indicare "allevamento di cavalli"[9].

Storicamente, nel caso dell'uomo, i caratteri differenziali delle presunte "razze" sulla base delle quali si è manifestato e si manifesta il razzismo, sono stati riferiti a diversità somatiche e fenotipiche (colore della pelle, tipo di capelli, forma del viso, del naso, degli occhi ecc.) ma anche comportamentali, o legati a nazionalità, lingua, costumi e religioni. L'antropologia fisica e l'evoluzionismo hanno dimostrato che non esistono gruppi razziali fissi o discontinui; al contrario, i gruppi umani mutano e interagiscono continuamente, tanto che la moderna genetica di popolazioni si focalizza su modelli di distribuzione di geni specifici, anziché su "categorie razziali" create artificialmente e artificiosamente[10]. Oramai tutti gli studiosi concordano unanimemente che esiste un'unica razza umana sotto il profilo scientifico-antropologico e, pertanto, parlare di differenti razze umane è argomento destituito di qualunque fondamento.

La parola "razza" mette le sue radici in una classificazione legata inizialmente ad un criterio di apparenza, per poi in seguito distaccarsene. La maggiore discriminazione razziale nella storia europea, ad esempio, ha colpito la popolazione giudaica sulla base di presunte caratteristiche non visibili, per ascendenza familiare alla religione ebraica: le comunità giudaiche sono state considerate una razza, anche se di fatto non avevano caratteristiche somatiche o fenotipiche identificabili. Già nel primo ventennio dello scorso secolo, l'ideologia della razza (*rectius*, razzismo) propugnava teorie differenziali connesse a caratteristiche non più biologiche, comportamentali e geneticamente visibili (il fenotipo, per usare un termine biologico), bensì caratteristiche "invisibili": la "caccia" agli ebrei è avvenuta sulla base

7 Tribunale di Forlì, 16 dicembre 2020, n. 1194, p. 7; si rileva che a un imputato era stata concessa la sospensione del procedimento con messa alla prova, la quale aveva avuto esito positivo, e dunque lo stesso era stato giudicato separatamente e poi assolto. Per quella che potrebbe apparire come una dantesca legge del contrappasso, il Tribunale di Forlì aveva assegnato l'imputato a compiere lavori di ritinteggiatura presso il locale cimitero e presso la sede di Arcigay Rimini. A tal proposito, si veda https://corrieredibologna.corriere.it/bologna/cronaca/20_febbraio_18/rimini-condannato-tinteggiare-sede-dell-arcigay-ci-sono-cronisti-l-ex-militante-destra-si-barrica-una-stanza-c62ef79a-5253-11ea-bd25-071632206369.shtml.

8 *Il vocabolario Treccani*, *sub* "Razzismo", Vol. IV, Roma, 1986, pp. 469 ss.

9 A tal proposito, si veda www.laricerca.loescher.it/lingua-italiana/569-razza-parolaequina.html.

10 *Enciclopedia Treccani Online*, voce "Razza", *www.treccani.it*.

della delazione e della ricostruzione della genealogia di milioni di persone; anche il "rastrellamento" degli omosessuali è avvenuto in base alle presunte abitudini sessuali di individui in età di matrimonio e ancora celibi o nubili. In definitiva, l'applicazione concreta delle teorie "scientifiche" ottocentesche durante la seconda guerra mondiale (e in seguito dopo la liberazione), attraverso la quale mantenere un ordine pubblico antidemocratico, ha fatto convergere le diffuse intolleranze socio-culturali - originate da profondi e radicati pregiudizi sociali, spesso espressi attraverso forme di disprezzo, di emarginazione nei confronti di individui o gruppi appartenenti a comunità etniche e culturali diverse, ritenute inferiori - per legittimare una "pulizia" del tutto irrazionale delle diversità a cui venivano ricollegate riprovazione morale, criminalità e povertà.

L'idea principe del c.d. razzismo biologico si sostanzia nel suddividere la specie umana in razze biologicamente distinte, caratterizzate da diverse capacità intellettive, valoriali, etiche e/o morali, con la convinzione che sia possibile determinare una gerarchia secondo cui "*un particolare, ipotetico, raggruppamento razzialmente definito*" possa essere definito superiore o inferiore a un altro[11]. In senso stretto il razzismo, come teoria della divisione biologica dell'umanità in razze "*superiori*" ed "*inferiori*", è un fenomeno relativamente recente. In senso più ampio, invece, si tratta di una generale arcaica tendenza a discriminare i "diversi" (nazioni, lingue, culture, classi sociali, comportamenti e tradizioni etc.), e la principale funzione del razzismo, in tutte le varianti, fu sempre di giustificare una qualche forma di discriminazione ed oppressione contro una minoranza[12].

Risalgono al diciannovesimo secolo, sull'onda classificatoria tassonomica di Linneo, i primi studi ascrivibili alla dottrina detta del "razzismo scientifico" che tentava di dimostrare con metodo scientifico la tesi per cui la popolazione mondiale potesse essere divisa in "razze" e che ogni razza avesse caratteristiche intrinseche di superiorità o inferiorità; simile dottrina ha attirato le attenzioni intellettuali di rilievo come Gobineau e Schopenhauer[13]. Il razzismo scientifico è stato alla base dell'antisemitismo, termine coniato nel 1870 dal tedesco Wilhelm Marr, e dell'Olocausto durante la seconda guerra mondiale.

La critica scientifica al razzismo "scientifico" ha una storia che precede addirittura il *pogrom* nazista, grazie a studiosi come Hogben e Julian Huxley. Dopo la sconfitta hitleriana, la comunità scientifica si interrogò molto più approfonditamente sulla fondatezza del concetto di "razza", il quale venne rapidamente superato. Con la scoperta negli anni '50 del codice genetico da parte di Watson e Crick, si ebbero non più solo solidi argomenti antropologici, sociologici, filosofici e culturali per demolire il concetto di "razza", ma anche strumenti provenienti dalle scienze biologiche.

Negli anni '70 il genetista Luigi Luca Cavalli-Sforza, con le sue note ricerche genetico-etnografiche, pose fine ad ogni residuo tentativo di usare il concetto di "razza" con aura scientifica[14].

Il concetto di "razza", già da decenni, è dunque considerato universalmente come un "prodotto politico" del razzismo[15]: le razze esistono perché esiste il razzismo e perché esistono i razzisti: è una costruzione culturale che può marchiare a fuoco potenzialmente qualsiasi gruppo umano: "*Le razze non esistono nei nostri geni, ma solo nelle nostre teste e nelle nostre attitudini sociali*"[16].

11 L.L.F. Cavalli Sforza, *Razza o pregiudizio? Evoluzione dell'uomo tra natura e storia*, Milano, 1996.

12 *Razzismo: approfondimento*, in *Enciclopedia Treccani online*, su www.treccani.it.

13 Cfr. A. Burgio, *L'invenzione delle razze. Studi su razzismo e revisionismo storico*, Roma, Manifesto libri, 1998; R. Gallissot, M. Kilani, A. Rivera, *L'imbroglio etnico, in quattordici parole-chiave*, Bari, Dedalo, 2001; R. Gallissot, *Misère de l'antiracisme*, Paris, Editions de l'Arcantère, 1985; C. Guillaumin, *L'idéologie raciste. Genèse et langage actuel*, Paris-La Haye, Mouton, 1972; J. Hartwell Moore (a cura di), *Encyclopedia of Race and Racism*, Macmillan Reference; M.F.A. Montagu, *Man's Most Dangerous Myth: The Fallacy of Race*, New York, Columbia University Press, 1942; A. Rattansi, *Racism, a very short introduction*, Oxford, Oxford Press, 2007; J. Rex, *Race, Colonialism and the City*, London, Routledge and Kegan, 1972; P. A. Taguieff, *La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, La Découverte, 1987.

14 L.L.F. Cavalli Sforza, *Razza o pregiudizio? Evoluzione dell'uomo tra natura e storia*, Milano, 1996.

15 Il noto sociologo W.E.B. Du Bois sosteneva ciò sin dall'800 ancor prima che l'UNESCO lo formalizzasse nei propri documenti ufficiali (Dichiarazione sulla Razza UNESCO 1950 e 1978, testo in italiano reperibile al sito https://web.archive.org/web/20080112170857/http://www.centrodirittiumani.unipd.it/scuola/media/file/12informazione/Diritti_info_cultura/Diritti_info_cultura-775.htm) .

16 G. Barbujani, *Gli africani siamo noi*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

4. Il razzismo contemporaneo: fra tabù della razza e razzismi "senza razza"

Al termine della seconda guerra mondiale, la lotta al razzismo è stata avvertita come un importante e primario obiettivo nel panorama internazionale, in particolar modo dagli Stati Europei, al punto da dotarsi di comuni convenzioni, atti normativi e politiche, formulate principalmente in sede ONU ed UE *(infra §5)*. Nonostante ciò, il razzismo non è certamente scomparso. Secondo recenti studi, tale persistenza è in parte spiegabile con il c.d. tabù della razza. In Europa, dopo la tragedia dell'olocausto, è sorto un comune desiderio collettivo di "lasciarsi alle spalle" il concetto di razza. Tale desiderio, costantemente rinnovato nei rapporti interpersonali, oltre che nelle sedi istituzionali, finisce ancora oggi per normare i nostri modi di evocare la razza, che la letteratura chiama *racelessness*[17]: termine pressoché intraducibile, che intende esprimere un'ambivalenza, una presenza/assenza della razza.

La tabuizzazione del concetto di razza – e la conseguente *racelessness* – non contribuisce all'eliminazione del razzismo, anzi produce l'effetto esattamente opposto: se per combattere il razzismo è necessario conoscerlo e ri-conoscerlo, la *racelessness* concorre alla persistenza del razzismo poiché ne limita la vera conoscenza ed il vero riconoscimento[18].

Il razzismo contemporaneo, influenzato dal menzionato tabù, non nomina mai la razza biologica (si parla di "razzismo senza razza"), fondandosi invece su differenze fra gruppi, alle quali fa conseguire giudizi circa presunte incompatibilità culturali[19]. Tali posizioni – spesso politiche – ritengono necessario "difendere e preservare" le differenze culturali dai processi di globalizzazione, massificazione ed omogeneizzazione tipici delle società occidentali, e pertanto sostengono che quest'ultime non debbano in nessun modo essere multiculturali o interculturali ("ognuno ha le proprie idee, ma ognuno a casa propria"). Per fare qualche esempio, tale forma di razzismo (talvolta anche istituzionalizzato[20]) si sviluppa contro le comunità Rom, islamiche, nere, ebraiche ecc., oppure ancora contro i migranti. Tale razzismo mascherato si nota anche in certe posizioni politiche estremiste, trovando una certa rispondenza anche nelle classi colte, pur se attraverso l'utilizzo di stereotipi sociali e luoghi comuni[21].

In conclusione di paragrafo, sia consentita una breve riflessione sulla *ratio* che ha ispirato la c.d. legislazione antirazzista, sul perché ne sentiamo ancora il bisogno, ed anzi necessitiamo tuttora di integrazioni alla stessa.

Il razzismo, come si accennava, è un'eredità xenofoba ancestrale, figlia di quel naturale umano sentimento umano che è la paura dell'ignoto, la paura dell'altro che non si conosce. Il razzismo è senza tempo, è de-storicizzato perché ha una motivazione universale e trans-storica, quale è la paura di venire sopraffatti ed annientati nella propria identità dallo straniero (dal latino *extraneus* e cioè *extra nos*, fuori da noi, diverso da noi). Ecco che allora le razziste logiche sociali di dominio e sopraffazione hanno una notevole probabilità di continuare a perpetuarsi nel tempo, magari in forme diverse ma mantenendo sempre lo stesso nucleo, *l'eadem ratio*.

L'antirazzismo, necessariamente in costante divenire, visto anche il mutamento subito nel tempo dal concetto di razzismo, è allora non una conquista già ottenuta bensì un traguardo da raggiungere, attraverso la comprensione della psiche umana, delle sue paure irrazionali, dei suoi interessi particolari,

17 *Ex multis*, N. Michel, *Racial Profiling und die Tabuisierung von "Rasse"*, in *Racial Profiling. Struktureller Rassismus und antirassistischer Widerstand*, M. Wa Baile - S. O. Dankwa - P. Purtschert - S. Schilliger (a cura di), Blelefeld, Transcript Verlag, 2019, pp. 87–106; *Ead.*, *Il razzismo senza razza*, in *Tangram*, n. 44 (reperibile al *link* https://www.ekr.admin.ch/i574.html); *Ead.*, *Sheepology: The Postcolonial Politics of Raceless Racism in Switzerland*, in *Postcolonial Studies*, Vol. 18, n. 4, 2015, pp. 410-426; D.T. Goldberg, *The Threat of Race: Reflections on Racial Neoliberalism*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009; F. El-Tayeb, *European Others: Queering Ethnicity in Postnational Europe*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2011; P. Purtschert, B. Lüthi, F. Falk, *Postkoloniale Schweiz. Formen und Folgen eines Kolonialismus ohne Kolonien*, Blelefeld, Transcript Verlag, 2012; E. Balibar, I. Wallerstein, *Race, nation, classe: les identités ambiguës*, Paris, La Découverte, 1988; S. C. Boulila, *Race and Racial Denial in Switzerland*, in *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 42, n. 9, pp. 1401–1418; M. Nicolazzi, *Il razzismo senza le razze*, in *Limes online*, n. 2, 2020.

18 N. Michel, *ivi.*

19 Cfr. P. A. Taguieff, *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Milano, Cortina Editore, 1999; A. Rivera, *Razzismo*, in *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, 6, 2017; A. Fantauzzi, *Razzismo biologico, razzismo differenzialista? Dalle teorie alle testimonianze etnografiche tra immigrati in Italia*, in *Razzismo, Xenofobia, Esclusione Sociale*, A. Angelini (a cura di), Latina, Aracne, 2014, pp. 149-172.

20 Magistralmente L. Goisis, *Giustizia Penale E Discriminazione Razziale. Il soggetto "altro" dinanzi al diritto penale e alla criminologia. Atto I: Il contributo della criminologia,* in *Diritto penale contemporaneo,* www.penalecontemporaneo.it, 2012.

21 Sul punto, cfr. E. Balibar, *Esiste un «neorazzismo»?*, in *Razza nazione classe. Le identità ambigue*, Balibar E. - Wallersterin I. (a cura di), Roma, 1991, pp. 29 ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione*, in *Dir. famiglia*, 1, 2002, pp. 112 ss.; G. Campioni – G. Faso, *L'intolleranza dei colti*, in *Razzisti e solidali*, Pugliese E. (a cura di), Roma, Ediesse, 1993, pp. 114 ss.

dei suoi processi mentali, oltre che tramite l'analisi degli effetti della discriminazione. Un lavoro (che ricorda quello psicanalitico) che deve necessariamente partire dall'ammettere che il male è connaturale all'essenza umana, e che ciò può manifestarsi ogniqualvolta si presenti l'occasione di dare forma concreta al naturale pensiero umano di stigmatizzazione delle condotte di tutti coloro che non sono riconducibili al proprio gruppo. In altre parole, se all'interno del proprio gruppo l'uomo è socievole per natura, come diceva Aristotele, al di fuori del gruppo di appartenenza predomina il principio hobbesiano "*Homo homini lupus*": la legislazione antirazzista lascia così comprendere il fondamento del razzismo, in base all'idea che vi sia continuità fra le forme contemporanee di esclusione e discriminazione, e le attitudini ed i comportamenti primordiali e universali, di tipo xenofobo ed etnocentrista.

La legislazione antirazzista ristabilisce il diritto umano di ognuno a vedersi garantita la pari dignità: principio cardine ed essenza primigenia di ogni diritto fondamentale, senza la quale neppure sussisterebbero le democrazie. L'antirazzismo impone, invero, il rispetto del dovere di tolleranza in funzione della tutela della dignità dell'uomo; è teso a preservare le diversità culturali tra gli uomini, a rispettare le identità collettive, gli usi e i costumi. Si protegge la libertà di espressione del diritto alla differenza: il diritto ad essere come si è per natura. Se si cancellasse la variabilità culturale dell'umanità, si negherebbe tutto ciò che di specifico esiste nell'umana esistenza[22].

5. Alla ricerca di una definizione giuridica di Razzismo

Si può ora procedere con l'affrontare un tema giuridico che qui assume un'importanza decisiva: poiché parlare di differenti razze nell'uomo non ha alcun valore scientifico, e si è abbandonato il concetto di razza biologica, qual è la portata giuridica attuale del termine "razzismo", o di "discriminazione razziale"? Fin dove si estende l'odio razzista, e dunque la tutela giuridica da tale fenomeno? Ed in particolare: qual è la definizione di razzismo accolta oggi nel diritto penale?[23]

La "*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*", approvata dalle Nazioni Unite a New York nel 1966, è la prima fonte internazionale che si è occupata di combattere la discriminazione razziale e la definisce così: "*The term 'racial discrimination' shall mean any distinction, exclusion, restriction, or preference based on race, color, descent, or national or ethnic origin that has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life*"[24]. La Convenzione offre un metodo di contrasto al fenomeno razzista molto elaborato e prevede, accanto al principio di non discriminazione, il divieto di propaganda razzista nelle diverse forme dell'incitamento e della diffusione. Agli artt. 2, lett. d) e 4 lett. a) e b) vengono dichiarate punibili le discriminazioni praticate da singoli individui o gruppi, la diffusione di idee razziste basate sulla superiorità o l'odio razziale, l'incitamento alla discriminazione e le organizzazioni o le attività di propaganda organizzate a questi fini. In questo modo, la Convenzione non solo impone agli Stati aderenti il divieto di discriminazione, ma chiede a questi di adottare anche le misure indispensabili a tal fine (art. 2) e di dichiarare punibili siffatti comportamenti (art. 4). È prevista, altresì, l'istituzione di un sistema di garanzia per controllare l'attuazione e l'applicazione delle norme, attraverso un Comitato per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (art. 8)[25].

Questo fondamentale accordo internazionale è stato recepito in Italia con la legge di ratifica ed esecuzione 654/1975 (c.d. Legge Reale), poi modificata (con inasprimenti delle sanzioni penali ed ampliamenti) con il decreto-legge 122/1993 (c.d. Legge Mancino).

Volgendo lo sguardo alla normativa Europea, si nota che la Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della "*parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*", non fornisce una definizione giuridica dei termini "razza", "origine etnica",

22 Cfr. Trib. Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203 in *Giurisprudenza di Merito*, 9, doc. 395, 2006, pp. 1956 ss.

23 C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *IUS17*, 2009, pp. 191 ss.; A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, Giappichelli, 2013; G. Pagliarulo, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Archivio Penale*, 3, 2014; A. Luini, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale religiosa ed etnica*, in *Rivista Penale*, 10, 1993, pp. 987 ss., con richiami di dottrina.

24 Trad." *ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia 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 pubblica*". Art. 1, https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx.

25 *Ibidem*.

o di "razzismo" e al considerando 6 afferma: "*L'unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine "razza" nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie*". Simile precisazione è stata inserita per superare le resistenze sollevate da alcuni paesi (la Francia in particolare), contrari all'impiego del termine "razza" per non avallare, anche solo formalmente, la teoria politico-ideologica della suddivisione dell'umanità in razze diverse[26]; tuttavia la maggioranza dei Paesi comunitari ha ritenuto necessario il mantenimento del termine razza al fine di identificare le azioni contro il razzismo.

La Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 28 novembre 2008 rubricata "*lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*", prescrive agli Stati la criminalizzazione delle condotte razziste e xenofobe, alla stregua della Convenzione di New York '66, aggiungendovi l'(assai discusso) obbligo di punire il negazionismo ed il riduzionismo.

L'ECRI (*European Commission Against Racism and Intolerance*) afferma che si utilizza il termine razza, "*per garantire che le persone generalmente e erroneamente percepite come appartenenti a un'<altra razza> non siano escluse dalla protezione prevista dalla legge*"[27]. In altre parole, l'UE ripudia il concetto stesso di razza, riconoscendo gli sviluppi scientifici del secolo scorso, ma ritiene e ne afferma la necessità di utilizzo anche nei trattati e negli atti legislativi, perché presidio contro ogni forma di razzismo: ai fini del Diritto dell'Unione Europea quindi il termine razza acquista significato se e solo se collegato al razzismo.

Analizzando la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea si osserva che essa si è occupata di razza e razzismo solo con riferimento alla discriminazione sui posti di lavoro (Direttiva 2000/78/CE) e alle discriminazioni dirette e indirette ai fini dell'applicazione del principio della parità di trattamento (Direttiva 2000/43/CE), tuttavia senza fornire una definizione specifica, chiara e univoca del termine razza[28].

Venendo al diritto interno, è necessario partire da un semplice dato di fatto: non essendovi una definizione normativa di razzismo, è (arduo) compito degli interpreti individuarla[29]. Del resto, come hanno affermato le Sezioni Unite in una nota sentenza, "*la giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell'ambito applicativo del precetto penale*"[30].

Nella Giurisprudenza della Suprema Corte, il "razzismo" viene qualificato come *species* del *genus* "*discriminazione*", e presuppone l'esistenza di "*razze superiori*" ed "*inferiori*", le prime destinate al comando, le seconde alla sottomissione[31]. La nozione di razzismo abbraccia tutte quelle "*dottrine che postulano l'esistenza di razze superiori, destinate alla supremazia su quelle considerate inferiori*", e la *ratio* delle norme antidiscriminatorie è anzitutto quella d'impedire che tali teorie si diffondano[32]. Per tale ragione, la giurisprudenza esclude la rilevanza penale delle condotte allorquando si rivelino indirizzate a gruppi considerati "non inferiori" nel sentire comune: la Cassazione ha infatti escluso, ad esempio, che l'espressione "italiano di merda" possa configurare discriminazione razziale, proprio perché "*il riferimento all'italiano, nel sentire comune, non può essere correlato ad una situazione di inferiorità suscettibile di essere discriminata"*[33]. In altre parole, il reato sussiste solo quando l'odio si rivolge a soggetti che presentino profili di debolezza, o di marginalizzazione o di "inferiorità", socialmente riconosciuti[34]. Da ultimo, affrontando il tema della discriminazione razziale, si è precisato che per la configurabilità di quest'ultima, pur condividendo con i moderni studi sociologici l'assunto secondo cui il razzismo oggi è (anche e soprattutto) implicito/differenzialista, è comunque sempre necessario che l'individuo sia discriminato

26 Un chiaro esempio di *racelessness*.

27 *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI), "*Raccomandazione di Politica Generale n. 7 dell'ECRI: Legislazione Nazionale contro il razzismo e la discriminazione razziale*", adottata il 13 dicembre 2002, laddove si precisa che, ai fini della raccomandazione, razzismo "*significa il convincimento che un motivo quale la razza, il colore, la lingua, la religione, la nazionalità o l'origine nazionale o etnica giustifichi il disprezzo nei confronti di una persona o di un gruppo di persone, o l'idea della superiorità di una persona o di un gruppo di persone*".

28 Si veda G. Zaccaroni, *Il principio di non discriminazione e l'identità costituzionale dell'Unione Europea*, in http://amsdottorato.unibo.it/7144/1/Tesi_G_ZACCARONI.pdf.

29 Corte di cassazione, terza sezione penale, 23 giugno 2015, n. 36906 in *Diritto & Giustizia*, 2015 (nota di Ievolella); Cfr. C. Visconti, *ivi*, pp. 191 ss.

30 Corte di cassazione, sezioni unite, 19 aprile 2012, n. 34952, in *Cassazione Penale*, 1, 2013, pp. 52 ss.

31 Corte di cassazione, prima sezione penale, 30 settembre 1993, n. 3791, rv. 196583; Corte di cassazione, terza sezione penale, 13 dicembre 2007, n. 13234, rv. 239461 ove si legge che "*il razzismo si attua o con la persecuzione o con la discriminazione*".

32 Corte di cassazione, prima sezione penale, 28 febbraio 2001, n. 23024, in *Studium Juris,* 2001, pp. 1383 ss.

33 Corte di cassazione, quinta sezione penale, 25 marzo 2010, n. 11590 in *Diritto e Giustizia online,* 2010 (nota di Gioffreda).

34 A. Spena, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2016, pp. 577 ss.

non per un suo comportamento ma per una sua qualità: "*la discriminazione per l'altrui diversità è cosa diversa dalla discriminazione per l'altrui criminosità*"[35].

Il complesso compito di precisare e attualizzare il concetto di razzismo è stato svolto con ammirevole ricchezza di riferimenti storici, filosofici e bibliografici dalla giurisprudenza di merito, coadiuvata dai più recenti studi sociologici[36]. Con una storica sentenza infatti, il Tribunale di Verona ha accolto sia la nozione di c.d. razzismo biologico, modulata su concezioni oramai superate (anche dagli stessi razzisti), sia sotto quella del c.d. razzismo differenzialista[37]: si sostiene che il "razzista" esorcizzi la paura del diverso non discutendo la diversità *ex se*, ma l'anomalia a quest'ultima presuntivamente connessa: "*non si stigmatizza lo zingaro per essere zingaro [N.d.A. la differenza è prima facie salvaguardata] ma perché egli vive come uno zingaro, dunque come si ritiene che vivano tutti gli zingari, prediligendo il nomadismo, l'accattonaggio, la nullafacenza e la ruberia*"[38]. Mentre il razzismo biologico, nega l'umanità ad un altro gruppo di individui attribuendogli un'altra razza, il moderno razzismo differenzialista, tenendo conto delle differenze di identità fra culture diverse, afferma l'incompatibilità e l'incomunicabilità fra queste ("*gli stranieri rimangano al paese loro! Vivano tra loro e restino stranieri!*")[39]. A seguito di tale sentenza, sia nella dottrina che nella giurisprudenza nostrane si è iniziato ad accogliere la definizione differenzialista di razzismo, anche detto neorazzismo o razzismo implicito[40]. Ad esempio, il Tribunale di La Spezia ha recentemente preso atto dell'evoluzione (anche terminologica) del razzismo, ed ha affermato che quest'ultimo "*oltre ad avere un significato tecnico di ideologia che, fondata su un'arbitraria distinzione dell'uomo in razze, giustifica la supremazia di un'etnia sulle altre e intende realizzarla attraverso politiche discriminatorie e persecutorie, viene anche usato estensivamente per qualificare ogni atteggiamento o manifestazione di intolleranza (vedi Dizionario della Lingua Italiana Sabatini Coletti)*"[41].

35 Corte di cassazione, terza sezione penale, 13 dicembre 2007, n. 13234 rv. 239461; Corte di cassazione, terza sezione penale, 23 giugno 2015, n. 36906 in *Diritto & Giustizia*, 2015, 14 settembre (nota di: Ievolella); Corte di cassazione, terza sezione penale, 8 novembre 2006, n. 1872, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2007, p. 1197, secondo cui "*A prescindere dalla memoria delle più recenti e cruente esperienze storiche (...), la locuzione razzismo, nella sua significazione più generalizzata, rinvia, infatti, a tutto quel complesso di manifestazioni o atteggiamenti d'intolleranza originati da profondi e radicati pregiudizi sociali ed espressi attraverso forme di disprezzo e di emarginazione nei confronti d'individui o gruppi appartenenti a comunità etniche e culturali diverse, assai spesso ritenute inferiori*". La dottrina correttamente ha rilevato che "*v'è un punto nel quale il profilo della "diversità" in sé e quello dei "comportamenti" costituiscono un tutt'uno, e non è possibile, né verosimilmente avrebbe senso separarli. La cultura di una etnia, non è forse del tutto superfluo ricordarlo, è fatta soprattutto di comportamenti, di pratiche sociali che incorporano valori ad alto tasso identitario*", C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *IUS17*, 1, 2009, p. 197. Concorde sul punto F. Bacco, *Tra sentimenti ed uguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018, pp. 205 ss.

36 M. Wieviorka, *Lo spazio del razzismo*, Milano, 1993; *Id.*, *L'inquietudine delle differenze*, Milano, 2008.

37 Tribunale di Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203 in *Giurisprudenza di Merito*, 9, doc. 395, 2006, pp. 1956 ss. con commento adesivo di L. Picotti, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, seguita da Corte d'appello di Venezia, 2 aprile 2007 e, rispetto a questo specifico profilo, Corte di cassazione, terza sezione penale, 13 dicembre 2007, n. 13234 e Corte di cassazione, quarta sezione penale, 10 luglio 2009, n. 41819.

38 Tribunale di Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203; in dottrina, L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, Cedam, 2006, pp. 117-145; C. Leotta, voce *Razzismo*, in *Digesto discipline penalistiche*, IV Aggiornamento, Torino, Utet giuridica, 2008, pp. 850 ss.

39 Cfr. "Differenzialista", in *Vocabolario Treccani Online*; F. Bordignon, *La Repubblica*, 26 ottobre 2003, Commenti; A. Giddens, *Fondamenti di sociologia*, Bologna, 2001, pp. 149 ss.; sulla rilevanza penalistica del discorso d'odio, magistralmente v., A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? Discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020.

40 A. Spena, *Ibidem*.

41 Tribunale di La Spezia, Ufficio dei giudici per le indagini preliminari, 20 giugno 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

La dottrina penalistica si è più volte confrontata con la tematica razziale, anche e soprattutto a seguito delle modifiche intervenute negli anni 1993[42], 2006[43] e 2016[44]. In merito alla nozione di razzismo penalmente rilevante, la dottrina italiana, a differenza di quella nord e sud americana, non sembra essersi mai spinta al di là del mero recepimento delle coordinate ermeneutiche offerte dalla giurisprudenza, esprimendo peraltro un diffuso consenso all'estensione ed evoluzione della nozione originaria in quella differenzialista[45].

6. L'omofobia

L'omosessualità è stata definita dall'Organizzazione mondiale della Sanità "*variante naturale del comportamento umano*" andando a cancellarla dall'elenco delle "*malattie mentali*" (Classificazione Internazionale delle Malattie - ICD); la c.d. "de-patologizzazione" è avvenuta esattamente il 17 maggio 1990, giorno per questo scelto per celebrare la Giornata Internazionale contro l'Omofobia, la Transfobia e la Bifobia.

A distanza di oltre trent'anni dalla cancellazione della omosessualità dalle malattie mentali, gli studi scientifici, specie in ambito biologico e genetico, hanno chiarito le ragioni della diversità di orien-

42 Numerosi i contributi in dottrina a proposito della legge Mancino, *ex multis*, P. Zavatti - A. Trenti, *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale etnica e religiosa*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 4, 1995, pp. 565 ss.; G. De Francesco, *D.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 - Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all'art. 4 - Modifiche a disposizioni vigenti*, in *La legislazione penale*, 2, 1994, pp. 216-217; L. Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto*, 1, 1994, pp. 14 ss.; S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, pp. 90 ss.

43 Ci si riferisce alla legge 85/2006 di riforma dei reati di opinione. Cfr., *ex multis*, T. Padovani, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo stato*, in *Guida al diritto*, 2006, 14, pp. 23 ss.; D. Pulitanò, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corriere giuridico*, 2006, 6, pp. 745 ss.; A. Gamberini, G. Insolera, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in *La legislazione penale compulsiva*, G. Insolera (a cura di), Padova, Cedam, 2006, pp. 135 ss.; M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 8-10, pp. 960 ss.; D. Notaro, *Analisi della modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legislazione Penale*, 2006, p. 401 ss.; C. Visconti, *Il legislatore azzeccagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro italiano*, 2006, 5, pp. 217 ss. Con specifico riferimento alle modifiche alle norme sulla propaganda razzista v., inoltre, i vari contributi raccolti in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, S. Riondato (a cura di), Padova, Cedam, 2006; nonché C.D. Leotta, voce *Razzismo*, in *Digesto discipline penalistiche*, Appendice aggiornata, 2008, pp. 850 ss.; in termini maggiormente orientati verso i delitti contro le confessioni religiose, D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 82; V. Pacillo, *I delitti contro le confessioni dopo la legge 24 febbraio 2006*, n. 85, Milano, 2007, pp. 169 ss.

44 La l. 16 Giugno 2016 n. 115 nella Gazzetta ufficiale, Serie Generale n. 149 del 28-06-2016, ha introdotto il reato di negazionismo. Cfr. *ex multis*, A.S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2017; D. Pulitanó, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2015; G. Puglisi, *A margine della c.d. "Aggravante di negazionismo" tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2016; P. Lobba, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, 3, 2011, pp. 154 ss.; E. Fronza–A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2013; E. Fronza, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016, pp. 1016 ss.; E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè, 2012; D. Di Cesare, *Negare la Shoah, Questioni filosofico-politiche*, in *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, F.R. Recchia Luciani-L. Patruno (a cura di), Il nuovo melangolo, 2013, pp. 69 ss.; G. Della Morte, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in www.sidiblog.org, 2016; A. Cavaliere, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016, pp. 999 ss.; M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz" le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2014; D. Brunelli, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2016, pp. 978 ss.; L. Goisis, *Crimini d'odio*, *ivi*, pp. 309 ss.

45 "*Si diffonde sulla nozione di razzismo contemporaneo (o neorazzismo), quale rifiuto, incondizionato e totale, di una categoria di uomini "anormalmente diversi", perché inutili o pericolosi e dunque socialmente non integrabili ed inassimilabili a chi rispetto ad essi si sente "superiore""*, L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, S. Riondato (a cura di), Padova, Cedam, 2006, p. 122; G. Pavich – A. Bonomi, *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 *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 2014, p. 7; C. Visconti, *ivi*, p. 196; A. Tesauro, *Riflessioni in tema di dignità umana e danno ad altri*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 961; G. Puglisi, *La Parola Acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2018, pp. 1325 ss.

tamento sessuale e identità di genere[46]. Di recente è stato pubblicato sulla rivista "*Science*", a seguito del più vasto studio in materia, condotto dal MIT e dall'università di Harvard, utilizzando un campione di oltre mezzo milione di americani e inglesi, un articolo ove si afferma: "*Studies have indicated that same-sex orientation and behavior has a genetic basis and runs in families, yet specific genetic variants have not been isolated*"[47].

Anche studi nell'ambito della neuroendocrinologia legata alla sessualità hanno rilevato che "*l'orientamento omo- o etero - sessuale di un individuo è controllato da un insieme di fattori ambientali e biologici. I fattori biologici sembrano svolgere un ruolo determinante anche se al momento i dettagli dei meccanismi implicati non sono del tutto conosciuti*"[48] ciò a significare, pertanto, che "*la tesi dei fenotipi sessuali innati è scientificamente la più plausibile*".

Studi in ambito psichiatrico hanno portato a ritenere che la sessualità di una persona viene definita al momento della nascita e, a volte, prima di allora e che le "preferenze sessuali" rimangono pre-programmate, e cioè esiste una parte congenita, una ereditaria e una parte ambientale[49]. Ripudiate le teorie psicanalitiche freudiane o post-freudiane che vedevano l'omosessuale affetto da un "complesso edipico irrisolto", seppure non si sia pervenuti ad una risposta definitiva, operando una sintesi estrema, gli studi più recenti ed autorevoli affermano concordemente che l'omosessualità deriva in gran parte da una predisposizione genetica (non associata ad un solo gene) e da fattori ambientali.

Ciò posto, per quanto concerne il termine Omofobia: "*s. f. [comp. di omo (come competitivo di omosessualità) e -fobia] - Paura di essere o di scoprirsi omosessuale, sia come atteggiamento di condanna dell'omosessualità*"[50], nel lessico comune, è quell'avversione, quell'odio nei confronti degli omosessuali.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2006 contiene una definizione completa di omofobia: "*paura e avversione irrazionali provate nei confronti dell'omosessualità femminile e maschile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT) sulla base di pregiudizi, ed è assimilabile al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo*" e aggiunge che essa "*si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto forme diverse, quali discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti, spesso giustificate con motivi di ordine pubblico, libertà religiosa e diritto all'obiezione di coscienza*"[51].

A ben vedere, essa si presenta esattamente come tutte le altre forme di odio e di discriminazione del (o per il) diverso, cioè attraverso convinzioni personali (errate) secondo le quali "l'altro" sarebbe diverso, contrapposto, inferiore, anomalo e quindi in contrasto con "l'ordine sociale".

In ambito europeo, si ricorda che l'art. 21, Carta di Nizza, o Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, afferma che sono vietate discriminazioni basate sugli orientamenti sessuali. Nello stesso senso anche il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea afferma, all'art. 10, che "*nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*". Il principio di non discriminazione fondato sull'identità di genere o sull'orientamento sessuale, si rinviene *in primis* nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (art. 14, divieto di discriminazione; Protocollo n. 12) e nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (ad esempio, *Oliari v. Italy, 2015; Ratzenböck and Seydl v. Austria, 2017*), nonché nella Raccomandazione CM/Rec (2010) 5 del Consiglio d'Europa sulle misure per combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere.

La Convenzione di Istanbul ("*Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*") vieta la discriminazione fondata, tra gli altri, sull'l'identità di genere e l'orientamento sessuale (art. 4, paragrafo 3).

In conclusione di paragrafo, in base a quanto emerge dai più recenti studi scientifici, è possibile affermare che non solo l'omosessualità è una variante naturale del comportamento umano, ma è anche una caratteristica biologica dell'individuo, innata e correlata al DNA. Eventi di discriminazione omo-

46 "*Determinismo o volontarismo? È questa una delle polarizzazioni che più spesso viene avanzata nel dibattito sull'omosessualità*": v. anche per i richiami di dottrina, L. Goisis, *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in questa rivista, 1, 2015, pp. 44 ss.

47 *Science*, 30 Aug 2019, Vol. 365 , pp. 869-870, *https://science.sciencemag.org/content/365/6456/869* (letteralmente*: "Gli studi hanno indicato che l'orientamento e il comportamento omosessuali hanno una base genetica e sono familiari, ma non sono state isolate varianti genetiche specifiche"*).

48 J. Balthazart, *Biologia dell'omosessualità. Eterosessuali o omosessuali si nasce, non si diventa*, Torino, 2020.

49 J. Clerget, *Historicité de l'homosexualité*, Paris, 2007.

50 Il vocabolario Treccani, *sub Omofobia*, III, Roma, 1986, p. 687.

51 Rinvenibile sul sito ufficiale del Parlamento Europeo, al link http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-20060018+0+DOC+XML+V0//IT.

fobica avvengono raramente per un comportamento specifico tenuto dalla vittima (stereotipato quale distintivo dell'omosessuale), bensì per il fatto stesso di essere omosessuale: discriminati per ciò che si è e non per ciò che si fa, o, in altre parole e citando la Senatrice Liliana Segre, discriminati "*per la colpa d'esser nati*"[52].

7. Esistono differenze fra razzismo e omofobia?

Questa è la domanda centrale del presente elaborato.

Si è osservato che con il termine razzismo ci si riferisce a quell'idea (scientificamente superata) secondo la quale la specie umana può essere suddivisibile in razze biologicamente distinte, caratterizzate da diverse capacità intellettive, valoriali, etiche e/o morali, con la conseguente convinzione che sia possibile determinare una gerarchia secondo cui un particolare, ipotetico, raggruppamento razzialmente definito possa essere considerato superiore o inferiore a un altro.

Il concetto di "razzismo" è stato recentemente ampliato oltre la nozione esclusivamente biologica e medica, per approdare ad una nozione c.d. "differenzialista", detto anche "neo-razzismo" o "razzismo culturale", fondato cioè sulla differenziazione di "tipo culturale" fra gruppi diversi[53]; in questa categoria viene ricompreso anche il razzismo "culturale" nei confronti degli zingari o degli islamici (c.d. islamofobia).

Come si diceva, il razzismo "differenzialista", sviluppatosi negli anni 80' e 90' del secolo scorso in sociologia, estendendo il concetto di razzismo originario, ha codificato una definizione di razzismo coincidente con discriminazione, propria del sentire comune. È ad ogni modo opinione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, che il razzismo per esser tale debba essere basato "*sulla qualità del soggetto*" e non su un comportamento[54].

Per quanto concerne l'omofobia, si è visto che essa consiste in un'avversione irrazionale, in un profondo odio nei confronti delle persone omosessuali. Storicamente, questi (comunità LGBTQI+) sono una categoria di persone discriminate da millenni, frammischiandosi, nei corsi e ricorsi storici, critiche morali-religiose a discriminazioni di tipo prettamente razzista[55]. Da ricordare infatti che gli omosessuali sono stati perseguitati dal nazi-fascismo attraverso la deportazione nei campi di concentramento (identificando la comunità degli omosessuali con il tristemente celebre triangolo rosa, e quella lesbica con un triangolo nero) ed il confino. Tuttavia, nell'inserire gli omosessuali fra le categorie da discriminare "a difesa della razza", è stato osservato dagli storici più attenti che si è dato agli omosessuali lo stesso *status* sociale dei rom, degli ebrei e dei neri, classificandoli come una vera e propria razza[56].

Oltre ai precedenti storici, va richiamata l'attenzione sulle ricerche scientifiche recenti sopra citate che spiegano oggi l'omosessualità da un punto di vista genetico e biologico: essere gay non è una scelta, bensì una caratteristica biologica e fenotipica innata, derivante dal DNA.

Si consideri inoltre che le discriminazioni e le aggressioni motivate da odio omofobico si presentano nella maggioranza dei casi non come reazioni ad un comportamento dell'omosessuale (approcci amorosi o manifestazioni di affetto in pubblico) ma come attacchi alle persone LGBT per il semplice fatto che esistono. E le persone LGBT esistono perché il loro DNA conduce all'espressione di quel particolare fenotipo sessuale. Ad ogni modo, anche laddove un'aggressione omofoba dovesse avvenire in seguito ad un comportamento dell'aggredito (esempio: un bacio in pubblico alla persona amata), sarebbe comunque un'aggressione fondata sull'odio per una caratteristica di un individuo, cioè il suo orientamento sessuale, e non per un mero comportamento[57].

In altre parole, differenti razze umane non esistono, ma nella mentalità dei razzisti e dunque nella legislazione anti-razzista, va considerato che anche gli omosessuali sono discriminati come una razza: un gruppo di persone, biologicamente e qualitativamente determinate, inferiori, e non integrabili con gli eterosessuali.

52 G. Colombo – L. Segre, *La sola colpa di essere nati*, Milano, Garzanti, 2021.

53 Si veda altresì https://en.wikipedia.org/wiki/Culturalracism.

54 Nella giurisprudenza della Suprema Corte Italiana: Corte di cassazione, terza sezione penale, 13 dicembre 2007, n. 13234, in *Diritto e Giustizia online* 2008; Corte di cassazione, prima sezione ì penale, 13 dicembre 2019, n. 1602 in *Redazione Giuffrè*, 2020.

55 P. Pedote, *Storia dell'omofobia*, Città di Castello 2011; S. Alliva, *Caccia all'omo*, Roma, 2020.

56 G. Dall'orto, *Il paradosso del razzismo fascista verso l'omosessualità*, in *Nel nome della razza – Il razzismo nella storia d'Italia 1870-1945*, A. Burgio (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 515-525.

57 Sui crimini d'odio omofobico, si veda L. Goisis, *Crimini d'odio*, *ivi*, pp. 461 ss.

L'omofobia è dunque una forma di razzismo.

8. Un'analogia in *malam partem*? È da escludersi

L'innovativa interpretazione dell'art. 604 *bis* c.p., propugnata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Forlì, e sostenuta fortemente dalla Parte Civile Arcigay Rimini "Alan Touring", non è stata accolta dal Tribunale di Forlì, con la motivazione che tale ermeneutica sarebbe una forma mascherata di analogia *in malam partem.*

Premesso che certamente vi saranno ulteriori gradi di giudizio che verteranno sul tema, sia consentito osservare già da ora che quella operata dalla Procura di Forlì è dichiaratamente una interpretazione teleologica ed estensiva dell'aggettivo "razziale" impiegato nella legge Reale Mancino e nel codice penale. Ciò indurrebbe a ritenere che non possa trattarsi di analogia *in malam partem,* per la differenza strutturale esistente fra analogia e interpretazione estensiva[58].

Per "analogia" si intende "*l'operazione intesa ad assegnare alla previsione normativa un significato più ampio di quello risultante dalla portata letterale della stessa: nel dettaglio si sussume nell'ambito di operatività della disposizione un caso non previsto, sulla scorta di un ritenuto rapporto di similitudine con quello espressamente contemplato*"[59]. Come è noto, non è ammessa l'analogia *in malam partem* in materia penale, e tale principio (c.d. di tassatività), che trova fondamento costituzionale all'art. 25, comma 2, Cost. e normativo all'art. 14 delle Preleggi, si considera tradizionalmente un corollario del principio inderogabile di legalità[60].

Di particolare rilievo anche nel presente caso è l'esatta identificazione della dibattuta distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia. Anzitutto diverse sono le finalità tra le due operazioni: la prima è tesa a specificare e dichiarare il significato delle disposizioni al fine di ottenere norme giuridiche, mentre la seconda è uno strumento di integrazione dell'ordinamento volto, come si diceva, a colmarne le lacune. Differenti sono altresì i *modi operandi*: "*l'interpretazione estensiva assegna ad un termine o ad un sintagma un significato più ampio di quello desumibile prima facie dalla dizione letterale della disposizione, facendo rientrare nel suo campo di applicazione anche fattispecie ulteriori, ma pur sempre riconducibili ai possibili significati letterali della disposizione*"; l'operazione analogica estende la disposizione oltre i suoi limiti, applicandola ad un caso da essa non previsto, ma simile[61]. La Suprema corte ha precisato che l'interpretazione estensiva "*mantiene il campo di validità della norma entro l'area di significanza dei segni linguistici coi quali essa esprime, mentre l'analogia stende tale validità all'area di similarità della fattispecie considerata dalla norma. L'interpretazione estensiva è pur sempre legata al testo della norma esistente, il procedimento analogico, invece, è creativo di una norma nuova che prima non esisteva. E ciò spiega perché il procedimento analogico sia incompatibile col principio di legalità, sancito legislativamente dall'art. 1 c.p. e costituzionalmente garantito dal secondo comma dell'art. 25 Cost.*"[62].

58 *Ex multis*, N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 172; W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 2, 1997, pp. 171 ss.; E. Mazzoleni, *Logica ed interpretazione in Norberto Bobbio*, in *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, M. Saporiti (a cura di), Torino, 2016, pp. 177 ss.; S. Panagia, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, pp. 1124 ss.; R. Rinaldi, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, pp. 195 ss.; G. Tuzet, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia*, 2011, pp. 507 ss.; *Id*, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, 2020, pp. 41 ss., e bibliografia *ivi* citata; G. Vassalli, *Analogia (dir. pen.)*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, 1987, pp. 159 ss.; V. Velluzzi, *Sulla nozione di 'interpretazione giuridica corretta' (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in Cassazione penale, 2004, pp. 2588 ss.

59 R. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale e speciale*, Nel Diritto, 2020, 42; Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale parte generale*, Cedam, 2020, pp. 70 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffrè, 2020, pp. 81 ss.; S. Beltrani, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffrè, 2019, pp. 59 ss.; C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, F. Pisa, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffrè, 2019, pp. 140 ss.; T. Padovani, *Diritto penale parte generale*, Giuffrè, 2019, pp. 37 ss.

60 Per una critica al "tabù" illuminista e giuspositivista del divieto di analogia cfr., A. Kaufmann, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, 2003, p. 17; G. Marinucci, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 1254 ss. Kaufmann muove dalla premessa secondo la quale il ragionamento giuridico presenterebbe un carattere strutturalmente analogico, sviluppando le cadenze di quella teoria ermeneutica dell'interpretazione che Marinucci sottopone a critica nel saggio indicato. Si segnala altresì la recente sentenza n. 98 del 2021 della Corte costituzionale italiana, in materia di divieto di analogia in *malam partem,* in www.giurcost.org.

61 R. Garofoli, *ivi*, p. 43.

62 Corte di cassazione, 3 luglio 1991, in *Foro Italiano*, 1992, p. 146.

Sintetizzando, è possibile affermare che l'interpretazione estensiva, a differenza dell'analogia, rimane sempre nei confini letterali ("*entro la cornice letterale*") della disposizione e, pertanto, è pienamente ammissibile in materia penale.

Esattamente come accaduto nella sentenza del Tribunale di Verona citata[63], in cui operando una interpretazione estensiva si era stabilito che "*la norma penale italiana consente di annoverare nell'interdetto antirazzista anche fenomeni di cd. razzismo implicito*", anche nel presente caso si è utilizzata l'interpretazione estensiva del termine razzismo, per includervi la discriminazione di tipo omofobico. Non appare allora corretta la qualificazione del ragionamento esposto come un'"*analogia in malam partem*", in quanto la discriminazione degli individui omosessuali può esser fatta rientrare nell'alveo dei significati del termine razzismo, senza con ciò violare il principio di legalità. Del resto, non esiste una definizione normativa di razzismo, dunque il concetto può e deve essere individuato dagli interpreti[64]. Ritenere che il razzismo penalmente rilevante sia unicamente quello fondato sulla discriminazione per colore della pelle, come ha sostenuto il Tribunale forlivese, è un'impostazione vetusta e superata come si è già sopra esposto[65]. Si pensi semplicemente alle idee antisemite, a mezzo delle quali si è nello scorso secolo anche in Italia discriminata una intera categoria di persone, sulla base di una presunta appartenenza di queste ad una razza, pur non connotata da caratteristiche visibili (per quanto ricercate scientificamente).

Infine, si rammenta, l'utilizzo della interpretazione teleologica presuppone necessariamente la possibilità di distaccarsi dalle volontà del legislatore storico, al fine di permettere alla norma di approdare a significati nuovi, più aderenti alle necessità di tutela del bene giuridico. L'interpretazione teleologica, modello ermeneutico tendenzialmente dominante nella letteratura penalistica, è infatti di tipo oggettivo e cioè "non rivolto al passato" ovverosia "all'intenzione del legislatore", bensì aperto alla dimensione presente e futura della norma[66].

Sono molti peraltro i precedenti giurisprudenziali in cui si è utilizzata l'interpretazione estensiva *in malam partem*, senza sfociare nell'analogia: si pensi al furto di energia elettrica (prima che venisse riformato l'art. 624 c.p.), o al caso delle molestie telefoniche via SMS per l'art. 660 c.p. [67], o ancora l'inclusione delle onde elettromagnetiche nella nozione di "cose" nel reato di getto pericoloso di cui all'art. 674 c.p.[68].

9. Da Forlì a Brasilia: spunti di riflessione (e molto di più) che arrivano dall'altra parte del mondo

Prima di concludere, risulta particolarmente importante richiamare un caso giurisprudenziale avvenuto dall'altra parte del mondo: in Brasile. Trattasi di una (assai corposa) recentissima sentenza del Tribunale Superiore Federale (ADO 26 e MI 4,733), del tutto inedita nella dottrina giuridica nostrana, del giugno 2019 e depositata nell'ottobre 2020[69].

Il verdetto pronunciato dal Supremo Collegio brasiliano, accoglieva due ricorsi dell'Associazione brasiliana lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersex (ABGLT) e del Partito socialista popolare (PPS)[70] promossi nel 2012 e il 2013, i quali denunciavano la mancanza di protezione dalla discriminazione per le persone gay e trans in Brasile, con violazione dei punti XLI e XLII dell'art. 5 della Costituzione della Repubblica Federale Brasiliana del 1988 (principio costituzionale di criminalizzazione di ogni di-

63 Reperibile sul sito dell'Unar, all'indirizzo http://www.unar.it/wp-content/uploads/2014/01/VITA_PUBBLICA_REATI_Tribunale_di_Verona_2_dicembre_2004.pdf.

64 In dottrina si veda il più volte citato C. Visconti, *ivi*, in particolare il paragrafo denominato "*la nozione di razzismo penalmente rilevante*".

65 Il Tribunale in entrambe le sentenze scrive: "*…razza, evidentemente intesa come gruppo di individui empiricamente distinti da caratteri somatici comuni, e così la "razza bianca", "razza nera", "razza gialla", o tornando con la memoria ai tempi più bui della nostra storia, "razza ariana".*".

66 G. Fiandaca, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2019, pp. 137 ss.

67 Corte di cassazione, terza sezione penale, 26 marzo 2004, n. 28680 in *Rivista penale*, 2005, pp. 163 ss.

68 Corte di cassazione, terza sezione penale, 26 settembre 2008, n. 36845, in *Ambientediritto*, 2008 (reperibile al *link* https://www.ambientediritto.it/sentenze/2008/Cassazione/Cassazione_2008_n._36845.htm).

69 Dispositivo e motivazione (566 pagine!) possono essere lette sulla pagina ufficiale del Supremo Tribunale Federale http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053.

70 Difeso dall'avvocato Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, autore di un interessante e dotto articolo sulla rivista brasiliana *Consultor Juridico*: https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo#_ftn3.

scriminazione che attenti ai diritti e alle libertà fondamentali)[71]. In particolare, le associazioni LGBTQI+ brasiliane lamentavano che la legge 7716/1989 puniva solo le condotte discriminatorie motivate da razzismo, lasciando prive di tutele le minoranze da loro rappresentate, accusando quindi il congresso nazionale di omissione[72].

Questo particolare tipo di ricorso (*ação direta de inconstitucionalidade por a omissão*) è un modo di attivazione diretto della Corte Suprema Brasiliana, esperibile anche da associazioni ed enti collettivi, al fine di rilevare mancate applicazioni della Costituzione. Le pronunce di accoglimento hanno efficacia *erga omnes* ed hanno, oltre alla funzione nomofilattica, l'effetto di mettere in mora un organo dello Stato, diffidando lo stesso ad adempiere ai propri doveri costituzionali.

La sentenza pronunciata dal Supremo Tribunale Federale (d'ora in poi STF) è tecnicamente una pronuncia di accoglimento, di tipo interpretativo ("*método da interpretação conforme*"), respingendo le accuse di sentenza additiva[73]: il STF riconosce l'omissione, costituzionalmente illegittima, delle tutele alle minoranze LGBTQI+, stabilisce che questa andrà sanata dal Parlamento con una legge *ad hoc* che punisca l'odio omotransfobico e, tuttavia, senza attendere i tempi della politica, attraverso una (re)interpretazione letterale, teleologica[74] ed evolutiva del concetto di razzismo, include in quest'ultimo altresì l'omofobia e la transfobia ("*le condotte omotransfobiche si qualificano come specie del genere razzismo*")[75].

Vediamo meglio il ragionamento svolto dalla Corte.

Partendo dalla fine, nel dispositivo il STF afferma: "*Il concetto di razzismo, inteso nella sua dimensione sociale, è proiettato oltre gli aspetti strettamente biologici o fenotipici, in quanto risulta, come manifestazione di potere, una costruzione di carattere storico-culturale motivata dall'obiettivo di giustificare la disuguaglianza, e destinata al controllo/dominazione ideologica, politica, sottomissione sociale e negazione dell'alterità, dignità e umanità di coloro che, poiché appartengono a un gruppo vulnerabile (LGBTI +) e poiché non appartengono al gruppo che detiene una posizione di egemonia in una data struttura sociale, sono considerati estranei e diversi, degradati alla condizione di marginali dell'ordinamento giuridico, esposti, per effetto di odiosa inferiorità e perversa stigmatizzazione, ad una ingiusta e dannosa situazione di esclusione dal sistema generale di tutela della legge*"[76]. Riprendendo un proprio precedente (il caso *Ellwanger* HC 82.424 / RS), in cui si era affermato che l'antisemitismo è una condotta razzista e che il razzismo è la dominazione di un gruppo sociale rispetto a un altro, l'STF è partito dall'osservazione che nella propria normativa antirazzista si utilizzano due parole diverse e cioè "razza" e "colore" e dunque, secondo la massima ermeneutica "*la legge non contiene parole inutili*", "razza" non può significare solo "colore"[77]. Essendo l'umanità biologicamente unica, affinché il razzismo non diventi un crimine impossibile, si è affermato che esso è un concetto politico-sociale - storico, antropologico e sociologico (*ratio decidendi* della decisione). "*Il concetto di razza è fluido, cosicché diventa possibile l'emergere di nuovi gruppi considerati razze e la scomparsa di altri gruppi razzializzati*"; "*In realtà, il significato di "razza" - che non è limitato o limitato a un concetto di carattere strettamente fenotipico - rappresenta una costruzione sociale arbitraria, sviluppata in un determinato momento storico, mirante a creare meccanismi per giustificare la disuguaglianza, con l'istituzione di gerarchie artificialmente sostenute dall'egemonia di un certo gruppo di persone sugli altri strati esistenti in una particolare formazione sociale. È per questo motivo che il con-*

71 "*qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*" recita la Costituzione Federale Brasiliana, art. 5º, XLI.

72 S.C. Araùjo Lopes, *Criminalization of homophobia. A trial at the Brazilian Supreme Court*, in *The Unwritten Brazilian Constitution: Human Rights in the Supremo Tribunal Federal*, Rubens Becak (a cura di), Jairo Lima, pp. 111 ss.

73 V. in particolare la dotta e corposa motivazione di voto del Relatore, Celso de Mello, alla quale il collegio ha sostanzialmente aderito con votazione di 8 contro 3, in https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190221-01.pdf.

74 Per quanto non espressamente esplicitata dalla sentenza e dai commentatori, l'interpretazione teleologica appare utilizzata, visto il continuo riferimento alla necessità di tutelare la dignità delle persone LGBT+ e garantire l'uguaglianza.

75 Alle ultime due pagine della motivazione (nel dispositivo) vi sono queste significative parole al punto d): "*que as práticas homotransfóbicas qualificam se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável emmquestão*".

76 Dispositivo §3. http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Si noti che la Corte brasiliana recepisce quello che è l'assunto fondamentale della "*Critical Racial Theory*" americana: un movimento di giuristi che, a partire dalla metà degli anni '80 del secolo scorso, ha riletto e criticato il fenomeno giuridico assumendo il fattore dell'appartenenza razziale come paradigma epistemologico e normativo. Per un'analisi V. G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, XXXIX, 2, 2008, pp. 287 ss.

77 C. de Mello, *ivi*, pp. 80 ss.

cetto generale e astratto di razzismo ha un carattere ampio, sotto la cui egida diventano inquadrabili le pratiche di omofobia e transfobia" afferma la Corte[78].

La STF ricorda che anche nella comunità internazionale è accolta tale nozione ampia di razzismo: *"Infatti, l'esame del contenuto materiale degli statuti internazionali che compongono il Sistema globale per la protezione dei diritti umani - Dichiarazione universale dei diritti umani (1948), Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (1965), International Covenant on Civil and Political Rights (1966), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), Durban Declaration and Program of Action (2001), tra gli altri - rivela che la comunità internazionale ha scelto il termine razzismo come espressione che designa, sotto lo stesso segno, tutte le forme di discriminazione e intolleranza che, rappresentando la negazione dell'uguaglianza e della dignità che qualificano gli esseri umani, alimentano l'odio e la divisione tra gruppi sociali"*[79].

Significativi e quasi poetici alcuni passaggi della sentenza *"In una parola: né pagani né ebrei; né patrizi né gente comune; né omosessuali né transessuali; né cisgender né transgender. Senza alcuna gerarchia o distinzione di origine, razza, confessionale o orientamento alla fortuna, siamo tutti persone, essenzialmente dotate di pari dignità e impregnate di ragione e coscienza, identificate dal legame comune che ci proietta, nella solidarietà, nella dimensione infinita dell' umanità*"[80].

Lo *step* successivo è stato considerare l'omotransfobia una *species* del *genus* razzismo ed includerla nei crimini razziali ("di razza", ad esempio, articolo 20 della legge 7.716/89[81]). Attenzione: non per "analogia", perché "criminalizzare per analogia" richiederebbe che l'omotransfobia fosse "grave come" il razzismo[82], cioè che merita la stessa punizione, ma non è questo che l'STF ha riconosciuto. E' stata invece compiuta un'interpretazione letterale dei termini "razza" e "razzismo", o meglio, evolutiva, se si considera che questi avevano originariamente un significato tipicamente biologico[83]. Trattasi di "*mera sussunzione di comportamenti omotransfobici ai vari precetti di incriminazione primaria definiti nella legislazione penale già esistente (legge n. 7.716 / 89, in questo caso), in quanto atti di omofobia e la transfobia costituiscono manifestazioni concrete del razzismo, inteso nella sua dimensione sociale: il cosiddetto razzismo sociale"*[84].

Un'interpretazione che rimane nei limiti segnati dalla cornice letterale del quadro normativo, fondata su un concetto – il razzismo differenzialista - già affermato in un precedente della stessa Corte Suprema, avallato da decenni dalla letteratura americana contro il razzismo. Non c'è un'"intollerabile vaghezza", né violazione del principio di tassatività: i giudici non hanno creato nuove norme ma solo correttamente interpretato quelle già esistenti. Del resto, come affermano i commentatori[85], se non fosse consentito ai giudici di interpretare le norme, vi sarebbe un'anacronistica resurrezione delle tesi illuministiche che consideravano il giudice "*bouche de la loi*", che poteva solo svolgere "il sillogismo perfetto",

78 C. de Mello, *ivi*, pp. 70 ss., p. 97.

79 C. de Mello, *ivi*, p. 81.

80 C. de Mello, *ivi*, p. 77.

81 Che afferma essere reato "*praticare, indurre o incitare al pregiudizio o alla discriminazione*" per razza, colore, etnia, religione o origine nazionale.

82 Concetto già sostenuto nella giurisprudenza EDU: Corte europea dei diritti dell'Uomo, sezione quinta, sentenza del 9 febbraio 2012, *Vejdeland* e altri c. Svezia. Per un autorevole commento, 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 *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2013, 418. La sentenza può esser letta in http://www.articolo29.it/decisioni/corte-europea-dei-diritti-delluomo-prima-sezione-vejdeland-e-altri-contro-svezia-decisione-del-9-febbraio-2012/.

83 C. de Mello, *ivi*, p. 80: "*Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de "raça" – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas*".

84 C. De Mello, *ivi*, p. 95

85 P. R. Iotti Vecchiatti, *Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo*, in *Consultor Juridico*, www.conjur.com, 2019.

per dirla alla Beccaria[86]: qualcosa di certamente incompatibile con la realtà odierna del diritto penale, da alcuni addirittura definito "giurisprudenziale"[87].

La STF brasiliana non è la sola a sostenere tale interpretazione del razzismo inclusiva dell'omofobia. Viene citato il parere del Procuratore generale presso la Corte Suprema[88] e, significativamente, Guilherme De Souza Nucci: professore, giudice, autore del manuale di diritto penale maggiormente utilizzato presso le università del Brasile, da molti considerato il più autorevole penalista dell'intera America latina. "*La razza è un termine infelice e ambiguo*" – sostiene il prof. Nucci - *"poiché significa sia un gruppo di persone con gli stessi caratteri somatici, sia un gruppo di individui della stessa origine etnica, linguistica o sociale. Insomma, la razza è un gruppo di persone che condividono idee o comportamenti comuni, che si uniscono per difenderli, senza necessariamente costituire un insieme omogeneo di persone fisicamente simili. Per inciso, in questo modo, gli omosessuali discriminati possono, ai fini dell'applicazione della presente legge, essere considerati un gruppo razziale. (...) Ci sembra che si tratti di razzismo, poiché, sulla scia dell'interpretazione data dalla STF, qualsiasi forma di "fobia", diretta all'essere umano, può essere manifestazione "razzista". Ecco perché è inserito nel contesto della Legge 7.716 / 89. Non è possibile parlare dell'utilizzo di un'analogia "in malam partem". Non si intende, in un processo di assimilazione per somiglianza, considerare l'ateo o l'omosessuale qualcuno "simile" al membro di una certa "razza". Al contrario, si nega che esista un valido concetto di "razza" per definire qualsiasi gruppo umano, cosicché il "razzismo" o, se preferibile, la discriminazione o il pregiudizio di "razza" è solo una manifestazione del pensiero segregazionista, mirato a dividere gli esseri umani, secondo criteri frivoli e arbitrariamente eletti, in caste, privilegiando alcuni rispetto ad altri. Andiamo oltre. Impedire, ad esempio, a una persona povera di entrare in un esercizio commerciale è pura discriminazione. Sebbene la "povertà" non sia, nel criterio semplicistico del termine, una "razza", è un meccanismo estremamente semplice per differenziare gli esseri umani. Pertanto, è una mentalità "razzista". Essere un ebreo, allo scopo di considerare gli atti antisemiti come manifestazioni di "razzismo", quindi un crimine imprescrittibile, era un'interpretazione costituzionalmente valida. Pertanto, essere ateo, omosessuale, povero, tra gli altri fattori, può anche essere un elemento di valutazione ragionevole per mostrare la ricerca di qualsiasi gruppo egemonico per rimuovere individui indesiderabili dalla vita sociale. Non può essere considerato 'razzismo' attaccare gli ebrei, solo a causa di fatti storici deplorevoli, come l'olocausto, ma, soprattutto, perché tutti sono esseri umani e la 'razza' è un concetto enigmatico e ambiguo, che merita, quindi, un'interpretazione secondo i precetti di uguaglianza, proclamati dalla Costituzione federale, in funzione dello Stato di diritto democratico"*[89].

Certamente quella brevemente analizzata è una sentenza rivoluzionaria per il Brasile[90], che al di là degli aspetti sociali sui quali agisce in quel paese, potrà fungere anche da precedente giurisprudenziale significativo per casi analoghi in ogni parte del globo.

Voci contrarie ed aspre polemiche in un paese come il Brasile (attualmente a maggioranza conservatrice), non potevano mancare. Per quanto riguarda le critiche in punto di diritto, le accuse di analogia *in malam partem*[91] sono state forse meno pesanti di quelle di aver violato il principio di legalità e la separazione dei poteri[92]. Ad ogni modo, nessuna critica appare insuperabile[93].

86 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1763, Cap. IV: "*In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza*".

87 A. Manna, *La storia del diritto penale "giurisprudenziale"*, in *Il diritto di difesa*, www.dirittodidifesa.eu, 2021,; *Id.*, *Il principio di legalità*, in *Archivio Penale*, 3, 2017.

88 C. De Mello, *ivi*, p. 87: "*l'omofobia deriva dalla stessa intolleranza che ha dato origine ad altri tipi di discriminazione, come quelli in ragione di colore, origine nazionale, religione, etnia, classe, genere*", arrivando a riconoscere, quindi, che "*la pratica del razzismo include atti omofobici e transfobici*" (traduzione nostra).

89 G.D.S. Nucci, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, item n. 8, 5a ed., Rio de Janeiro, RT, 2014, p. 305 e citato in C. De Mello, *ivi*, pp. 87-88.

90 È stata anche definita come la più "*ativistas*" delle sentenze della corte suprema, L.R. Barroso, *O Supremo Tribunal Federal ainda no olho do furacão*, in *Consultor Juridico*, www.conjur.com, 2019.

91 *Ex multis*, F. Valente, *Não cabe ao Supremo criminalizar homofobia, diz advogado criminalista*, in *Consultor Juridico*, www.conjur.com, 2019.

92 Cfr. R. Gesta Leal, *LGBTfobia não é crime de racismo, por enquanto*!, in *Consultor Juridico*, www.conjur.com, 2019; G. Badarò, *Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista*, in *Jota*, 2019; C. de Mello, *ivi*, p. 100: "*Penso che, nel caso in corso di valutazione, non vi sia alcuna ricostruzione giurisdizionale di tipi criminali, non si estende la legislazione penale a situazioni o comportamenti assolutamente estranei o privi di collegamento con la descrizione tipica ivi contenuta, né compie eventuali innovazioni nel piano dell'ordinamento penale*".

93 P.R. Iotti Vecchiatti, *ivi*.

10. Conclusioni

La tesi della Procura di Forlì - sintetizzabile nella formula "l'omofobia è una forma di razzismo" - appare ben argomentata e giuridicamente condivisibile.

La scienza (in molti campi del sapere: medico-psichiatrico, biologico, genetico, sociologico, psicologico e storico) ha chiarito che gli omosessuali sono una comunità di persone aventi un orientamento sessuale connaturato alla persona, spesso innato, e con caratteristiche geneticamente e biologicamente (pre)determinate. La comunità, oggi universalmente indicata come LGBTQI+, è stata nel corso della storia (ed è ancora) bersaglio di discriminazione, sia sotto il profilo individualistico morale-religioso, sia sotto il profilo comunitario razziale, connotata dall'assioma della superiorità eterosessuale (e cis-sessuale) e dell'inutilità per la società degli omosessuali, in una visione di procreazione ed evoluzione della specie. Gruppi di chiara ispirazione nazi-fascista e xenofoba - e molte religioni - propugnano ancora oggi la tesi che gli omosessuali sarebbero "un abominio"[94], "contro natura", fonte di disordine socio-culturale ed educativo, una "*razza inferiore*", in senso etimologico, che cioè neppure rientrerebbero nell'ordine naturale del genere umano e, pertanto, da escludere dalla società e dalle istituzioni, da sottoporre a persecuzioni oppure da relegare ad una sfera privatissima (sono noti, peraltro, i problemi psicologici legati al c.d. *coming out*, ancora oggi in molti dei paesi occidentali).

Considerare allora l'omofobia come una delle forme di razzismo contemporaneo[95] è non solo corretto storicamente e scientificamente come si è detto, ma anche giuridicamente: la discriminazione omofobica avviene sulla base dell'orientamento sessuale e dunque sulla base di una caratteristica determinata biologicamente, allo stesso modo di quanto accade nella discriminazione razziale, ad esempio nei confronti dei neri. Conseguenza di tale ragionamento è che ogni normativa anti-razzista va necessariamente applicata anche ai casi di odio e discriminazione nei confronti degli omosessuali. Ciò può avvenire per via ermeneutica, e cioè tramite l'interpretazione del diritto o con leggi *ad hoc.* Anche in ambito penale infatti, fondato sul principio di stretta legalità, l'interpretazione teleologica ed estensiva è ammessa.

Una conclusione dirompente quella propugnata dalla Procura di Forlì e dalla Parte Civile Arcigay Rimini, ma che si presenta come necessaria, doverosa ed intellettualmente onesta, che tiene conto degli sviluppi della scienza, degli insegnamenti della storia, e del mutamento sociale e culturale degli ultimi decenni. Ciò si presenta rispettoso del principio di uguaglianza e non discriminazione. È infatti nella logica del principio di uguaglianza trattare allo stesso modo le situazioni identiche: così appaiono ad esempio la discriminazione per il colore della pelle o l'antisemitismo e l'omofobia.

A ben vedere, il contrario, e cioè non punire l'omofobia, sarebbe una truffa delle etichette, una discriminazione fra le discriminazioni, oltre che un'iniqua gerarchizzazione delle sofferenze patite da gruppi ugualmente discriminati.

94 Chiaro il riferimento all'episodio biblico di Sodoma, descritto nella Genesi (19, 1-29); ne ho parlato in A. Cirelli, *L'odio «che non osa pronunciare il proprio nome»*, in *Nessun Dogma*, 4, 2021, 14 ss.

95 A. Pompeu, *Homofobia é forma de racismo contemporâneo, afirma Celso de Mello*, in *Consultor Juridico*, www.conjur.com, 2019; Cfr. M. Winkler, *L'omofobia è razzismo*, in Ilfattoquotidiano, 7 giugno 2010.

*Paola Torretta**

La parità di genere nelle elezioni dei piccoli Comuni: quali garanzie per l'uguale accesso alle cariche elettive? Note a margine di Consiglio di Stato, Sez. III, ord. 4 giugno 2021, n. 4294

Sommario

1. La legge n. 215/2012 e i diversi livelli di tutela dell'eguale accesso alle cariche elettive nelle elezioni Comunali: l'assenza di 'quote di genere' per le liste dei Comuni sotto i 5.000 abitanti. - 2. La parità di genere nelle elezioni dei piccoli Comuni: una garanzia costituzionalmente necessaria o un mero auspicio del legislatore? - 3. Quella 'singolare' questione di legittimità costituzionale: la richiesta di un'additiva di prestazione in materia elettorale? - 4. I possibili sviluppi del giudizio di costituzionalità: osservazioni conclusive.

Abstract

Il Consiglio di Stato, con ordinanza 4 giugno 2021, n. 4294, ha sollevato questione di legittimità costituzionale rispetto alla disciplina del procedimento elettorale per le elezioni dei Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, nella parte in cui non assicura la necessaria rappresentanza di entrambi i generi nelle liste elettorali e perché non prevede il "regime sanzionatorio *sub specie* "esclusione della lista" per le liste elettorali presentate in violazione del principio di parità dei sessi.

L'autore, pur condividendo le motivazioni che sostengono la non conformità a Costituzione della normativa impugnata, esprime perplessità rispetto alla richiesta di una pronuncia additiva di prestazione, in ragione della consolidata giurisprudenza costituzionale sulla discrezionalità del legislatore in materia elettorale.

The Council of State referral order of June 4, 2021, n. 4294 raised the question of unconstitutionality of the legislation concerning the electoral procedure for the elections of municipalities with a population of less than 5,000 inhabitants "in the part it does not provide for the necessary representation of both genders in the electoral lists" and because it does not provide for the "sanctioning regime sub specie "exclusion of the list"" for the electoral lists presented in violation of the principle of equality between men and women.

The author, while sharing the reasons supporting the non-compliance of the contested rules with the Constitution, expresses perplexity with respect to the request for a 'benefit additive' judgement, due to the consolidated orientation of the Constitutional court about legislative discretion in the field of the electoral rules.

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Parma.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. La legge n. 215/2012 e i diversi livelli di tutela dell'eguale accesso alle cariche elettive nelle elezioni Comunali: l'assenza di 'quote di genere' per le liste dei Comuni sotto i 5.000 abitanti

Con ordinanza 4 giugno 2021, n. 4294 il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 71, comma 3-bis, D.lgs. n. 267/2000, "nella parte in cui non prevede la necessaria rappresentanza di entrambi i generi nelle liste elettorali nei Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti" e dell'art. 30, comma 1, lett. d) bis e lett. e), D.p.r. n. 570/1960, "nella parte in cui esclude dal regime sanzionatorio *sub specie* "esclusione della lista", le liste elettorali presentate in violazione del principio di parità dei sessi in riferimento ai Comuni con meno di 5.000 abitanti".

L'intervento del Giudice delle leggi viene richiesto alla luce della carenza di prescrizioni che, per le elezioni dei piccoli Comuni, stabiliscano un vincolo di rappresentatività di entrambi i generi e contestualmente dispongano la ricusazione, a titolo sanzionatorio, delle liste che non rispettino tale regola.

Il dubbio di legittimità costituzionale sorge in sede di impugnazione della sentenza con cui il T.A.R. Campania[1] ha rigettato il ricorso di due elettori e componenti di una lista elettorale partecipante alle elezioni per il rinnovo del Consiglio comunale di Castello del Matese, nel settembre 2020[2]. I ricorrenti chiedevano che fosse accertata l'illegittimità dell'operato della Sottocommissione elettorale circondariale, per non aver proceduto all'esclusione dell'unica lista concorrente, non presentando quest'ultima alcuna candidatura femminile; di conseguenza, avanzavano altresì domanda di annullamento dell'elezione dei candidati di detta lista, in quanto la mancata ricusazione della stessa avrebbe compromesso l'eguale partecipazione dei gruppi politici alla competizione elettorale e alterato il risultato finale.

Poiché, infatti, le liste presentate per l'elezione del Consiglio comunale furono soltanto due, l'esclusione di quella formata senza rispettare la rappresentanza di entrambi i sessi avrebbe comportato l'assegnazione di tre seggi all'altra.

A fondamento della propria pronuncia, il giudice di prime cure rileva come le modifiche apportate dalla legge n. 215/2012 al D.lgs. n. 267/2000 e al D.p.r. n. 570/1960, benché prevedano strumenti di tutela della parità di genere nelle elezioni comunali, non abbiano individuato, al riguardo, alcuna specifica misura di protezione di tale istanza egualitaria nei Comuni sotto i 5.000 abitanti. Tale 'lacuna', in sede di appello, diviene oggetto della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di Stato, alla luce dei parametri degli artt. 3 e 51 Cost., oltre che dell'art. 14 CEDU e dell'art. 1 Protocollo Addizionale n. 12, in combinato disposto con l'art. 117, comma 1, Cost.

Il giudice rimettente, ricostruendo il contesto normativo in materia, prende atto che la legge n. 215/2012 ha previsto un differenziato regime di promozione della rappresentanza di genere nelle elezioni comunali, articolato su tre modelli di tutela delle pari opportunità di esercizio del diritto di elettorato passivo, la cui intensità cresce con l'aumentare della densità demografica del Comune interessato. In questo triplice schema di tutela della parità di genere, tuttavia, la soglia di protezione del sesso sotto-rappresentato, assottigliandosi sempre più con il ridursi della dimensione demografica dell'ente territoriale, pare di fatto 'esaurirsi' con riferimento alle elezioni dei piccoli Comuni.

Ma andiamo con ordine. Nei Comuni con popolazione compresa fra i 5.000 e i 15.000 abitanti e per quelli con più di 15.000 abitanti il legislatore specifica che "nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati" [3], mentre non esiste alcuna previsione del genere per i piccoli Comuni.

Allo stesso modo, solo nelle realtà territoriali maggiormente popolate è presente un sistema sanzionatorio a sostegno del riequilibrio della rappresentanza dei sessi nelle competizioni elettorali.

Nello specifico, per i Comuni con più di 15.000 abitanti, l'art. 33, comma 1, D.p.r. n. 570/1960 (come modificato dall'art. 2, comma 2, lett. b), punto 1), L. n. 215/2012) dispone - con una protezione che può definirsi di "massimo livello"[4] - che la Commissione elettorale circondariale, in caso di mancato rispetto delle disposizioni sulle pari opportunità di genere, riduce la lista cancellando, partendo dall'ultimo, i nomi dei candidati appartenenti al genere sovra-rappresentato, fino a rientrare nel limite massimo dei due terzi.

1 Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione seconda), sentenza del 16 dicembre 2020, n. 6185.

2 La lista "Castello unita".

3 Cfr. art. 2, comma 1, lett. c), punto 1), della L. n. 215/2012, che ha aggiunto il comma 3-bis all'art. 71 del D.lgs. n. 267/2000 e art. 2, comma 1, lett. d), punto 1), della L. n. 215/12 che ha aggiunto un periodo al comma 1 dell'art. 73 del D.lgs. n. 267/2000.

4 Queste le parole del Consiglio di Stato nell'ordinanza in commento.

Se per effetto di tale riduzione – e qui entra in gioco la seconda e radicale penalità (di carattere escludente) – la lista viene ad avere un numero di candidati inferiore al minimo prescritto, la Commissione procederà alla ricusazione della medesima, precludendone così la partecipazione alla competizione elettorale.

Nei Comuni con popolazione compresa tra i 5.000 e i 15.000 abitanti, la protezione offerta dalla legge appare più attenuata, ma comunque idonea a garantire un processo di riequilibrio della rappresentanza dei sessi nelle assemblee elettive e negli organi esecutivi. L'art. 30, comma 1, lett. d) bis, D.p.r. n. 570/1960 (come modificato dall'art. 2, comma 2, lett. a), punto 1), L. n. 215/2012) dispone che, in caso di inosservanza della disciplina, la Commissione elettorale circondariale riduce la lista espungendo i candidati appartenenti al genere rappresentato in misura eccedente i due terzi del totale, ma al contempo specifica che tale operazione di riequilibrio non può arrivare a "determinare un numero di candidati inferiore al minimo prescritto per l'ammissione della lista". Ne consegue che l'effetto sanzionatorio, in tal caso, non può spingersi fino alla ricusazione della lista, ma si arresta di fronte alla soglia minima di candidature prescritta per l'ammissibilità delle liste elettorali.

Niente di tutto questo assiste, invece, l'istanza di un'eguale partecipazione di uomini e donne alle assemblee elettive dei piccoli Comuni.

Sebbene infatti l'art. 71, D.lgs. n. 267/2000, rubricato "*Elezione del sindaco e del consiglio comunale nei Comuni sino a 15.000 abitanti*", preveda, al comma 3-bis, che "*nelle liste dei candidati è assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi*"[5], per i Comuni sotto i 5.000 abitanti nulla dispone in merito alle modalità in cui tale regola debba concretizzarsi, in termini di quote di candidature di genere, ai fini della definizione delle liste elettorali. Parimenti, l'art. 30, comma 1, lett. d) bis e lett. e), D.p.r. n. 570/1960 prescrive strumenti sanzionatori solo per la violazione del principio della parità di genere per i Comuni con popolazione superiore ai 5.000 abitanti.

Scopo dell'ordinanza del Consiglio di Stato è dunque mettere in luce come, in linea di principio, la legge n. 215/2012 sancisca la garanzia della parità di genere per le elezioni di tutti i Comuni e, nondimeno, non contempli, per i Comuni sotto i 5.000 abitanti, alcun vincolo di riserva di candidature femminili per la formazione delle liste elettorali, né alcuna forma di sanzione (e quindi di tutela) nel caso sia violato il principio di parità.

Si tratta di un 'silenzio' che il giudice rimettente, basandosi sui lavori preparatori di questa legge e su una lettura sistematica delle disposizioni in materia, qualifica opportunamente come 'voluto', proprio nell'ottica di escludere gli enti comunali di ridotte dimensioni da un effettivo sistema di garanzia dell'eguaglianza (non solo formale, ma anche sostanziale) in relazione al godimento del diritto di accedere alle cariche elettive.

Questo elemento inoltre, insieme al particolare oggetto della disciplina sospettata di incostituzionalità, connotato da un ampio margine di discrezionalità del legislatore[6], e al carattere sanzionatorio/afflittivo di alcune delle disposizioni considerate, ha condotto il Consiglio di Stato a non ritenere applicabile in via analogica alla fattispecie esaminata la disciplina varata per i Comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti. Con la conseguenza di non poter addivenire ad una lettura costituzionalmente orientata delle norme censurate.

Un'interpretazione estensiva dell'art. 71, comma 3-bis, D.lgs. n. 267/2000, diretta a far ricomprendere in tale previsione ciò che in realtà non esplicita (ossia lo stesso sistema di tutela della parità dettato per le realtà comunali più ampie) avrebbe integrato, in effetti, un'attività con connotazioni creative estranea alla funzione giurisdizionale.

Infine, sempre nell'ambito delle valutazioni che concorrono ad attivare il sindacato di costituzionalità, lo stesso giudice *a quo* dichiara di non poter procedere nemmeno alla disapplicazione delle disposizioni impugnate per contrasto con l'art. 23 della Carta dei diritti dell'Unione europea, essendo detta norma priva di effetti diretti, "quanto meno con riferimento alla legislazione promozionale, rimettendo al legislatore nazionale la scelta dei migliori strumenti per l'affermazione del principio di parità".

Il Consiglio di Stato, sul punto, non aggiunge altre spiegazioni, ma pare fare riferimento a quella giurisprudenza della Corte di Giustizia che distingue fra norme e principi della Carta di Nizza. Le pri-

5 Comma inserito dall'art. 2, comma 1, lett. c), n. 1, L. n. 215/2012.

6 Il Consiglio di Stato, sul punto, richiama la consolidata giurisprudenza costituzionale secondo cui, in tale ambito, il controllo di costituzionalità è teso a verificare, secondo il criterio della ragionevolezza, che la misura predisposta dal legislatore sia idonea, necessaria e proporzionata "in senso stretto". Anche nelle più recenti decisioni riguardanti la materia elettorale (Corte costituzionale, sentenza del 13 gennaio 2014, n. 1, in *Foro italiano*, 2014, 3, I, pp. 666 ss. e Corte costituzionale, sentenza del 9 febbraio 2017, n. 35, in *Foro italiano*, 2017, 3, I, pp. 745 ss.), il Giudice delle leggi ha ribadito che il sindacato di costituzionalità deve "valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi".

me, a contenuto più dettagliato, non richiedono ulteriori specificazioni mediante disposizioni nazionali o dell'UE e sono dotate, quindi, di effetti diretti; i secondi invece, privi di queste caratteristiche, sono inidonei "a conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale"[7].

Allo stesso modo, il giudice rimettente non fa alcun cenno esplicito al cambio di rotta compiuto dalla Corte costituzionale rispetto al tema della 'concorrenza' fra il parametro interno e quello 'comunitario-interposto' (rappresentato dalla Carta dei diritti UE) nelle dinamiche del giudizio di legittimità costituzionale. Pur nell'economia di questo lavoro, merita di essere ricordato che la sentenza n. 269/2017[8] sembrava aver introdotto alcune deroghe in merito ai compiti dei giudici comuni rispetto alla 'gestione' del conflitto fra norme interne e dell'UE, qualora questa antinomia riguardasse il rispetto di diritti previsti dalla Carta di Nizza.

Oggi la situazione pare mutata a favore di un ritorno al ruolo decisivo del giudice comune nella garanzia del primato del diritto UE. È da segnalare, infatti, il superamento del rigido schema della "doppia pregiudizialità" con cui il Giudice delle leggi aveva rivendicato la propria esclusiva competenza di garante dei diritti costituzionali, al fine di impedire che la disapplicazione di una norma interna in conflitto con un diritto previsto dalla Carta di Nizza (oltre che dalla Costituzione) potesse "trasmod[are] in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge"[9].

La sentenza n. 63/2019[10], in caso di contrasto di una norma interna con la Costituzione e contemporaneamente con la Carta dei diritti UE, ha ristabilito il potere del giudice comune di ricorrere al rinvio pregiudiziale, anche prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, così come il potere dello stesso di ricorre al rinvio pregiudiziale per qualsiasi profilo di incompatibilità con la Carta di Nizza, anche già vagliato in un precedente sindacato di costituzionalità, nonché il dovere di non applicare la disposizione interna che si riveli in contrasto con una norma della Carta dei diritti (dotata di efficacia diretta)[11].

Per tornare ai termini della questione di legittimità costituzionale in esame, il Consiglio di Stato, in punto di rilevanza, evidenzia infine come la valutazione della domanda avanzata dai ricorrenti, ad impugnazione della decisione del T.A.R. Campania, non possa prescindere da una preliminare verifica sulla compatibilità costituzionale delle disposizioni legislative che hanno in un certo qual modo 'esonerato' i Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti da un sistema di garanzie effettive dell'eguaglianza dei sessi nell'accesso alle cariche elettive.

Una 'scelta' che il Consiglio di Stato considera lesiva degli artt. 3 e 51 Cost., così come dei riferimenti internazionali e sovranazionali sul rispetto della parità fra uomini e donne (in particolare, l'art. 14 CEDU e l'art. 1 Protocollo Addizionale n. 12) che in questo ambito sono da ritenersi parte integrante del parametro di costituzionalità, in ragione delle ormai radicate dinamiche di dialogo attraverso cui l'ordinamento nazionale interagisce, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., con il sistema globale – multilivello - di protezione dei diritti fondamentali.

7 Sul punto, cfr. Corte di giustizia UE, Sentenza del 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT e altri*, causa C-176/12. Nello stesso senso, in riferimento agli artt. 21 e 47 della Carta dei diritti UE, Corte di giustizia UE (Grande Sezione), sentenza del 17 aprile 2018, *Egenberger*, causa C-414/16.

8 Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 7 novembre *2017*, n. *269, in Giurisprudenza Costituzionale, 2017, 6, p. 2925 ss*. Con tale pronuncia la Corte obbligava il giudice a sollevare prioritariamente una questione di costituzionalità qualora una norma interna contrastasse con un diritto previsto dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti UE e, allo stesso tempo, consentiva allo stesso di disapplicare la norma nazionale oppure, in caso di dubbio, di chiedere l'interpretazione della Corte di giustizia, soltanto "per altri motivi" rispetto a quelli già presi inconsiderazione dal sindacato di costituzionalità. Su questa decisione, v., fra i tanti, A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self–executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it., 2017, 3, pp. 1 ss.; M. Massa, *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 2, www.osservatoriosullefonti.it, pp. 10 ss.; C. Masciotta, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 3, www.osservatoriosullefonti.it, p. 1259 ss.; G. Repetto, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2019, 4, pp. 1 ss.

9 Ancora Corte costituzionale, sentenza del 7 novembre *2017*, n. *269, cit., pp. 2925 ss*.

10 Confermata anche da Corte cost. 11/2020.

11 In argomento, oltre alla bibliografia citata alla nota n. 7, v. anche A. Ruggeri, *Il giudice e la 'doppia pregiudizialità': istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, 2021, 6, www.federalismi.it, pp. 1 ss.

2. La parità di genere nelle elezioni dei piccoli Comuni: una garanzia costituzionalmente necessaria o un mero auspicio del legislatore?

Al fine di giustificare, nel senso della non manifesta infondatezza, il ricorso al sindacato costituzionale, il Consiglio di Stato ripercorre la normativa italiana che, in tutti gli ambiti della vita sociale e pubblica, e in particolare nei processi economici, decisionali e politici del Paese, è diretta a favorire la piena implementazione delle pari opportunità fra i sessi.

Questa disamina serve al giudice rimettente per evidenziare come negli ultimi tempi si sia affermata "un'attenzione sempre crescente al tema della parità di genere"; una sensibilità che taglia ormai trasversalmente ogni ambito dell'ordinamento e non riguarda, quindi, solo (dopo il famoso *revirement* della giurisprudenza costituzionale[12]) la promozione del sesso sotto-rappresentato nell'accesso alle cariche pubbliche ed elettive. Il legislatore si è impegnato, soprattutto attraverso il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna[13], non solo a perseguire, ma ad assicurare la garanzia costituzionale dell'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) rispetto a tutti gli strumenti di sviluppo della personalità umana: dall'istruzione alla formazione e qualificazione professionale; dall'accesso all'impiego al trattamento economico e retributivo; dalla progressione di carriera al riequilibrio di genere nelle posizioni apicali; dall'organizzazione del lavoro, per favorire le possibilità di conciliare vita privata e professionale, alla ricerca di una più equa ripartizione di responsabilità e compiti familiari fra i sessi.

Nel campo delle competizioni elettorali, il Consiglio di Stato, muovendo dal dato costituzionale, sottolinea come l'art. 51 della Carta fondamentale attribuisca alla "Repubblica", in tutte le declinazioni territoriali in cui è articolata, l'obbligo di adottare misure positive per ridurre il divario fra i generi nella composizione delle Assemblee elettive[14].

Un intervento, di natura 'compensativa', che risponde alla istanza costituzionale di 'costruzione' di un'architettura istituzionale improntata al canone supremo della sovranità popolare (art. 1 Cost.), introducendo nei processi decisionali di tutte le comunità che concorrono a realizzare la connotazione autonomistica dell'ordinamento, quella pluralità di vedute, sensibilità e prospettive che è data proprio da un'equilibrata presenza di entrambi i sessi nelle sedi rappresentative e che è, al pari di tutti i profili

12 Come è noto, il Giudice delle leggi ha inizialmente posto un blocco a previsioni legislative contemplanti l'obbligo per i partiti di adottare misure positive di riequilibrio della presenza dei sessi nella presentazione delle candidature (Corte costituzionale 12 settembre 1995, n. 422, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, pp. 3255 ss., con note di U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*, *ivi*, pp. 3268 ss. e G. Brunelli, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, *ivi*, pp. 3272 ss). Un ostacolo che sembrava potersi aggirare solo con una modifica della Carta fondamentale, almeno fino al *revirement* che ha subito l'orientamento della Corte con la sentenza 13 febbraio 2003, n. 49, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, pp. 353 ss. Sulla questione qui brevemente ricordata si rinvia alla vasta e approfondita letteratura esistente: cfr., fra i tanti, A. D'Aloia, *Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive: uno sguardo all'esperienza italiana*, in *Donne, politica e processi decisionali*, L. Califano (a cura di), Torino, 2004, pp. 31 ss.; G. Brunelli, *Donne e politica*, Bologna, 2006, *passim* e M. D'Amico, *Rappresentanza politica e genere*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, M. Barbera (a cura di), Milano, 2007, pp. 347 ss. A. Falcone, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, p. 1 ss.

13 D.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

14 Ancor prima dell'ingresso, nell'art. 51 Cost., di una previsione che sollecita la Repubblica (potere centrale e poteri regionali e locali) a «*promuove[re] con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini*» (con l. cost. n. 1/2003 su cui v. per tutti E. Rossi, *Legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1. Modifica dell'articolo 51 della Costituzione (Parità dei sessi)*, in *Commentario della Costituzione. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, Zanichelli, 2006, pp. 443 ss.), le riforme che hanno revisionato il Titolo V Cost., rafforzando l'impronta autonomistica dello Stato, hanno investito anche le Regioni del compito di predisporre adeguati strumenti per conseguire l'obiettivo di paritaria rappresentanza dei sessi in seno alle Assemblee elettive. Il principio delle pari opportunità nell'accesso alle candidature è 'comparso' nell'ordinamento delle autonomie con la l. cost. n. 2/2001 per le Regioni a statuto speciale e con la revisione del Titolo V Cost. (l. cost. n. 3/2001) per le Regioni ordinarie. Con formule parzialmente diverse, il legislatore costituzionale ha attribuito alle Regioni ad autonomia differenziata la funzione di promuovere, nelle rispettive legislazioni elettorali, «*condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali*», e con il nuovo testo dell'art. 117, comma 7, Cost., ha rivolto alle Regioni ordinarie analoga sollecitazione ad adottare misure legislative idonee a favorire «*la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive*». Numerosi i contributi sul punto. Fra i tanti, L. Carlassare, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, L. Carlassare, A. Di Blasi, M. Giampieretti (a cura di), Padova, 2002, pp. 22 ss.; M. Montalti, *La rappresentanza dei sessi in politica diviene «rappresentanza protetta»: tra riforme e interpretazione costituzionale*, in *Le regioni*, 5, 2003, pp. 500 ss.

di cui si arricchisce il pluralismo sociale e istituzionale, risorsa e sostrato fondamentale di cui si alimenta un sistema democratico[15].

In quest'ottica, negli ultimi anni la normativa sull'eguale accesso alle cariche elettive è intervenuta a tutti i livelli di governo (non solo in ambito nazionale[16], ma anche sovranazionale[17]) con differenti modalità di garanzia della parità di genere. Un approccio diversificato che si rende necessario per adeguare tale principio ai vari contesti in cui trova applicazione.

La discrezionalità riconosciuta in materia elettorale al legislatore è al riguardo, come ribadito anche dallo stesso Consiglio di Stato, strumento atto ad individuare, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, le soluzioni normative più confacenti alle caratteristiche e peculiarità delle comunità politiche interessate[18].

Ripercorrendo, però, gli sforzi legislativi per promuovere la presenza di uomini e donne nelle assemblee elettive, il giudice rimettente rileva come "l'unica eccezione" sia proprio "rappresentata dalle elezioni comunali", per le quali non è richiesta una soglia minima di candidature del sesso sotto-rappresentato e nemmeno è prevista una forma di sanzione per le liste formate eludendo il principio di parità. Così da concludere che "la tutela della parità di genere "cede" in contesti aggregativi di modeste dimensioni, nonostante questi rappresentino dei centri propulsivi di assoluta importanza nella vita del Paese".

Un silenzio che, proprio sulla base dei parametri in cui si sostanzia la valutazione delle scelte legislative in tal campo, non sembra andare esente da profili di irragionevolezza[19].

Appurato che una differenziazione degli strumenti di tutela del principio di parità nelle competizioni elettorali non necessariamente integra una discriminazione, un diverso approccio alla questione potrebbe, in effetti, giustificarsi in relazione alle diverse caratteristiche demografiche, sociali, economiche dei Comuni a bassa densità di popolazione.

Ciò che occorre verificare, tuttavia, è se la discrezionalità riconosciuta al legislatore nel graduare le modalità e l'intensità della tutela dell'uguaglianza di opportunità nell'accesso alle cariche elettive possa arrivare, in collettività locali di dimensioni notevolmente ridotte, a non prevedere alcun meccanismo teso a garantire l'effettività di questo interesse costituzionalmente protetto[20].

Nella disciplina censurata dal Consiglio di Stato, al momento, l'obbligo di promuovere il riequilibrio di genere *ex* art. 51 Cost., pur espresso in via di principio dalla legge n. 215/2012, non si è concretizzato, per i piccoli Comuni, in un criterio 'quantitativo' che assicuri la presenza di candidati di sesso diverso nelle liste elettorali e nemmeno è assistito da alcuno strumento che ne assicuri l'osservanza.

In tali contesti, dunque, risulta privato di qualsiasi ricaduta tangibile e si risolve in un buon auspicio del legislatore.

Appare evidente, allora, la lacuna che si viene a creare nella mancata attuazione di un vincolo costituzionale.

15 Il CdS, al riguardo, richiama l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui "L'equilibrata rappresentanza di entrambi i sessi in seno agli organi amministrativi elettivi garantisce l'acquisizione al modus operandi dell'ente, e quindi alla sua concreta azione amministrativa, di tutto quel patrimonio, umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità, che assume una articolata e diversificata dimensione in ragione proprio della diversità del genere. Organi squilibrati nella rappresentanza di genere, in altre parole, oltre ad evidenziare un deficit di rappresentanza democratica dell'articolata composizione del tessuto sociale e del corpo elettorale risultano anche potenzialmente carenti sul piano della funzionalità, perché sprovvisti dell'apporto collaborativo del genere non adeguatamente rappresentato" (Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione II, sentenza del 25 luglio 2011, n. 6673, richiamata in Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione I, sentenza del 22 aprile 2021, n. 4706).

16 Oltre alla richiamata legge n. 215/2012 sulle elezioni comunali, occorre menzionare la legge n. 56/2014 per le elezioni - di secondo grado - dei consigli metropolitani e provinciali; la legge n. 20/2016 per le elezioni dei consigli regionali e la legge n. 165/2017 per le elezioni del Parlamento.

17 Cfr. legge n. 65 del 2014 per la rappresentanza italiana in seno al Parlamento europeo.

18 Al riguardo il giudice rimettente richiama la sentenza della Corte costituzionale 22 dicembre 1988, n. 1130, in *Foro italiano*, 1990, I, pp. 67 ss., secondo cui il sindacato costituzionale su tali scelte "deve svolgersi attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti".

19 Come più volte affermato dalla Corte costituzionale la "discrezionalità legislativa, non [è] censurabile sotto il profilo del principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost., se non esercitata in modo palesemente irragionevole" (Corte costituzionale, sentenza del 7 maggio 2004, n. 136, in *Foro italiano*, 2004, I, pp. 1982 ss., che richiama Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 2002, n. 208, in *Giustizia civile*, 2003 , I, pp. 2037 ss.; 26 gennaio 2004, n. 35, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 2, pp. 1303 ss.

20 In tema M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, Cortina Raffaello, 2020, p. 100 ss.

Il bilanciamento tra la necessità di tenere in considerazione le peculiari circostanze che possono caratterizzare le elezioni in collettività scarsamente popolate e l'istanza della parità fra i sessi nelle competizioni elettorali si rivela ìmpari, e dunque sproporzionato, proprio perché si traduce nel totale svuotamento, per le donne, della garanzia di pari opportunità di fruizione del diritto di elettorato passivo[21]. Viene compromessa l'eguale *chance* di godere di un fondamentale strumento di promozione della personalità umana, integrato dalla possibilità di essere parte attiva della vita politica della comunità in cui il singolo è inserito (artt. 2 e 3, comma 2, Cost.).

La ponderazione compiuta dal legislatore va, in altri termini, ad intaccare il contenuto minimo del diritto di elettorato passivo della donna, che appunto, in tale situazione, si sostanzia nel poter fruire delle misure (positive)[22] atte a rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla sua partecipazione, in condizioni di eguaglianza, alle competizioni elettorali. Secondo l'insegnamento lasciato in più occasioni dalla Corte Costituzionale, qualsiasi operazione diretta a soppesare diritti e interessi costituzionali concorrenti fallisce quando uno dei valori in gioco sia compresso (o rimanga inattuato) al punto tale da non poterlo più considerare in concreto 'esistente' e, quindi, tutelato all'interno dell'ordinamento[23]. In tal caso, infatti, la ponderazione appare sbilanciata, in quanto finisce col rendere così difficile l'inveramento di un diritto (o interesse) costituzionalmente protetto, da incidere sul suo nucleo duro.

Ci si può chiedere se per i piccoli Comuni non siano necessarie azioni positive, nella forma delle c.d. 'quote di genere', per avviare un processo di riequilibrio dei sessi, ma la risposta è già nelle righe dell'ordinanza che solleva la questione di legittimità costituzionale: "nessuna evidenza statistica, sociologica o scientifica [dice il Consiglio di Stato] esclude che in questi Comuni sia superfluo un intervento promozionale del legislatore". Anzi, il silenzio della legge n. 215/2012, sul punto, appare ancor più strano ove si pensi che tali collettività sono da 'monitorare' con particolare attenzione proprio rispetto alla presenza delle condizioni effettive di pieno sviluppo dell'individuo.

Allora, in definitiva, il risultato della valutazione sull'uso del potere discrezionale del legislatore conduce a rilevare l'irragionevolezza (anche sotto il profilo del parametro dell'art. 3 Cost.)[24] della scelta operata nella (in)attuazione del principio della parità di genere rispetto all'accesso alle cariche elettive, senza peraltro trascurare come tale omissione si configuri anche in contrasto con la 'rafforzata' tutela che l'elettorato passivo riceve anche al di fuori dei confini nazionali, soprattutto in ragione della rigorosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani[25].

Il *vulnus* sul piano della garanzia costituzionale del diritto di elettorato passivo che si registra per i piccoli Comuni produce riflessi discriminatori, oltre che fra generi, anche all'interno del sesso sottorappresentato, creando una distinzione irragionevole fra donne che possono fruire di un sistema di 'quote' e donne che, invece, non dispongono di tale garanzia, solo perché risiedono in aree urbane a bassa densità demografica.

21 Sul tema del bilanciamento di interessi e diritti costituzionali v. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, *passim*; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, *passim*; A. Morrone, *Bilanciamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, volume II, tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 185 ss.

22 Nell'ambito della vasta letteratura sul tema delle c.d. "azioni positive", v. M.V. Ballestrero, *Parità e oltre: parità, pari opportunità, azioni positive*, Roma, 1989 e Id., *Azioni positive. Punto e a capo*, in *Lavoro e diritto*, 1996, pp. 117 ss.; L. Gaeta, L. Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992; M. Ainis, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 597 ss.; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, 2008.

23 Corte costituzionale, sentenza del 22 luglio 1999, n. 341, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 2680 ss.; Corte costituzionale, sentenza del 26 maggio 1998, n. 185, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 1510 ss.; Corte costituzionale, sentenza del 16 luglio 1999, n. 309, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pp. 2500 ss.; Corte costituzionale, sentenza del 21 novembre 2000, n. 516, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, pp. 4049 ss.

24 In argomento, L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 899 ss.; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001 e, più di recente, M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

25 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ekoglasnost c. Bulgaria*, 6 novembre 2012 (cfr. § 59; 62), che richiama Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mathieu-Mohin* e Clerfayt *c. Belgio*, 2 marzo 1987.

3. Quella ‘singolare’ questione di legittimità costituzionale: la richiesta di una additiva di prestazione in materia elettorale?

Fin qui il ragionamento del giudice rimettente è piano, lineare. Appare irragionevole e lesivo del diritto inviolabile di elettorato passivo “non già l’avere previsto da parte del legislatore differenti modalità di partecipazione minima dei candidati di sesso differente in relazione alle dimensioni del Comune, ma il non avere indicato alcun vincolo nella formazione delle liste elettorali nei Comuni fino a 5.000 abitanti e l’avere privato gli aspiranti candidati agli organi elettivi di tali Comuni di ogni forma di tutela avverso le violazioni del principio di parità di genere nelle competizioni elettorali”.

Per il Consiglio di Stato, quindi, “se la *ratio* della novella legislativa è quella di garantire la parità di genere promuovendo interventi di riequilibrio, nessuna effettività può dirsi realizzata se nella maggior parte (per non dire nella quasi totalità) dei Comuni italiani gli interventi sono neutralizzati dall’assenza di un meccanismo sanzionatorio”.

Tuttavia, terminando la lettura dell’ordinanza in commento balza agli occhi la brusca ‘virata’ compiuta dal giudice rimettente nella ‘costruzione’ della questione di legittimità costituzionale.

Il dispositivo pare, infatti, far emergere una frattura, o per lo meno creare una discontinuità, con la parte motiva della pronuncia.

La questione di legittimità costituzionale è elaborata evidenziando il contrasto della disciplina delle elezioni nei Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti con la Costituzione, non solo per la mancata previsione di una norma che imponga la presenza di entrambi i sessi nelle liste elettorali, ma anche perché il legislatore, in riferimento a tali aree a bassa densità demografica, non ha ricompreso nel “*regime sanzionatorio sub specie “esclusione della lista”, le liste elettorali presentate in violazione della necessaria rappresentatività di entrambi i sessi*”.

Così impostata, l’eccezione di incostituzionalità non denuncia la carenza, nei piccoli Comuni, di un sistema sanzionatorio *tout court*, capace di assicurare che le liste elettorali siano formate garantendo la rappresentanza di entrambi i generi, ma la mancata previsione della specifica misura sanzionatoria della “esclusione della lista”.

Nella prospettiva del Consiglio di Stato, quindi, solo questa soluzione pare poter assicurare il principio di parità. Il giudice rimettente sembra, in altre parole, dare per scontato che l’unica sanzione per assicurare il rispetto, da parte delle forze politiche, del principio di parità fra i sessi nelle competizioni elettorali sia la ricusazione delle liste illegittimamente formate.

Quando perciò il Consiglio di Stato ritiene costituzionalmente illegittimo l’art. 30, comma 1, lett. d) bis e lett. e), D.p.r. n. 570/1960, “*nella parte in cui esclude dal regime sanzionatorio sub specie “esclusione della lista”, le liste elettorali presentate in violazione della necessaria rappresentatività di entrambi i sessi in riferimento ai Comuni con meno di 5.000 abitanti*”, pare chiedere alla Corte costituzionale una pronuncia additiva di prestazione, sebbene - si è visto - sia lo stesso giudice *a quo* ad escludere il ricorso ad un’interpretazione estensiva della disciplina elettorale e, perciò, l’applicazione per analogia ai piccoli Comuni delle disposizioni previste per i Comuni a maggior densità di popolazione.

Peraltro, la norma sanzionatoria che in pratica si vorrebbe che la Corte ‘aggiungesse’ alla disposizione impugnata non è nemmeno prevista dalla disciplina riguardante i Comuni con popolazione tra i 5.000 e i 15.000 abitanti. Anche questa lacuna, quindi, nell’ipotesi di un’eventuale pronuncia di accoglimento, dovrebbe considerarsi attratta, a rigor di logica, negli effetti del sindacato di costituzionalità, sulla base dell’istituto dell’illegittimità conseguenziale.

In conclusione, pur condividendo le osservazioni del Consiglio di Stato rispetto allo ‘scostamento’ irragionevole che contraddistingue la normativa sulla parità di genere nelle elezioni dei piccoli Comuni (anche in ragione del dato che vede tali realtà territoriali essere più dei due terzi del totale dei Comuni italiani[26]), non sembra invece possibile aderire alla ‘struttura’ che lo stesso giudice ha impresso alla questione di legittimità costituzionale sollevata.

Sarebbe stato più in linea con le motivazioni a supporto del ricorso alla Consulta e con la stessa natura della disciplina impugnata la richiesta di un’additiva di principio. Ciò avrebbe consentito alla Corte costituzionale di stabilire il principio mancante per rendere la disposizione censurata conforme a Costituzione (in particolare, la necessità di introdurre, anche nei piccoli Comuni, un sistema di quote e

26 Fa notare il Consiglio di Stato che “la mancanza di ragionevolezza e la gravità delle conseguenze di questa previsione normativa che lascia senza tutela le operazioni elettorali dei piccoli Comuni può, infatti, essere ancor meglio compresa valutando il tessuto demografico del nostro Paese. Su un totale di 7904 Comuni italiani (dati Istat al 20 febbraio 2021), circa 5.500 (secondo il rapporto ANCI “Atlante dei piccoli comuni” del 5 luglio 2019) sono formati da meno di 5.000 abitanti. Più dei due terzi dei Comuni. La somma della popolazione residente in questi piccoli comuni è considerevole, essendo pari a quasi 10 milioni di abitanti”.

un regime sanzionatorio per le liste che non rispettino le norme sul riequilibrio della rappresentanza di genere), lasciando al contempo intatta la discrezionalità del legislatore nell'individuare le soluzioni più adeguate per sanare il *vulnus* costituzionale.

4. I possibili sviluppi del giudizio di costituzionalità: osservazioni conclusive

In ultima analisi, date queste considerazioni, la prospettiva che, ad avviso di chi scrive, potrebbe palesarsi all'esito del giudizio di legittimità costituzionale così avviato sembra avere i contorni di una decisione di inammissibilità fondata sulla spettanza al legislatore della scelta sulle misure più idonee, in relazione ai diversi contesti territoriali, a perseguire la finalità di un'equa rappresentanza dei sessi nelle assemblee elettive. Senza però che la Corte si lasci scappare l'occasione per avvertire quest'ultimo della necessità di rispondere adeguatamente all'istanza di parità dei sessi in ogni ambito territoriale in cui trova realizzazione la partecipazione alla vita politica e sociale del Paese, quale fondamentale strumento di promozione umana (art. 2 Cost.) e presupposto di una società democratica (art. 1 Cost.).

Forse il Consiglio di Stato ha voluto prendere una posizione forte in termini di garanzia sostanziale della parità, anche in ragione del radicamento capillare che tale principio trova ormai nell'ordinamento giuridico. Tuttavia, la strada prescelta rischia di non condurre al risultato sperato. Il tenore della questione sollevata sembra andare oltre la 'portata' del giudizio sulle leggi nello specifico ambito del procedimento elettorale.

Precisa il Consiglio di Stato che "*il legislatore, pur dopo aver espressamente previsto l'obbligo di assicurare la parità nelle elezioni di qualsiasi Comune, ha chiaramente e volutamente omesso di disciplinare le conseguenze della violazione di tale obbligo nei Comuni più piccoli*".

Come sottolineato dalla dottrina, nel corso dell'*iter* di formazione della legge n. 215/2012, per i Comuni di dimensioni particolarmente ridotte, sembrerebbe essersi "manifestata l'esigenza di una disciplina meno esigente (…), probabilmente in ragione della maggior difficoltà di rispettare i parametri legati al genere in realtà territoriali piccole" [27]. Se questa scelta solleva effettivamente dubbi di legittimità costituzionale, perché lascia completamente scoperta la tutela dell'eguaglianza nell'esercizio del diritto di elettorato passivo in tali contesti, nondimeno, nel mezzo fra l'assenza di qualsiasi misura sanzionatoria e la previsione della "esclusione delle liste" presentate in violazione dell'obbligo di assicurare la parità di genere, quale protezione 'massima' dell'istanza egualitaria, possono collocarsi altri strumenti comunque ragionevolmente idonei a perseguire la finalità di riequilibrio della rappresentanza dei sessi nelle assemblee elettive locali, sottesa alla legge stessa[28].

Rispetto alle dinamiche che il giudizio di legittimità costituzionale specificamente assume in materia elettorale, nel caso di specie è chiaro che – come già si è cercato di illustrare - il bilanciamento operato dal legislatore, per i piccoli Comuni, appare 'monco', inesistente, in quanto il diritto di accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza non viene in alcun modo sostenuto, assicurato, ma – al contrario – è lasciato alla completa disponibilità dei partiti.

Se quindi la questione di legittimità costituzionale fosse stata formulata diversamente, avrebbe forse condotto la Corte a pronunciare l'illegittimità della disciplina della formazione delle liste elettorali nei piccoli Comuni, in ragione del 'vuoto' assoluto di tutela della parità di genere.

Non pare, invece, che la Consulta possa spingersi fino a sostituirsi al legislatore, stabilendo essa stessa in quali forme e con quali sanzioni tale valore debba essere garantito.

L'estensione *de plano* della ricusazione delle liste compilate in violazione della parità di genere, come norma già presente nell'ordinamento, e che integra l'unica soluzione possibile per rendere conforme a Costituzione la disciplina impugnata (secondo lo schema delle sentenze additive "a rime obbligate" elaborato da autorevole dottrina[29]), non sembrerebbe trovare spazio nella fattispecie portata

27 Cfr. G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, Roma, 2018, p. 267.

28 Al riguardo, A. Falcone, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 13, attribuisce allo Statuto del Comune il compito di stabilire "le misure idonee a conseguire lo scopo indicato dalla legge».

29 V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, pp. 1707 ss., ma v. anche L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981- luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, pp. 299 ss., G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 1684 ss.

all'esame del Giudice delle leggi, essendo compito del legislatore la definizione, sempre nei limiti di ragionevoli soluzioni, dei meccanismi – anche sanzionatori – più adeguati a perseguire l'esigenza della parità di genere nelle competizioni elettorali, alla luce delle condizioni fattuali in cui tale principio deve trovare applicazione.

Già con la sentenza n. 1130/1988[30] la Corte costituzionale ha spiegato come tale potestà del legislatore debba "ten[ere] conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti". Per i piccoli Comuni tali circostanze particolari hanno, indubbiamente, un peso rilevante ed entrano a pieno titolo nella valutazione del decisore politico.

Non si condivide, al riguardo, l'alternativa 'secca' proposta dal Consiglio di Stato per dimostrare che "la carenza demografica come giustificazione alla diversità di trattamento è inconferente". Secondo tale giudice, non vi sarebbero cioè differenze fra piccoli e 'altri' Comuni rispetto alla 'fase' di reperimento delle candidature femminili, in quanto "o c'è difficoltà a reperire candidati (uomini o donne che siano) o non c'è". In sostanza, la ridotta densità di popolazione potrebbe rendere più complicato "predisporre delle liste in sé, (…) a prescindere dal genere", senza quindi che si possa motivare su questo profilo una diversità di scelta nel sistema di 'quote di genere' e di strumenti sanzionatori per i piccoli Comuni.

Il Consiglio di Stato suffraga questa sua posizione anche in ragione dell'assenza di un obbligo di candidare persone residenti nel (piccolo) Comune, dal momento che le disposizioni del Testo unico degli enti locali consentono all'elettore di candidarsi per qualsiasi Comune della Repubblica (artt. 55, 56 e 57, D.lgs. n. 267/2000).

Tuttavia, non è detto che queste regole normative, dettate in campo elettorale, siano in grado di porre sullo stesso piano tutti i territori comunali e di azzerare le differenze che investono la concreta possibilità di presentare candidature di uomini e donne. Per una donna, in particolare, può essere più difficoltoso candidarsi in un Comune diverso da quello di residenza rispetto ad un uomo, considerato il complessivo carico di lavoro che - di norma - sulla stessa grava in termini di impegni di cura e di gestione della famiglia. Senza contare, come già si segnalava, che tale asimmetria, nelle aree urbane scarsamente popolate e spesso più isolate, è resa ancor più marcata anche dalla assenza di collegamenti o di una adeguata rete di trasporto pubblico, nonché dalle ridotte opportunità di crescita culturale delle persone, che possono incidere sulla determinazione degli elettori (in particolare di genere femminile) di prendere parte attivamente alla vita politica della comunità.

In conclusione, quindi, non è da escludere che in Comuni a bassissima densità di popolazione, per fattori demografici, economici, sociali, culturali, si possano incontrare maggiori difficoltà nella fase di 'selezione' di candidature femminili e che, pertanto, possa essere più difficile trovare candidature di entrambi i sessi necessarie alla formazione delle liste elettorali.

Se dunque è vero che in tali contesti le donne hanno più bisogno che altrove di 'quote' per assicurare loro la possibilità di candidarsi, nondimeno, se mancano le condizioni 'materiali' per poter sposare l'impegno e la responsabilità di un mandato politico, anche le azioni positive applicate al momento della presentazione delle candidature possono non essere sufficienti. Fino a rivelarsi una misura 'astratta' (paradossalmente solo formale, benché diretta a garantire l'eguaglianza sostanziale), se non addirittura 'vuota', qualora nei piccoli Comuni non vi siano candidature femminili che possano 'riempirla'.

In tal caso, allora, la sanzione della ricusazione della lista formata in violazione della riserva di candidature femminili potrebbe apparire eccessiva e soprattutto inutile, perché incapace di assicurare l'obiettivo prefissato dalla legge n. 215/2012. Tale strumento potrebbe comunque non riuscire a perseguire un maggior equilibrio nella rappresentanza dei sessi rispetto alle competizioni elettorali, per l'impossibilità di trovare candidature disponibili, con la conseguenza di rendere arduo, se non impossibile, l'esercizio del diritto di elettorato passivo *tout court*, per tutti.

La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 4 del 2010[31], richiamata anche dall'ordinanza in commento, ha riconosciuto che la questione della "sotto-rappresentanza delle donne nelle assemblee elettive, non [è] dovuta a preclusioni formali incidenti sui requisiti di eleggibilità, ma a fattori culturali, economici e sociali".

Tali fattori sono certamente più influenti (e preclusivi) in aree territoriali ristrette, scarsamente popolate e 'povere' di opportunità. Senza risolvere questi limiti 'intrinseci' alla realtà dei piccoli Comuni, legati alla conformazione stessa di tali enti locali[32], l'introduzione di un rigoroso sistema di quote e di

30 Corte costituzionale, 22 dicembre 1988, n. 1130, cit., pp. 67 ss.

31 Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2010, n. 4, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 1, pp. 63 ss.

32 In argomento, A. D'Aloia, *La qualità della vita nei piccoli comuni (e l'eguaglianza 'sostanziale' dei loro abitanti): una variazione sul tema del rapporto tra territori e politiche sociali*, in *La tutela multilivello dei diritti sociali*, E. Balboni (a cura di), Napoli, Jovene, 2008, pp. 461 ss., part. pp. 469 ss.

meccanismi sanzionatori potrebbe essere insufficiente, o addirittura inutile. Il risultato, in effetti, come si diceva, potrebbe essere solo quello di 'appesantire' ancor più l'esercizio del diritto di elettorato passivo per coloro che (uomini e donne) abbiano la possibilità e la volontà di farlo, fino ad impedirlo nel caso non si riesca a raggiungere la "quota" prevista a garanzia dell'eguaglianza di genere.

Ecco perché diviene estremamente importante lasciare al legislatore quel margine di elasticità per adeguare le modalità di applicazione del criterio della parità di genere alle caratteristiche delle realtà locali particolarmente piccole, così da assicurare allo stesso principio di eguaglianza quella flessibilità necessaria ad evitare le conseguenze irrazionali di un rigore non corrispondente alle situazioni concrete di queste collettività.

Ciò che appare necessaria, soprattutto per queste aree urbane, è un'implementazione graduale del principio di parità nella rappresentanza insieme ad altre politiche indispensabili a permettere concretamente di concorrere ad una carica elettiva in condizioni di parità con l'altro sesso.

Politiche che, al pari di quote e strumenti sanzionatori, servano a dare effettività al diritto inviolabile di elettorato passivo[33], assicurando, in una prospettiva 'globale', le premesse per la promozione della persona nei piccoli Comuni e, quindi, anche le sue *chances* di partecipazione attiva alla vita politica di tali comunità (ripopolamento, recupero e riqualificazione di aree urbane, infrastrutture, istruzione e formazione professionale, investimenti occupazionali, etc…).

Le quote, dunque, non sono tutto e, da sole, rischiano di essere una strategia vana se non accompagnata da interventi innovativi sull'organizzazione sociale, sulle condizioni e sui tempi di vita di questi ambiti territoriali[34]. Del resto, proprio in una logica di eguaglianza sostanziale, è compito del diritto creare i presupposti materiali affinché il singolo possa, autonomamente e in piena libertà, scegliere il proprio percorso di autopromozione[35], anche nel campo della politica.

In particolare, in realtà territoriali di dimensioni estremamente ristrette sono, innanzi tutto, i servizi a mancare. Quei servizi che servono alla crescita ed elevazione culturale e professionale della persona e quelli che, contestualmente, possano sostenerla nell'affrontare compiti, responsabilità e difficoltà quotidiane (scuole, asili, trasporti, servizi sanitari e di assistenza, strutture residenziali e semiresidenziali per soggetti non autosufficienti, …).

È sempre la Corte costituzionale ad affermare, ancora nella sentenza n. 4 del 2010[36], come "i mezzi per attuare questo disegno di realizzazione della parità effettiva fra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive possano essere di diverso tipo", non necessariamente ed esclusivamente, quindi, riguardanti il momento della formazione delle liste elettorali.

A questo, riguardo, pur nella consapevolezza di allontanare notevolmente il punto di osservazione dall'ambito di cui si discute, preme sottolineare come la legge n. 328/2000[37] sul sistema integrato dei servizi sociali – che ha avuto il merito di innescare un cambiamento rivoluzionario nell'approccio ai bisogni della persona, considerata proprio nella sua dimensione sociale – ancora oggi (dopo più di vent'anni dalla sua entrata in vigore) attenda di essere pienamente attuata.

Prima di affidarsi a norme sanzionatorie occorre forse, allora, portare a termine e potenziare il processo di sviluppo del nostro sistema di welfare multilivello, ancora troppo zoppicante, al fine di rendere concretamente fruibile l'opportunità di assumere una carica politica e, quindi, lo stesso sistema di 'quote' in materia elettorale. Un 'pesante' e 'inflessibile' sistema sanzionatorio potrebbe, in definitiva, risultare controproducente, almeno all'inizio di un percorso – necessariamente lungo – di inveramento dell'equilibrio di genere nelle aree urbane meno densamente popolate.

In alternativa alla ricusazione delle liste, si potrebbe, dunque, pensare di introdurre una sanzione pecuniaria; oppure la decurtazione dei candidati in sovrannumero, solo fino alla soglia di ammissibilità delle liste (come già è previsto per i Comuni fra i 5.000 e i 15.000 abitanti).

Non solo, ma, invertendo la prospettiva ora considerata, non sarebbe da trascurare nemmeno la possibilità di prevedere un meccanismo premiale per i partiti o gruppi politici che vedano eletti candidati di entrambi i sessi, oppure una certa quota di candidati appartenenti al sesso sottorappresentato.

33 Cfr., a titolo esemplificativo, Corte costituzionale, 3 marzo 1988, n. 235, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 1, pp. 12 ss. e Corte costituzionale, sentenza del 22 dicembre 1989, n. 571, in *Giustizia civile*, 1990, I, pp. 600 ss.; Corte costituzionale, sentenza del 6 maggio 1996, n. 141, in *Foro amministrativo*, 1997, pp. 73 ss.

34 Sul punto ancora A. D'Aloia, *La qualità della vita nei piccoli comuni (e l'eguaglianza 'sostanziale' dei loro abitanti): una variazione sul tema del rapporto tra territori e politiche sociali*, cit., pp. 461 ss.

35 Nelle parole di N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995, p. 25 s. le condizioni per partecipare "alla gara della vita, o per la conquista di ciò che è vitalmente più significativo, partendo da posizioni eguali".

36 Corte costituzionale, 14 gennaio 2010, n. 4, cit., pp. 63 ss.

37 Legge 8 novembre 2000, n. 328 "*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*".

Tale soluzione risponderebbe, peraltro, anche alla tipica funzione promozionale che il diritto è chiamato ad assumere nel campo dell'eguaglianza sostanziale. Quel ruolo incentivante diretto a sollecitare comportamenti virtuosi all'interno del corpo sociale, proprio nella consapevolezza che il perseguimento delle pari opportunità di sviluppo della persona costituisce un impegno che – nella lettera e nello spirito dell'art. 3, comma 2, Cost. – grava sulla "Repubblica" e, pertanto, non solo sull'apparato istituzionale dello Stato, ma anche sulla collettività sociale e perciò anche sui partiti, quali formazioni che ne organizzano la partecipazione politica.

Sono quindi tali considerazioni ad avallare ulteriormente, al di là delle tecniche di risoluzione del giudizio di legittimità costituzionale, l'idea che il Consiglio di Stato possa trovare la porta della Corte costituzionale sbarrata.

Osservatorio documenti

EU

European Parliament resolution of 14 September 2021 on LGBTIQ rights in the EU (2021/2679(RSP))

The European Parliament,

– having regard to the Treaty on European Union (TEU), in particular Articles 2 and 3 thereof, and to the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), in particular Articles 8, 10, 18 and 21 thereof,
– having regard to the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter), in particular Articles 7, 9, 21, 24(2), 24(3) and 45,
– having regard to the European Convention on Human Rights, in particular Article 8 on the right to respect for private and family life and Article 14 and Protocol No 12 on the prohibition of discrimination,
– having regard to the Universal Declaration of Human Rights,
– having regard to the European Social Charter signed in Turin on 18 October 1961,
– having regard to the UN Convention on the Rights of the Child (UNCRC),
– having regard to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) Resolution 2239 (2018) of 10 October 2018 on private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation ,
– having regard to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) Resolution 2048 (2015) of 22 April 2015 on discrimination against transgender people in Europe ,
– having regard to Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC ,
– having regard to the Commission communication of 12 November 2020 entitled 'Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025' (COM(2020)0698),
– having regard to Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation ,
– having regard to its resolution of 11 March 2021 on the declaration of the EU as an LGBTI Freedom Zone ,
– having regard to its resolution of 18 December 2019 on public discrimination and hate speech against LGBTI people, including LGBTI-free zone ,
– having regard to its resolution of 14 February 2019 on the future of the LGBTI List of Actions (2019-2024) ,
– having regard to its resolution of 17 September 2020 on the proposal for a Council decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law ,
– having regard to the Court of Justice of the European Union (CJEU) judgment of 5 June 2018 in the case Relu Adrian Coman and Others v Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne and of 23 April 2020 in the case NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford , and to the opinion of the Advocate General Kokott delivered on 15 April 2021 in the case V.M.A. v Stolichna Obsthina, Rayon 'Pancharevo' ,
– having regard to the Maruko, Römer, and Hay judgments of the CJEU and the Taddeucci & McCall judgment of the European Court of Human Rights (ECtHR) ,
– having regard to Rule 227(2) of its Rules of Procedure,

A. whereas LGBTIQ rights are human rights;

B. whereas the Committee on Petitions has received several petitions raising concerns over the discrimination experienced by LGBTIQ persons in the EU in general and in particular same-sex couples and rainbow families;

C. whereas these petitions call, on the one hand, for rainbow families to be guaranteed the same family rights as different-sex families and their children in all Member States, and in particular the right to free movement within the EU and the mutual recognition of their relationship and of parenthood, and, on

the other hand, for measures against Poland for violating the principles of non-discrimination, equality and freedom of expression, including in relation to 'Regional Charters of Family Rights' and resolutions declaring municipalities and regions free from 'LGBTI ideology' (so-called 'LGBTI-free zones');

D. whereas on 22 March 2021 the Committee on Petitions held a workshop on LGBTI+ rights in the EU, during which the study that the European Parliament's Policy Department on Citizens' Rights and Constitutional Affairs had commissioned on the committee's behalf on 'Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU' was presented;

E. whereas the aforementioned study concludes that rainbow families still face major obstacles to their freedom of movement in the EU in 2021 with adverse consequences for the interests of their children, and that by exercising the EU's competence in relation to free movement of EU citizens and their family members the EU institutions could act to remove these hindrances; whereas transgender parents whose identity documents are not recognised after crossing a border may lose all legal ties to their children, impacting severely on the best interests of the children;

F. whereas Article 21 TFEU establishes that every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States;

G. whereas the European Union must combat social exclusion and discrimination;

H. whereas the right to equal treatment and non-discrimination is a fundamental right enshrined in the Treaties and in the Charter, and should be fully respected; whereas equality and the protection of minorities are among the EU values enshrined in Article 2 TEU that the EU is developing through the 'Union of Equality' initiatives and actions;

I. whereas in September 2020 Commission President von der Leyen, in her State of the Union Address, stressed that 'If you are parent in one country, you are parent in every country', referring to the need for mutual recognition of family relations in the EU;

J. whereas all Member States have assumed obligations and duties under international law and the EU Treaties to respect, guarantee, protect and fulfil fundamental rights;

K. whereas while the EU has seen progress in terms of marriage and civil unions, adoption rights for LGBTIQ persons and protection in law from discrimination, hate speech and hate crime, there have also been steps backwards, such as hostile rhetoric from elected politicians, surges in homophobic and transphobic violence and the proclamation of the so-called 'LGBTI-free zones';

L. whereas LGBTIQ persons continue to suffer discrimination and violence in Europe; whereas the 2021 Rainbow Europe Map, ILGA-Europe's annual benchmarking tool, reveals widespread and almost complete stagnation on human rights of LGBTIQ persons, in particular regarding the recognition of family legislation across Europe, and that this year there was no single legal or policy change positively affecting LGBTIQ persons;

M. whereas in a 2019 survey the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) found that discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics was increasing in the EU;

N. whereas LGBTIQ persons still face discrimination in some Member States regarding social protection, social security, healthcare, education, and access to and supply of goods and other services which are available to the public, including housing; whereas the horizontal directive on non-discrimination, which could partially fill this this gap in protection beyond employment, has remained blocked in the Council for over 10 years;

O. whereas not all EU Member States provide legal protection for LGBTIQ persons against discrimination;

P. whereas there are no EU rules on the recognition of judgments on parenthood between Member States and no EU provisions aimed at resolving conflicts in this respect; whereas some Member States do not recognise a same-sex marriage from another Member State for any purpose of national law other than a residence permit; whereas some Member States that allow same-sex couples to marry appear to be unwilling to recognise same-sex registered partners from other Member States; whereas in some Member States same-sex couples with children may be refused to be legally recognised as the joint parents of their children ; whereas transgender parents are frequently denied recognition of their legal gender when crossing borders, resulting in border authorities not recognising them as parents to their own children;

1. Welcomes the first ever LGBTIQ equality strategy for 2020-2025, adopted by the European Commission on 12 November 2020 (COM(2020)0698), two key actions of which are a legislative initiative aimed at protecting the rights of rainbow families and an update of the 2009 guidelines on free movement by 2022;

2. Expresses its deepest concern regarding the discrimination suffered by rainbow families and their children in the EU and the fact that they are deprived of their rights on grounds of sexual orientation or gender identity, or sex characteristics of the parents or partners; calls on the Commission and the Member States to overcome this discrimination and to remove the obstacles they face when exercising the fundamental right to freedom of movement within the EU;

3. Underlines the need to work towards the full enjoyment of fundamental rights by LGBTIQ persons in all EU Member States and recalls that the EU institutions and the Member States therefore have a duty to uphold and protect them in accordance with the Treaties and the Charter, as well as with international law;
4. Insists that the EU needs to take a common approach to the recognition of same-sex marriages and partnerships; calls on the Member States specifically to introduce relevant legislation to ensure full respect for the right to private and family life without discrimination and free movement of all families, including measures to facilitate the recognition of the legal gender of transgender parents;
5. Recalls that EU law prevails over any type of national law, including over conflicting constitutional provisions, and that therefore, Member States cannot, invoke any constitutional ban on same-sex marriage or constitutional protection of 'morals' or 'public policy' in order to obstruct the fundamental right to free movement of persons within the EU in violation of the rights of rainbow families that move to their territory;
6. Condemns in the strongest possible terms the fact that the proposal for a Council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation , launched on 2 July 2008, has not yet been adopted; calls on the Council to approve it; underlines that this blockage sends the wrong message from the EU institutions, namely that they turn a blind eye to – and allow the persistence of – serious discrimination taking place in EU Member States;
7. Calls on the Commission to ensure that all EU Member States respect continuity in law as regards the family ties of members of rainbow families which move to their territory from another Member State, at least in all the circumstances in which this is required under the European Convention on Human Rights;
8. Calls on the Commission to propose legislation requiring all Member States to recognise, for the purposes of national law, the adults mentioned on a birth certificate issued in another Member State as the legal parents of the child, regardless of the legal sex or the marital status of the adults, and requiring all Member States to recognise, for the purposes of national law, the marriages or registered partnerships formed in another Member State, in all situations in which the spouses or the registered partners would have a right to equal treatment under the case law of the ECtHR; emphasises the importance of the recognition of birth certificates in all Member States regardless of the sex of the parents, as this would ensure that children do not become stateless when moving to another Member State;
9. Supports the Commission's commitment to propose a legislative initiative with the aim of extending the list of 'EU crimes' to hate crimes and hate speech, including when targeted at LGBTIQ persons, as well as the proposal on the mutual recognition of parenthood and possible measures to support the mutual recognition of same-gender partnership between Member States; calls on the upcoming Council presidencies to make these issues priorities in their agendas;
10. Calls on the Commission to take concrete measures to ensure freedom of movement for all families, including rainbow families, in line with the judgment in the case of Coman & Hamilton , which states that the term 'spouse' as used in the Free Movement Directive is also applicable to same-sex partners; requests that the Commission examine whether the Member States comply with the Coman & Hamilton judgment and take enforcement action under Article 258 TFEU against those that do not comply; calls on the Commission to take enforcement action against Romania over its ongoing failure to comply with this judgment and the lack of legal remedy which forced the plaintiff to resort to the ECtHR for redress;
11. Requests that the Commission include in its upcoming guidelines on free movement a clarification to ensure that Directive 2000/78/EC is read, in the light of the Maruko, Römer, and Hay judgments of the CJEU and the Taddeucci & McCall judgment of the ECtHR, as requiring Member States to prohibit any discrimination against same-sex couples in employment, vocational training, or any other area within the material scope of the directive;
12. Calls on the Commission to table a proposal for the review of Article 2(2)(b) of Directive 2004/38/EC, notably to remove the condition 'if the legislation of the host Member State treats registered partnerships as equivalent to marriage' in order to comply with Article 21 of the Charter;
13. Calls on the Commission, in its upcoming guidelines on free movement, in order to ensure the correct application of free movement law, to urge the Member States to consistently implement Directive 2004/38/EC without discrimination between the beneficiaries of the directive, such as different-sex and same-sex couples, to clarify that any reference to a 'partner', a 'parent', a 'child', a 'direct descendant', or a 'direct relative in the ascending line' should be inclusive of rainbow families, to ensure that, when they exercise their EU free movement rights, they enjoy the same family reunification rights under EU law as families founded by opposite-sex couples and to ensure that the assessment of the personal circumstances of the couple undertaken by Member States for the purposes of 'facilitating' the admission of the unregistered partner of the Union citizen into their territory is free from discrimination on the grounds of sexual orientation;

14. Requests that the Commission address the discrimination suffered by the LGBTIQ community in Poland and Hungary in order to urge the Member States to correctly apply and respect the EU legislation on this matter; calls on the Council to resume discussions on proceedings against Poland and Hungary under Article 7 TEU, including on LGBTIQ rights; recalls its position of 17 September 2020 and calls on the Commission to make full use of the tools available to it, to address the clear risk of a serious breach by Poland and Hungary of the values on which the Union is founded, in particular expedited infringement procedures and applications for interim measures before the Court of Justice, as well as budgetary tools; calls on the Commission to continue to keep Parliament regularly informed and closely involved;

15. Instructs its President to forward this resolution to the Council, the Commission and the governments and parliaments of the Member States.

Italia

Circolare DAIT n.78 del 21 settembre 2021

OGGETTO: Registrazione anagrafica dei contratti di convivenza.

(omissis)

Pervengono numerosi quesiti in merito alle richieste di registrazione presso gli Uffici di Anagrafe, di contratti di convivenza stipulati tra cittadini italiani e cittadini extracomunitari sprovvisti di permesso di soggiorno, per i quali alcuni Tribunali avrebbero disposto l'iscrizione anagrafica degli stranieri sottoscrittori di un contratto di convivenza, benché irregolarmente soggiornanti.

Su tale rilevante questione si è espresso di recente l'Avvocatura Generale dello Stato, a seguito di una richiesta di parere avanzata da una Avvocatura Distrettuale, con particolare riferimento alla opportunità di proseguire un contenzioso relativo alla registrazione - effettuata da un Comune - dell'accordo di convivenza tra una cittadina italiana e un cittadino extracomunitario privo del permesso di soggiorno e, quindi, irregolare sul territorio dello Stato.

L'Avvocatura Generale dello Stato, in tale parere, ha preso in n anzitutto in esame le disposizioni contenute nella legge n. 76/2016 recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze".

In particolare, l'art. l, comma 36, prevede che ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per "conviventi di fatto" due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da unione civile.

Il successivo comma 37 stabilisce che, ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma l dell'articolo 13 del regolamento di cui al D.P.R. 30 maggio 1989,n. 223.

Il comma 50 dispone che "i conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimonio/i relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza."

Il comma 51, poi, prescrive che "i/ contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico."

Il comma 52 statuisce, inoltre, che ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.

Infine, il comma 53 prevede che "il contratto di cui al comma 50 reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo. Il contratto può contenere:

a) l'indicazione della residenza;
b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo;
c) il regime patrimonio/e della comunione dei beni, di cui alla sezione Il/ del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile."

Afferma l'Avvocatura Generale che "dalla disciplina surrichiamata, emerge come la registrazione del contratto di convivenza sia solo l'ultimo di una serie imprescindibile di atti, così riassumibili:

un legame affettivo di coppia (requisito): la costituzione della convivenza di fatto attraverso la dichiarazione registrata all'anagrafe, e quindi la regolarità del soggiorno dei richiedenti (atto costitutivo); a cui si aggiunge, eventualmente, il contratto di convivenza concluso davanti ad un legale e la registrazione di quest'ultimo, utile per l'opponibilità ai terzi."

Pertanto, conclude l'Organo Consultivo, "alla registrazione del contratto di convivenza non può essere certamente riconosciuto il carattere di debita attestazione, dal momento che, a monte, manca la preliminare regolarità del soggiorno in Italia" del soggetto extracomunitario "necessaria per concludere il contratto stesso"."

Quest'ultimo, in particolare, non può essere considerato un componente della famiglia anagrafica, "in quanto privo di valido documento di soggiorno e quindi irregolare sul territorio dello Stato".

L'Avvocatura Generale dello Stato conclude le proprie osservazioni, evidenziando come il "requisito della dichiarazione anagrafica previsto dal predetto comma 37 dell'art. l della Legge n. 76/2016, sia posto dall' Ordinamento al fine di consentire la puntuale identificazione di tutti i soggetti stranieri che circolano sul territorio dello Stato, e quindi, a tutela di un interesse generale, quale quello della sicurezza e dell'ordine pubblico.".

Si pregano le SS.LL. di voler comunicare ai Signori Sindaci il contenuto della presente circolare, al fine di assicurare l'uniforme e corretta applicazione della normativa in questione.

Francia

Décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation

MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ
Décret no 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation
NOR : SSAP2124045D

Publics concernés : bénéficiaires d'une assistance médicale à la procréation, professionnels des centres d'assistance médicale à la procréation, organismes de protection sociale.

Objet : modalités relatives aux conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation.

Entrée en vigueur : le texte entre en vigueur le lendemain de sa publication.

Notice : le texte précise les conditions d'âge pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation et de l'autoconservation de leurs gamètes à des fins ultérieures d'assistance médicale à la procréation à leur bénéfice. Il fixe en outre la composition de l'équipe médicale clinicobiologique pour ce qui concerne les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, qui sera notamment chargée de réaliser les entretiens particuliers avec les demandeurs en amont de la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation. Enfin, le décret prévoit la suppression de la participation aux frais afférents à l'assistance médicale à la procréation.

Références : le décret est pris pour l'application des articles 1er et 3 de la loi no 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Le décret ainsi que les dispositions du code de la santé publique et du code de la sécurité sociale qu'il modifie peuvent être consultés, dans leur version issue de cette modification, sur le site Légifrance (https://www.legifrance.gouv.fr).

Le Premier ministre,
Sur le rapport du ministre des solidarités et de la santé,
Vu le code de la santé publique, notamment ses articles L. 2141-2, L. 2141-10 et L. 2141-12 ;
Vu le code de la sécurité sociale, notamment ses articles L. 160-8, L. 160-14 et L. 324-1 ;
Vu la loi no 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, notamment ses articles 1er et 3 ;
Vu l'avis du conseil de la Caisse nationale de l'assurance maladie en date du 6 juillet 2021 ;
Vu l'avis de l'Agence de la biomédecine en date du 13 juillet 2021 ;
Vu l'avis du conseil central d'administration de la Mutualité sociale agricole en date du 20 juillet 2021 ;
Vu la saisine du conseil de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie en date du 1er juillet 2021 ;
Vu l'avis de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire en date du 13 septembre 2021 ;
Le Conseil d'Etat (section sociale) entendu,
Décrète :

Art. 1er.

Il est créé, au sein du chapitre I er du titre IV du livre I er de la deuxième partie du code de la santé publique, une section 8 ainsi rédigée :

« Section 8
« Conditions d'âge pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation et de l'autoconservation de ses gamètes

« Art. R. 2141-36. – Les conditions d'âge requises par l'article L. 2141-2 pour bénéficier d'un prélèvement ou recueil de ses gamètes, en vue d'une assistance médicale à la procréation, sont fixées ainsi qu'il suit :

« 1o Le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez la femme jusqu'à son quarante-troisième anniversaire ;
« 2o Le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez l'homme jusqu'à son soixantième anniversaire.
« Ces dispositions sont applicables au prélèvement ou au recueil de gamètes ou de tissus germinaux effectué en application de l'article L. 2141-11, lorsque celui-ci est effectué en vue d'une assistance médicale à la procréation ultérieure. 29 septembre 2021 JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE Texte 26 sur 186

« Art. R. 2141-37. – Les conditions d'âge requises par l'article L. 2141-12 pour bénéficier de l'autoconservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation sont fixées ainsi qu'il suit :
« 1o Le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez la femme à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son trente-septième anniversaire ;
« 2o Le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez l'homme à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire.

« Art. R. 2141-38. – L'insémination artificielle, l'utilisation de gamètes ou de tissus germinaux recueillis, prélevés ou conservés à des fins d'assistance médicale à la procréation en application des articles L. 2141-2, L. 2141-11 et L. 2141-12, ainsi que le transfert d'embryons mentionné à l'article L. 2141-1, peuvent être réalisés :
« 1o Jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire chez la femme, non mariée ou au sein du couple, qui a vocation à porter l'enfant ;
« 2o Jusqu'à son soixantième anniversaire chez le membre du couple qui n'a pas vocation à porter l'enfant. »

Art. 2.

Il est créé, au sein de la section 3 du chapitre II du titre IV du livre I er de la deuxième partie du code de la santé publique, un article R. 2142-18 ainsi rédigé :

« Art. R. 2142-18. – I. – L'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire mentionnée à l'article L. 2141-2 est composée, pour les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, d'au moins :
« 1o Un médecin qualifié en gynécologie-obstétrique ou en gynécologie médicale ou en endocrinologie, diabètes, maladies métaboliques pour les activités cliniques de prélèvement d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation ou d'un don, de transfert et de mise en œuvre de l'accueil des embryons ;
« 2o Un médecin qualifié en urologie ou en chirurgie générale ou en gynécologie-obstétrique pour le prélèvement de spermatozoïdes.
« Ces praticiens répondent aux conditions mentionnées à l'article R. 2142-10.
« II. – Elle comprend également, pour la réalisation des entretiens particuliers des deux membres du couple ou de la femme non mariée :
« 1o Outre les médecins mentionnés au I, au moins un psychiatre, un psychologue ou un infirmier disposant d'une formation ou d'une expérience en psychiatrie ;
« 2o En tant que de besoin, un assistant de service social.
« III. – Elle comprend par ailleurs, pour les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation, au moins un biologiste médical et un technicien de laboratoire, répondant aux conditions mentionnées à l'article R. 2142-11. »

Art. 3.

L'article R. 160-17 du code de la sécurité sociale est ainsi modifié :
1o Au 2o du I, la première phrase est remplacée par les dispositions suivantes : « Pour les investigations nécessaires au diagnostic et au traitement de l'infertilité. » ;
2o Après le 8o du I, il est inséré un 9o ainsi rédigé :
« 9o Pour l'assistance médicale à procréation réalisée dans les conditions prévues au chapitre I er du titre IV du livre I er de la deuxième partie du code de la santé publique. La décision de la caisse d'assurance maladie prononçant la suppression de la participation est prise sur avis du contrôle médical sur le protocole de soins prévu à l'article L. 324-1 du présent code. La décision de la caisse fixe la durée de la période d'exonération. Les contestations de ladite décision donnent lieu, lorsqu'elles portent sur l'appréciation portée par le service du contrôle médical, à expertise médicale dans les conditions prévues par le chapitre I er du titre IV du livre I er.

« Lorsque qu'un assuré change d'organisme gestionnaire au cours de la période d'exonération, ce changement est sans incidence sur la durée pendant laquelle il bénéficie de cette exonération. »

Art. 4.

Les dispositions des articles R. 2141-36, R. 2141-37 et R. 2141-38 du code de la santé publique dans leur rédaction résultant de l'article 1er du présent décret s'appliquent aux demandes présentées à compter de l'entrée en vigueur du présent décret.

Art. 5.

Le ministre des solidarités et de la santé est chargé de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait le 28 septembre 2021.

Repubblica di San Marino

Decreto Reggenziale 30/09/2021 n. 170. "Risultati del Referendum Propositivo celebrato il 26 settembre 2021 e apertura del termine di cui all'articolo 23 della Legge Qualificata 29 maggio 2013 n.1 e successive modifiche " (Pubblicazione ad valvas il 30/09/2021)

DECRETO REGGENZIALE 30 settembre 2021 n.170

Noi Capitani Reggenti la Serenissima Repubblica di San Marino
Visto l'articolo 23, comma 1, delle Legge Qualificata 29 maggio 2013 n.1 e sue successive modifiche;
Visti gli atti dell'Ufficio Elettorale Centrale riunitosi il 27 settembre 2021 e trasmessi dalla Segreteria di Stato per gli Affari Interni all'Ufficio Segreteria Istituzionale in data 27 settembre 2021 (Prot.n.103102/2021);
Visto il combinato disposto dell'articolo 5, comma 1, della Legge Costituzionale n.185/2005 e dell'articolo 11, comma 1, della Legge Qualificata n.186/2005;
ValendoCi delle Nostre Facoltà;
Decretiamo, promulghiamo e mandiamo a pubblicare:

Risultati del referendum propositivo celebrato il 26 settembre 2021 e apertura del termine di cui all'articolo 23 della legge qualificata 29 maggio 2013 n.1 e successive modifiche

Art.1

1. Il risultato dello scrutinio relativo al Referendum propositivo indetto con Decreto Reggenziale 13 luglio 2021 n.129 sulla seguente proposta: "Volete che sia consentito alla donna di interrompere volontariamente la gravidanza entro la dodicesima settimana di gestazione, e anche successivamente se vi sia pericolo per la vita della donna o se vi siano anomalie e malformazioni del feto che comportino grave rischio per la salute fisica o psicologica della donna?" è il seguente:

Totale elettori iscritti	Totale elettori votanti	Schede bianche	Schede nulle	Voti affermativi	Voti negativi
35.411	14.559	98	77	11.119	3.265

2. In base al disposto dell'articolo 22, commi 2 e 3, della Legge Qualificata 29 maggio 2013 n.1 e s.s.m., la proposta del Referendum propositivo di cui al precedente comma 1 è stata accolta, avendo, la risposta affermativa, ottenuto la maggioranza dei voti validamente espressi. Art.2 1. Con riferimento al Referendum propositivo di cui all'articolo 1 è aperto il termine di sei mesi entro in quale il Congresso di Stato è tenuto a redigere il progetto di legge volto a disciplinare, secondo i principi e i criteri direttivi approvati dal corpo elettorale, la materia che è stata oggetto del referendum medesimo. 2. Il termine di sei mesi, di cui al precedente comma, decorre dalla data di emissione del presente decreto e scade pertanto il 30 marzo 2022.

Dato dalla Nostra Residenza, addì 30 settembre 2021/1721

Svizzera

Codice civile svizzero (Matrimonio per tutti) Modifica del 18 dicembre 2020

L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,
visto il rapporto della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale del 30 agosto 2019[1];
visto il parere del Consiglio federale del 29 gennaio 2020[2],
decreta:

I
Il Codice civile[3] è modificato come segue:

Art. 92
II. Partecipazione finanziaria
Concerne soltanto il testo tedesco

Art. 94
A. Capacità al matrimonio
Concerne soltanto i testi tedesco e francese

Art. 96
II. Matrimonio o unione domestica registrata antecedente
Chi vuol contrarre matrimonio deve fornire la prova che il matrimonio antecedente o l'unione domestica registrata contratta con una terza persona sono stati sciolti o dichiarati nulli.

Art. 97a
A^{bis}. Elusione del diritto in materia di stranieri
[1] L'ufficiale dello stato civile si rifiuta di procedere se uno dei fidanzati manifestamente non intende creare l'unione coniugale bensì eludere le disposizioni relative all'ammissione e al soggiorno degli stranieri.
[2] *Concerne soltanto il testo tedesco*

Art. 98 cpv. 1
Concerne soltanto il testo tedesco

Art. 102 cpv. 2
Concerne soltanto i testi tedesco e francese

Art. 105 n. 1
È data una causa di nullità se:
1. al momento della celebrazione uno degli sposi era già coniugato o vincolato da un'unione domestica registrata con una terza persona e il matrimonio antecedente o l'unione domestica registrata non erano stati sciolti;

1 FF 2019 7151
2 FF 2020 1135
3 RS 210

Art. 160 cpv. 2 e 3

[2] Gli sposi possono tuttavia dichiarare all'ufficiale dello stato civile di voler assumere un cognome coniugale; possono scegliere il cognome da nubile o celibe di uno di loro.
[3] Se mantengono ciascuno il proprio cognome, gli sposi determinano il cognome dei figli, scegliendo il cognome da nubile o celibe di uno di loro. In casi motivati, l'ufficiale dello stato civile può liberarli da quest'obbligo.

Art. 163 cpv. 1

Concerne soltanto il testo francese

Art. 182 cpv. 2

Concerne soltanto il testo tedesco

Art. 252 cpv. 2

[2] Fra l'altro genitore e il figlio, risulta dal matrimonio con la madre oppure, se previsto dalla legge, è stabilito per riconoscimento o per sentenza del giudice.

Titolo prima dell'art. 255

Capo secondo: Della genitorialità del marito o della moglie

Art. 255, titolo marginale

A. Presunzione
I. Della genitorialità del marito

Art. 255a

II. Della genitorialità della moglie

[1] Se al momento della nascita del figlio la madre è sposata con una donna, e se il figlio è stato concepito mediante dono di spermatozoi secondo le disposizioni della legge del 18 dicembre 1998[4] sulla medicina della procreazione, questa è considerata l'altro genitore.
[2] Se muore o è dichiarata scomparsa, la moglie della madre è considerata essere l'altro genitore se l'inseminazione ha avuto luogo prima del suo decesso o del pericolo di morte o dell'ultima notizia.

Art. 256, titolo marginale

B. Contestazione della genitorialità del marito
I. Diritto all'azione

Titolo finale:
Dell'entrata in vigore e dell'applicazione del Codice civile

4 RS 810.11

Art. 9g

4*a*. Regime dei beni in caso di matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero prima dell'entrata in vigore integrale della modifica del 18 dicembre 2020

[1] Alle coppie di persone dello stesso sesso che hanno contratto matrimonio all'estero prima dell'entrata in vigore integrale della modifica del presente Codice del 18 dicembre 2020 si applica retroattivamente, dalla data della celebrazione del matrimonio, il regime ordinario della partecipazione agli acquisti, in quanto esse non abbiano altrimenti disposto per convenzione matrimoniale o patrimoniale.
[2] Prima dell'entrata in vigore integrale delle disposizioni della modifica del presente Codice del 18 dicembre 2020, ogni coniuge può comunicare per scritto all'altro che il regime dei beni di cui all'articolo 18 della legge del 18 giugno 2004[5] sull'unione domestica registrata (LUD) è mantenuto fino al momento di detta entrata in vigore.
[3] Il regime dei beni di cui all'articolo 18 LUD è mantenuto anche quando all'entrata in vigore integrale della modifica del presente Codice del 18 dicembre 2020 Codice civile (Matrimonio per tutti) FF 2020 8698 dice del 18 dicembre 2020 è in corso un'azione per lo scioglimento del regime patrimoniale secondo il diritto svizzero.
[4] Le ordinanze corrispondenti prevedono che in documenti, atti e moduli i coniugi che lo desiderano siano indicati quali marito e moglie, nonché quali padre e madre dei loro figli.

II
La modifica di altri atti normativi è disciplinata nell'allegato.

III
[1] La presente legge sottostà a referendum facoltativo.
[2] Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore. Mette in vigore l'articolo 9g capoverso 2 del Titolo finale del presente Codice con decorrenza sei mesi prima delle altre disposizioni.

Consiglio nazionale, 18 dicembre 2020
Il presidente: Andreas Aebi
Il segretario: Pierre-Hervé Freléchoz

Consiglio degli Stati, 18 dicembre 2020
Il presidente: Alex Kuprecht
La segretaria: Martina Buol

Data della pubblicazione: 31 dicembre 2020[6]
Termine di referendum: 10 aprile 2021

5 RS 211.231
6 FF 2020 8695

Allegato
(cifra II)

Modifica di altri atti normativi

Gli atti normativi qui appresso sono modificati come segue:

1. Legge del 18 giugno 2004[7] sull'unione domestica registrata

Titolo prima dell'articolo 1
Capitolo 1: Oggetto

Art. 1
La presente legge disciplina gli effetti e lo scioglimento nonché la conversione in matrimonio dell'unione domestica registrata contratta da coppie omosessuali prima dell'entrata in vigore integrale della modifica del Codice civile del 18 dicembre 2020[8].

Art. 2
Abrogato

Capitolo 2, sezioni 1 e 2 (art. 3–8)
Abrogate
Art. 9 cpv. 1 lett. b e bbis
[1] Qualsiasi interessato può in ogni tempo domandare al giudice l'annullamento dell'unione domestica registrata se:
b. i partner sono parenti in linea retta oppure fratelli o sorelle germani, consanguinei o uterini;
b^{bis}. al momento della costituzione dell'unione domestica registrata uno dei partner era già coniugato o vincolato da un'unione domestica registrata e il matrimonio o l'unione domestica registrata contratti in precedenza non sono stati sciolti;

Art. 26
Abrogato

Capitolo 4*a*:
Conversione dell'unione domestica registrata in matrimonio

Art. 35 Dichiarazione di conversione
[1] In qualunque momento, i partner possono dichiarare congiuntamente a qualsiasi ufficiale dello stato civile di voler convertire l'unione domestica registrata in matrimonio.
[2] Devono comparire personalmente davanti all'ufficiale dello stato civile, provare la loro identità e l'esistenza dell'unione domestica registrata per mezzo di documenti, e firmare la dichiarazione di conversione.
[3] Su domanda, la dichiarazione di conversione è resa in presenza di due testimoni maggiorenni e capaci di discernimento nel locale dei matrimoni.
[4] Il Consiglio federale emana le disposizioni di esecuzione.

Art. 35a Effetti della dichiarazione di conversione
[1] Dal momento in cui la dichiarazione di conversione è firmata, i partner sono considerati coniugati.
[2] Se gli effetti giuridici di una disposizione legale dipendono dalla durata del matrimonio, la durata dell'unione domestica registrata che lo precede è computata.
[3] Il regime ordinario della partecipazione agli acquisti ha effetto dalla data della conversione, salvo che i partner abbiano disposto altrimenti per convenzione patrimoniale o matrimoniale.
[4] Se è stata conclusa una convenzione patrimoniale o matrimoniale, essa resta valida anche dopo la conversione.

7 RS 211.231
8 RU ...

2. Legge federale del 18 dicembre 1987[9] sul diritto internazionale privato

Art. 43 cpv. 1 e 2
Concerne soltanto il testo tedesco

Art. 45 cpv. 2 e 3
[2] Concerne soltanto i testi tedesco e francese
[3] Abrogato

Art. 50

III. Decisioni o provvedimenti stranieri

Le decisioni o i provvedimenti stranieri concernenti i diritti e i doveri coniugali sono riconosciuti in Svizzera se:
a. sono stati pronunciati nello Stato di domicilio o di dimora abituale di uno dei coniugi; o
b. sono stati pronunciati nello Stato di celebrazione del matrimonio e la proposizione dell'azione in uno degli Stati di cui alla lettera a non era possibile o ragionevolmente esigibile.

Art. 51 lett. b

Per le azioni o i provvedimenti concernenti i rapporti patrimoniali tra i coniugi sono competenti:
b. per la liquidazione del regime dei beni in caso di scioglimento giudiziale del matrimonio o di separazione, i tribunali svizzeri competenti in merito (art. 59, 60, 60a, 63, 64);

Art. 52 cpv. 2 e 3

[2] I coniugi possono scegliere fra:
a. il diritto dello Stato in cui sono ambedue domiciliati o lo saranno dopo la celebrazione del matrimonio;
b. il diritto del luogo di celebrazione del matrimonio; e
c. il diritto di uno dei loro Stati di origine.

[3] L'articolo 23 capoverso 2 non è applicabile.

Art. 60a

3. Foro del luogo di celebrazione del matrimonio

Se i coniugi non sono domiciliati in Svizzera e nessuno di loro è cittadino svizzero, per le azioni di divorzio o separazione sono competenti i tribunali svizzeri del luogo di celebrazione del matrimonio, sempreché sia impossibile proporre l'azione nel domicilio di uno dei coniugi o non lo si possa ragionevolmente pretendere.

Art. 64 cpv. 1, primo periodo

[1] I tribunali svizzeri sono competenti per le azioni di completamento o modificazione di decisioni in materia di divorzio o separazione se hanno pronunciato essi stessi tali decisioni o se la loro competenza discende dagli articoli 59, 60 o 60a. ...

Art. 65 cpv. 1

[1] Le decisioni straniere in materia di divorzio o separazione sono riconosciute in Svizzera se:
a. sono state pronunciate nello Stato di domicilio, di dimora abituale o di origine di uno dei coniugi;
b. sono riconosciute in uno degli Stati di cui alla lettera a; o
c. sono state pronunciate nello Stato di celebrazione del matrimonio e la proposizione dell'azione in uno degli Stati di cui alla lettera a non era possibile o ragionevolmente esigibile.

9 RS 291

Art. 65a

I. Applicazione del capitolo 3

Le disposizioni del capitolo 3 si applicano per analogia all'unione domestica registrata.

Art. 65b

Abrogato

Art. 65c

II. Diritto applicabile

Se il diritto applicabile in virtù delle disposizioni del capitolo 3 non prevede norme concernenti l'unione domestica registrata, si applicano le disposizioni del diritto matrimoniale.

Art. 65d

Abrogato

3. Legge del 18 dicembre 1998[10] sulla medicina della procreazione

Art. 16 cpv. 3
[3] Ogni membro della coppia può, in qualsiasi momento, revocare per scritto il proprio consenso.

Art. 23 cpv. 1
[1] Se il figlio è stato concepito mediante dono di spermatozoi secondo la presente legge, il rapporto di filiazione rispetto alla moglie o al marito della madre non può essere impugnato né dal figlio, né dalla moglie o dal marito della madre.

Art. 24 cpv. 3, frase introduttiva
[3] In merito alla donna che riceve gli spermatozoi donati, nonché in merito al marito o alla moglie vanno registrati i dati seguenti:

10 RS 810.11

Osservatorio decisioni

Tribunale per i Minorenni dell' Emilia-Romagna in Bologna

Ordinanza del 26 luglio 2021[1]

ADOZIONE E AFFIDAMENTO – ADOZIONE DI MINORI IN CASI PARTICOLARI (NELLA SPECIE: ADOZIONE IN CASO DI IMPOSSIBILITA' GIURIDICA DI AFFIDAMENTO PREADOTTIVO) – LEGAME PARENTALE TRA ADOTTATO E PARENTI DELL'ADOTTANTE – PREVISIONE CHE L'ADOZIONE NON INDUCE ALCUN RAPPORTO CIVILE TRA L'ADOTTATO E I PARENTI DELL'ADOTTANTE

Il Tribunale ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 55 L. 184/83 in combinato disposto con l'art 300 c.c. nella parte in cui stabilisce "*l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato ed i parenti dell'adottante*", per contrasto con gli artt. 3, 31 Cost , 117 comma 1 in relazione all'art 8 CEDU;

Riferimenti normativi: Legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), art. 55, in combinato disposto con l'art. 300 [, secondo comma,] c.c.; artt. 3, 31 Cost., art. 8 Convenzione EDU.

IL TRIBUNALE PER I MINORENNI DELL'EMILIA-ROMAGNA in Bologna

Riunito in Camera di Consiglio in persona dei Signori:
Dott.ssa. Anna Filocamo Presidente Relatore;
Dott.ssa Carmela Italiano Giudice;
Dott.ssa Daniela Di Fine Giudice Onorario;
Dott. Federico Cioli Giudice Onorario;

ha pronunciato la seguente ordinanza

Fatti di causa

Con ricorso del 29.10.2020 M.M., nato a..., ha chiesto di adottare ai sensi dell'art. 44 lett. d) L. 184/83, la minore M.V.E., nata a...il..., figlia biologica di V.S.; ha richiesto altresi' al Tribunale di riconoscere, quale effetto consequenziale della sentenza di adozione, il legame di parentela pieno anche con gli ascendenti ed i parenti tutti del ricorrente.

Dal ricorso e dalla documentazione allegata, nonche' dalle dichiarazioni rese in udienza dal ricorrete M. e da V. S., padre biologico della minore, si evince che:

il M. ed V. si conoscevano a... nel... e da subito stringevano una relazione di grande intesa, tant'e' che dopo sei mesi il Sig. V. si trasferiva nella abitazione del Sig. M. a..., per poi trasferirsi insieme in centro a ...

1 L'ordinanza, nel richiamare la giurisprudenza di legittimità in ordine al riconoscimento della realizzazione di un progetto genitoriale da parte di coppie omoaffettive attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. d), L. 184/1983, solleva la questione di legittimità costituzionale in ordine alla richiesta di riconoscere altresì il legame di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante. L'art. 300 c.c., infatti, esclude l'instaurarsi di rapporti giuridici soggettivi tra adottato e parenti dell'adottante nella sola ipotesi di adozione del maggiorenne, che mantiene diritti e doveri verso la famiglia di origine. L'estensione applicativa al caso di specie, effettuata attraverso l'espresso richiamo dell'art. 300 c.c. da parte dell'art. 55 l. 184/1983, si pone, pertanto, in contrasto con i principi ispiratori la riforma della filiazione di cui alla l. 219/2012 di cui agli artt. 3 e 31 Cost. [D.A.]

Sin dall'inizio, la coppia viveva la propria relazione apertamente, ben accolta dalle famiglie d'origine di entrambi e dalle rispettive amicizie. Dopo alcuni anni di rapporto stabile e di consapevole e determinata condivisione di scelte e di impegni l'uno verso l'altro, anche di tipo economico, iniziavano a ragionare sulla possibilita' concreta di realizzare il loro piu' grande desiderio, vale a dire avere dei figli e prendersi insieme cura di loro.

Nel dicembre ... contattavano l'associazione di genitori omosessuali "Famiglie Arcobaleno", alla quale si iscrivevano subito come coppia, convinti di poter trovare un supporto per concretizzare

il loro desiderio di genitorialita'. Raccoglievano quindi informazioni circa la possibilita' di accedere alle pratiche di fecondazione assistita all'estero.

Nel ... , la coppia si rivolgeva ad un'agenzia ... che li aiuto' a trovare una donna portatrice con la quale intendevano mantenere nel tempo una relazione stabile. I Signori V. e M. si recavano dunque in F... ove davano inizio alla procedura di procreazione medicalmente assistita.

In occasione dello stesso viaggio negli ... il ... i due signori si univano in matrimonio, che veniva poi trascritto e riconosciuto come unione civile agli atti dello stato civile del Comune di ... nel

... (cfr. certificato di unione civile del ...).

Il ... a ... nasceva la loro prima figlia ... , legata biologicamente al Sig. M. , che recava da subito il doppio cognome M.V. , e che e' oggetto di un altro procedimento di adottabilita' proposto dal Sig. V. (cfr. procedimento di adottabilita' ex art. 44 lett. D) l. 184/83 n. 456/2019).

Il loro desiderio di avere una famiglia con due figli, li portava ad intraprendere nuovamente il percorso di fecondazione assistita, questa volta a ... , che si concludeva con la nascita di E. M. V.,

legata biologicamente al Sig. V. e oggetto dell'odierno procedimento di adottabilita'.

La nascita di Z., e successivamente anche quella di E., venivano ben accolte non solo dai genitori ma anche dalle loro famiglie di origine e dai loro colleghi e amici.

In sede di udienza, l'adottante ha dichiarato di sentirsi il padre di E., occupandosi di lei dal punto di vista affettivo, educativo ed economico, sin da quando e' nata e ha ribadito la volonta' di adottarla, assolvendo gia', di fatto, alle funzioni proprie della figura genitoriale.

Anche il padre biologico, il Sig.ra V., ha prestato il suo consenso all'adozione della figlia da parte del Sig. M. (cfr. verbale di udienza del 25/03/2021);

Oggetto della decisione

Il Tribunale deve decidere :

- sulla richiesta di adozione ex atr 44 lett d) L 184/83 di M. V. E. da parte di M. M.
- sulla richiesta, formulata ex art 277 cc, di dichiarare il legame di parentela tra l'adottato M. V. E. ed i parenti dell'adottante M. M.

Alla luce delle circostanze dedotte dal ricorrente ed ampiamente confermate dal padre biologico della minore, il Tribunale ritiene di dover accogliere il ricorso in punto di richiesta di adozione ex art. 44 lett d) L 184/83, per le motivazioni che verranno di seguito specificate.

Sulla richiesta *ex* art 277 cc, finalizzata al riconoscimento del legame di parentela tra adottato e parenti dell'adottante, il Tribunale sospende il giudizio e propone questione di legittimita' costituzionale dell' artt. 55 L 184/83 integrato dall'art. 300 comma 2 cc.

Per quanto riguarda la prima richiesta, si rileva che la fattispecie di cui all'art 44 lett d) puo' trovare applicazione anche in caso di impossibilita' giuridica di affidamento preadottivo, da interpretarsi non gia', restrittivamente, come impossibilita' "di fatto", bensi' come impossibilita' "di diritto", cosi' da comprendere anche minori non in stato di abbandono ma relativamente ai quali sia nato l'interesse al riconoscimento di rapporti di genitorialita'.

In virtu' della clausola di salvaguardia di cui all'art. 1 comma 20 legge n. 76 del 2016, l'ipotesi di adozione in casi particolari *ex* art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 puo' trovare applicazione anche in caso di impossibilita' giuridica di affidamento preadottivo per non essere il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo un genitore biologico che ne ha cura; la norma puo' pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale, seppure dello stesso sesso.

Sul punto si e' autorevolmente pronunciata la Corte di Cassazione (Cass. Civ., sez. I, sentenza 26 maggio 2016 n. 12962) e l'approdo giurisprudenziale, in conformita' con note sentenze della CEDU, e' ormai consolidato, atteso che numerose altre decisioni sono state pronunciate in tal senso. In tempi piu' recenti in relazione alle istanze delle coppie omoaffettive rivolte alla realizzazione della genitorialita' all'interno di un nucleo relazionale stabile e prevalentemente sostenuto da un riconoscimento giuridico in Italia o all'estero e' stata individuata proprio nel modello adottivo indicato nell'art 44 lett d) L n

184/83 la forma di riconoscimento minimo e residuale anche per i minori venuti al mondo all'esito di un accordo di surrogazione di maternita' (v Cass SU 12193 del 2019).

Pertanto, nessuna questione sul riconoscimento dell'adozione "c.d non legittimante" della minore M. V. E. da parte del genitore intenzionale Sig M. M.

– Il Collegio non puo' invece accogliere, allo stato della legislazione vigente, la richiesta di accertare e pronunciare, quale effetto della sentenza di adozione, il legame di parentela con gli ascendenti e discendenti dell'adottante, ostando la previsione dell'ari 55 L 184/83 in collegamento con l'ari 300 cc e sul punto specifico intende sollevare la questione di legittimita' costituzionalita'.

Rilevanza e fondatezza della questione di legittimita' costituzionale dell'art 55 L 184/83 come integrato dall art 300 cc.

Il Tribunale, essendoci specifica domanda sul punto, deve pronunciarsi anche sugli effetti consequenziali della sentenza che dichiara la filiazione (art 277 cc) ed in particolare in relazione al legame parentale tra ... adottato e parenti dell'adottante, in quanto pronuncia da cui discendono importanti effetti per la tutela degli interessi patrimoniali del figlio, quanto meno sul piano ereditario.

Nel pronunciare sul punto il Tribunale deve applicare necessariamente la norma di cui all'art 55 L 184/83 in combinato disposto con l art 300 comma secondo cc che specifica che nei casi di adozione in casi particolari " l' adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato ed i parenti dell'adottante" e sulla base di tale disposizione dovrebbe respingere il ricorso in punto di dichiarazione degli effetti consequenziali della sentenza di adozione relativamente al rapporto di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Nel caso in esame la minore M. V. E. per effetto della pronuncia di adozione ex art 44 lett d) L 184/83 si troverebbe rispetto al genitore adottivo (M. M.) in condizione differenziata rispetto al genitore biologico (V. S.), non potendo godere di uno "status filiationis" di eguale portata.

Ed infatti nei confronti del genitore biologico ella e' considerata " figlia" a tutti gli effetti, mentre nei confronti del genitore adottivo vedrebbe declassato il suo stato di figlia a causa della previsione normativa dell'art 55 L 184/83 che, richiamando l'art 300 comma 2 cc, afferma che "l'adozione non induce alcun rapporto civile tra adottato ed i parenti dell'adottante".

L' applicazione della norma citata appare pero' contrastare con i principi di eguaglianza sostanziale e con il principio di parita' di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli art 3 e 31 Cost ed stato inverato dalla riforma sulla filiazione (l 219/2012) e dal rinnovato art 74 cc che ha reso unico senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli status filiali con la sola eccezione dell'adozione del maggiorenne, ingenerando ancor piu' perplessita' sulla compatibilita' costituzionale della conservazione di un regime differenziato nei diversi regime di genitorialita' adottiva previsti dal nostro ordinamento.

Tale differenziazione si giustificava, nel progetto inziale della legge, allorquando l'adozione in casi particolari si riferiva a situazioni in cui il minore, non versando in stato di abbandono, aveva comunque alle spalle una famiglia di origine con la quale non interrompeva il legame familiare; il legame adottivo, dunque, non si sostituiva, ma si aggiungeva al legame con la famiglia di origine, arricchendo il ventaglio delle relazioni familiari del minore e costituiva una soluzione sancita nell'interesse del minore.

Nell'attuale diritto vivente, rappresentato dalla evoluzione giurisprudenziale sopra richiamata che ha esteso la possibilita' di ricorrere all'adozione in casi particolari lett d) a situazioni in cui non vi e' alcun legame familiare preesistente da preservare, il regime differenziato non si giustifica piu' ed anzi appare una vera e propria discriminazione.

Impossibilita' di procedere con una interpretazione costituzionalmente orientata.

Non appare possibile interpretare in maniera conforme alla Costituzione l'art 55 L 184/83, integrato dall'art 300 comma 2cc, essendo la norma formulata in termini perentori, tali da non lasciare spazio ad interpretazioni alternative ("l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato ed i parenti dell' adottante").

Nel quadro legislativo cosi' delineato non appare neppure corretto sostenere una " abrogazione tacita" della norma di cui all'art 55 L 84/83 per effetto della disciplina introdotta dalla l 219/ 2012, atteso che ricorre il caso di abrogazione tacita solo quando tra due norme si crea una incompatibilita' tale da rendere impossibile la loro simultanea applicazione, mentre il legislatore

del 2016 ha inteso rimarcare la differenza tra le due forme di adozione, mantenendo chiaramente in vita i due regimi differenziati.

Infatti, alla luce dell'art 1 comma 20 L 76 2016 appare evidente la volonta' del legislatore di mantenere distinta l'adozione piena e legittimante, accessibile solo alle coppie unite in matrimonio, rispetto all'adozione casi particolari lett d) accessibile alle coppie non unite in matrimonio (art l comma 20 L 76/2016 "al solo fine di assicurare l' effettivita' della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole « coniuge », «coniugi » o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonche' negli atti amministrativi

e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonche' alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti").

Il legislatore ha inteso dunque escludere l'unione civile dalla adozione piena e legittimante, lasciando aperta la possibilita' alle unioni civili di intraprendere la strada dell'adozione in casi particolari lett d), secondo le "norme vigenti" e secondo il diritto vivente come forgiato dalle sentenze della Cassazione di cui sopra si e' detto.

Tuttavia la forma di adozione lett d) non crea un vero rapporto di filiazione, ma il riconoscimento di una situazione affettiva cui attribuisce diritti e doveri, negando comunque al figlio e all'adottante il diritto ad una relazione pienamente equiparata alla filiazione e pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorita' rispetto al genitore biologico

Profili di illegittimita' costituzionale

L'art 55 L 184/83 come integrato dall'art 300 comma 2 cc, in quanto applicabile, per effetto della evoluzione giurisprudenziale sopra richiamata, a fattispecie adottive sostanzialmente identiche a quelle disciplinate dall'adozione c.d legittimante, appare in contrasto con gli artt 3, 31 Cost, in quanto crea una ingiustificata disparita' di trattamento tra i figli adottivi di coppie unite in matrimonio ed i figli adottivi di coppie unite civilmente; appare altresi' in contrasto con l'art 8 CEDU , in quanto impedisce al minore inserito nella famiglia costituita dall'unione civile di godere pienamente della sua "vita privata e familiare" intesa in senso ampio, comprensiva di ogni espressione della personalita' e dignita' della persona ed anche del diritto alla identita' dell'individuo. In questa prospettiva si e' sempre piu' chiaramente affermata una valorizzazione dei legami familiari secondo i principi di uguaglianza e di bigenitorialita'.

PQM

Visti gli artt 134 e 137 Cost 1 della legge costituzionale 9.2.1948 e art 23 legge costituzionale 11.3.1953 n 87;

Dichiara

Rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimita' costituzionale dell'art 55 L 184/83 in combinato disposto con l'art 300 cc nella parte in cui stabilisce "l' adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato ed i parenti dell'adottante", per contrasto con gli artt 3,31 Cost , 117 comma 1 in relazione all'art 8 CEDU;

Sospende il giudizio

Dispone che la presente ordinanza sia notificata alle parti, al Presidente del Consiglio dei Ministri, e comunicata al Presidente del Senato e al Presidente della Camera dei Deputati;

Dispone che, all'esito, il fascicolo sia trasmesso unitamente alla prova delle avvenute notifiche alla corte Costituzionale.

Cosi' deciso in Bologna il giorno 15 luglio 2021

Il Presidente relatore: Filocamo

Corte di appello di Cagliari

Decreto 16 aprile 2021[1]

STATO CIVILE – ANNOTAZIONE – RICONOSCIMENTO DEL FIGLIO – PMA ETEROLOGA - OMOGENITORIALITÀ – CONTRARIETÀ ALL'ORDINE PUBBLICO - ESCLUSIONE

La Corte di appello conferma la decisione di primo grado con cui il Tribunale aveva statuito che l'Ufficiale di stato civile ha l'obbligo di annotare il riconoscimento del figlio, nato nell'ambito di un progetto di PMA di tipo eterologo da coppia dello stesso sesso, da parte della madre intenzionale.

Riferimenti normativi: art. 2 Cost., l. 40/2004, DPR 396/2000, artt. 315 e 316 c.c.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI
SEZIONE PRIMA CIVILE

composta dai magistrati:

dott. Maria Mura	Presidente
dott. Donatella Aru	Consigliere relatore
dott. Emanuela Cugusi	Consigliere

ha pronunciato il seguente:

DECRETO

Oggetto: stato civile

nel procedimento iscritto al n. 105 del Ruolo Generale degli Affari di Volontaria Giurisdizione per l'anno 2020 , promosso da:

MINISTERO DELL' INTERNO (c.f. (...)), in persona del Ministro in carica e la PREFETTURA DI CAGLIARI (c.f. (...)), in persona del Prefetto in carica, rappresentati e difesi per legge dall' (...) e presso la medesima domiciliati in via (...);

RECLAMANTI

CONTRO

(...) nata a (...) il (...), c.f.: (...), residente a (...) anche quale madre del minore (...), nato a (...) il (...), c.f.: (...), elettivamente domiciliata in (...) in viale (...) presso lo studio dell'avv. (...) che la rappresenta e difende in forza di procura allegata alla comparsa di costituzione;

1 Nota di richiami: Nel confermare la decisione del giudice di prime cure, la Corte di appello di Cagliari, previa ampia ricostruzione dello stato dell'arte, anche alla luce delle recentissime sentenze della Corte Costituzionale nn. 32 e 33/2021, stabilisce che, a fronte di una verifica positiva circa la sussistenza nel caso di specie di un preminente interesse del minore nato a seguito di PMA eterologa praticata da due donne a vedere riconosciuto il relativo status filiations, quest'ultimo trova una solida tutela attraverso l' interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 della L. n. 40 del 2004 che emerge dalla lettura combinata dell'evoluzione giurisprudenziale con le fonti sovranazionali, nazionali, costituzionali [D.A.]

(...) nata a (...) il (...) residente in (...) alla Via (...) c.f. (...) in proprio e quale rappresentante la responsabilità genitoriale del minore (...) nato a ((...) il (...) CF: (...), elettivamente domiciliata in (...) presso lo studio dell'avv. (...) che la rappresenta e difende in forza di procura allegata alla comparsa di costituzione;

COMUNE DI (...) contumace

RESISTENTI

e con l'intervento di (...) AVV. (...) (c.f. (...)), quale curatore speciale del minore (...), nato a (...) il (...) tale nominata con ordinanza della Corte d'Appello di Cagliari in data 10/12/2020 nella procedura RR 105/2020, relativa al suddetto minore, elettivamente domiciliata presso il proprio studio in (...) nella via (...), che nell'interesse del minore si costituisce e difende personalmente ai sensi dell'art. 86 c.p.c.; ammessa al patrocinio a spese dello Stato con delibera del Consiglio dell'ordine degli Avvocati di Cagliari in data 5 gennaio 2021 comunicata con nota prot. (...) in pari data;

INTERVENUTA

e

Pubblico Ministero in persona del Procuratore Generale.

INTERVENUTO PER LEGGE

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con nota 5 marzo 2019, prot. 23631 del 13 marzo 2019, il Vice Sindaco Ufficiale dello Stato Civile del Comune di (...) ha comunicato alla Prefettura di Cagliari di avere ricevuto, in pari data, la dichiarazione di riconoscimento di figlio naturale da parte di altro genitore dello stesso sesso della madre partoriente, con avvenuta annotazione sull' atto di nascita, che veniva così a riportare l' indicazione, quali genitori di (...), nato a (...) il (...): (A) della madre partoriente (...), nata a (...) il (...) e (B) di (...), nata a (...) il (...), per dichiarazione di riconoscimento di filiazione naturale.

Per la disapplicazione dell' annotazione hanno proposto ricorso in data 11 aprile 2019 al Tribunale Civile di Cagliari il Ministero dell' Interno e la Prefettura di Cagliari, deducendo che:

– il vigente ordinamento di stato civile e, in particolare, l' art. 30. D.P.R. n. 396 del 2000, dispone che gli atti di nascita si formano e si iscrivono nei registri indicando quali genitori la madre partoriente e il padre biologico; e l'annotazione del riconoscimento di filiazione di cui all' art. 43, negli atti così formati, richiede sempre la previa necessaria verifica, in capo al soggetto che effettua la dichiarazione, della condizione di paternità o maternità;
– l' atto del Vice Sindaco Ufficiale dello Stato Civile del (...) di (...) risultava, pertanto, posto in essere in violazione di tali norme;
– era, conseguentemente, loro interesse e dovere, per evidenti esigenze di tutela dell' uniforme applicazione della disciplina dell' accertamento della genitorialità, provvedere ad impugnare l' atto chiedendo che non può competere alla Sig.ra (...) lo stato di altro genitore, dello stesso sesso della madre partoriente, di (...).

Con atto in data 13 gennaio 2020, ha, a sua volta, domandato la disapplicazione dell'atto il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari.

(...) e (...) si sono costituite in giudizio e hanno resistito alla domanda, concludendo per la declaratoria di inammissibilità del ricorso e comunque nel merito per il suo rigetto.

In fatto, esse hanno esposto di essersi conosciute nel 2010 e che fin dal 12 giugno 2014 avevano avviato una stabile relazione affettiva, iniziando a convivere dall'agosto dell'anno 2017. Attuando un progetto di genitorialità già da tempo maturato nel corso della propria relazione sentimentale, esse avevano fatto ricorso in territorio tedesco alla procreazione medicalmente assistita (da ora PMA) di tipo eterologo, accessibile in Germania anche alle coppie di persone dello stesso sesso. In particolare, in data 17 novembre 2017, avevano espresso, in qualità di coppia, il proprio consenso alla tecnica di PMA, rappresentando la comune volontà di accedere alla fecondazione assistita e manifestando così l'intento di assumere congiuntamente la responsabilità genitoriale sul nascituro. Su loro concorde determinazione, si era sottoposta a metodica di PMA eterologa, dando corso alla gravidanza, (...) che il 17 agosto 2019 aveva partorito -in (...). Il 5 marzo 2019 (...) aveva riconosciuto come proprio figlio il minore (...), specificando nella dichiarazione resa all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di (...) che il minore era nato "a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita congiuntamente alla signora (...)." Essi vivevano stabilmente a (...) e, nell'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale, provvedevano alla

cura e all'educazione di Si è costituito in giudizio il Comune di (...) il quale si è rimesso alla decisione del Tribunale, evidenziando comunque che l'annotazione effettuata rispondeva ai principi elaborati dalla giurisprudenza di merito, di legittimità e della CEDU in materia.

Con decreto n. 1146/2020 pubblicato il 28 aprile 2020 il Tribunale di Cagliari ha rigettato il ricorso del Pubblico Ministero e le domande proposte dal Ministero dell'Interno e Prefettura di Cagliari, dichiarando integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

Con ricorso pervenuto telematicamente l'11 maggio 2020 hanno proposto reclamo davanti alla Corte d'Appello di Cagliari il Ministero dell'Interno e la Prefettura di Cagliari, riproponendo le stesse domande già spiegate in primo grado ed in epigrafe riportate.

(...) costituitasi in giudizio, ha preliminarmente esposto che alla fine del mese di gennaio 2020 era stata interrotta la relazione sentimentale con la signora (...) e pendeva davanti al Tribunale di (...) un giudizio ex art. 337 bis e ss. c.c. avente ad oggetto la regolamentazione della responsabilità genitoriale relativa al piccolo (...). Si è, quindi, rimessa alla decisione della Corte, esprimendosi comunque in senso favorevole all'accoglimento del reclamo proposto dalle amministrazioni.

(...) anch'essa costituitasi in giudizio, ha confermato le allegazioni in fatto della (...) e nel merito ha concluso per il rigetto del reclamo e la conferma del decreto impugnato.

È rimasto contumace il Comune di

E' intervenuto in giudizio il Pubblico Ministero che ha domandato alla Corte di riformare il provvedimento impugnato in accoglimento del ricorso del Ministero dell'Interno e della Prefettura di Cagliari.

Su istanza di (...), con ordinanza del 10 dicembre 2020, è stato nominato curatore speciale del minore (...) l'avv. (...), la quale si è costituita in giudizio con deposito di memoria di costituzione nella quale ha concluso per l'accoglimento del reclamo.

All'udienza del 9 aprile 2021 la Corte d'Appello di Cagliari si è riservata di decidere.

Sull'eccezione di inammissibilità dell'azione.

Nella memoria difensiva conclusiva del 2 marzo 2021, (...) ha eccepito l'inammissibilità delazione di rettificazione promossa ai sensi dell'art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000 dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura di Cagliari assumendo che le amministrazioni oggi reclamanti avrebbero dovuto proporre un giudizio ordinario di natura contenziosa avente ad oggetto un'azione di stato regolata dal codice civile, segnatamente, stante l'assenza di legame biologico/genetico tra la dichiarante ed il nato, l'azione di "Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità" disciplinata all'art. 263 c.c., mentre avevano invece instaurato un procedimento di volontaria giurisdizione regolato dalla suddetta norma.

La (...) ha quindi evidenziato che il Tribunale di Cagliari, pur qualificando correttamente la domanda svolta dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura di Cagliari, non aveva rilevato che nel caso scrutinato non si trattava di opporsi al rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile di raccogliere una dichiarazione di riconoscimento del nato da parte della cosiddetta madre intenzionale, ma si trattava di eliminare uno status di genitore già acquisito, dal momento che l'Ufficiale dello stato civile aveva recepito la dichiarazione da lei resa e l'aveva annotata a margine dell'atto di nascita di

L'unico strumento processuale per contestare l'intervenuto riconoscimento e, dunque, per eliminare lo status di genitore oggi a lei riconosciuto, era l'esercizio di un'azione di stato; a seguito dell'annotazione sull'atto di nascita di una dichiarazione di riconoscimento, lo status filiationis è tale per l'ordinamento italiano con ogni effetto di pubblicità legale: la situazione per essere eliminata avrebbe richiesto, quindi, l'esperimento di una azione ablativa di status da definirsi con sentenza, unico provvedimento che, con la sua attitudine al giudicato, poteva definire una vicenda sicuramente di natura contenziosa, non potendo ritenersi sufficiente a tal fine un decreto motivato ex art. 96 comma 3 D.P.R. n. 396 del 2000, deputato a definire un procedimento di volontaria giurisdizione.

Alla luce delle esposte considerazioni doveva essere eccepita l'inammissibilità del rito ab origine applicato dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura di Cagliari, con successiva adesione del Pubblico Ministero, eccezione rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

La fondatezza di tale eccezione trovava il conforto della giurisprudenza di legittimità (Cass., n. 12.193/2019) e della giurisprudenza di merito (Tribunale Napoli del 27.2.2020 e Tribunale La Spezia del 5.7.2019).

L'eccezione è stata contestata da tutte le controparti sotto il profilo della sua tardività e comunque infondatezza.

Deve in primo luogo rilevarsi che nel giudizio di primo grado la (...) e la (...), accomunate all'epoca dalla medesima difesa, avevano eccepito l'inammissibilità dell'azione proposta dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura di Cagliari sotto il profilo del difetto di legittimazione attiva a proporre il procedimento ex art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000.

Tale eccezione è stata superata dal giudice di prime cure osservando che il Pubblico Ministero, titolare della legittimazione attiva ex lege, si era costituito in giudizio proponendo, a sua volta, la doman-

da di rettifica dell'atto dello stato civile, e quindi riproponendo alla cognizione del Tribunale l'intera vicenda fattuale già oggetto dell'atto introduttivo delle amministrazioni che dovevano ritenersi titolari di un autonomo ed attuale interesse tale da legittimare l'intervento nel giudizio di rettificazione da altri regolarmente instaurato alla luce dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass., n. 12193/2019).

Nel presente giudizio, (...) la ha sollevato per la prima volta l'eccezione di inammissibilità del procedimento ex art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000 in quanto, in estrema sintesi, per eliminare lo status filiationis sussistente per effetto della dichiarazione di riconoscimento ricevuta dall'Ufficiale dello stato civile ed annotata sull'atto di nascita, avrebbe dovuto essere proposta un'azione di stato in sede contenziosa.

L'eccezione è tardiva e comunque è infondata.

È tardiva in quanto se è vero che l›inammissibilità della domanda può essere rilevata anche d›ufficio in ogni stato e grado del giudizio è altrettanto vero che ciò presuppone che sulla questione il giudice non si sia pronunciato, anche solo implicitamente, e su detta pronuncia non si sia formato il giudicato.

Il Tribunale, affrontando e risolvendo nei termini sopra esposti la questione pregiudiziale sollevata dalle signore (...) e (...) del difetto di legittimazione ad agire delle amministrazioni, ha riconosciuto la proponibilità della domanda avanzata dal Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000 e su tale questione pregiudiziale la (...) non ha proposto reclamo incidentale.

In ogni caso l'eccezione, il cui accoglimento peraltro condurrebbe all'inammissibilità della domanda proposta dal Pubblico Ministero, con conseguente caducazione del decreto, e non solo alla inammissibilità del reclamo cosi come sostenuto dalla (...), è infondata nel merito.

È pacifico principio della giurisprudenza di legittimità quello secondo cui il procedimento ex art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000 mira ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quella risultante dai registri dello stato civile, a causa di un vizio comunque originatosi nel procedimento di formazione dei relativi atti (cfr. Cass., n. 12193/2019; n. 13.000/2019; n. 21094/2009; n. 2776/1996; n. 10519/1990). Tale difformità può essere eliminata per espressa previsione della norma anche attraverso la cancellazione di un atto indebitamente registrato.

Tale finalità era quella perseguita dalle amministrazioni, e poi fatta propria dal Pubblico Ministero, che hanno agito contestando la corrispondenza dell'atto di nascita del figlio con la realtà generativa e chiedendo la disapplicazione dell'annotazione sull'atto di nascita di (...), nato a (...) il (...), già indicato come figlio di (...) nata a (...) il (...), nella sua qualità di madre partoriente, della dichiarazione di riconoscimento di figlio naturale da parte di (...) nata a (...) il (...), sul presupposto che il vigente ordinamento di stato civile e, in particolare l'art. 30 D.P.R. n. 396 del 2000 dispone che gli atti di nascita si formano e si iscrivono nei registri indicando quali genitori la madre partoriente ed il padre biologico.

Lo stesso Tribunale nel decreto reclamato, con una pronuncia del tutto rispondente al contenuto dell'azione spiegata, ha concluso per la piena corrispondenza tra quanto risulta dall'atto dello stato civile e la realtà fattuale, quale è alla luce dell'applicazione della legge che la disciplina, in quanto la L. n. 40 del 2004 come interpretata dal diritto vivente "consente di individuare anche (...) quale genitore intenzionale del minore, in ragione del consenso dalla medesima prestata al progetto di genitorialità condiviso, alla consapevole assunzione della responsabilità procreativa e all'applicabilità del complesso di norme che la stessa legge pone a tutela del nato anche nell'ipotesi, come quella in esame, di violazione dei requisiti di accesso alla PMA".

Sotto altro profilo deve richiamarsi l'art. 236 c.c. e altresì rilevarsi che nella sentenza n. 12193/2019 richiamata dalla (...) ed emessa a conclusione di un procedimento ex art. 67 L. n. 218 del 2015, la Corte di Cassazione ha precisato che "....la funzione della rettificazione resta infatti strettamente collegato con quella pubblicitaria propria dei registri dello stato civile e con la natura meramente dichiarativa delle annotazioni ivi riportate, aventi l'efficacia probatoria privilegiata prevista dall'art. 451 cod. civ., ma non costitutive dello status cui i fatti da esse risultanti si riferiscono."; risulta pertanto insussistente il presupposto posto a fondamento dell'eccezione in esame secondo cui l'annotazione nel registro dello stato civile, avendo determinato l'insorgenza di uno "status filiationis", per essere eliminata richiederebbe la proposizione di un'azione ablativa di status.

Né, ancora, appare condivisibile la tesi della (...) laddove sostiene che il procedimento ex art. 95 D.P.R. n. 396 del 2000 sia esperibile, come peraltro confermato dalle numerose pronunce da essa stessa richiamate, solo nel caso di rifiuto degli Ufficiali dello stato civile di procedere all'annotazione del riconoscimento del genitore intenzionale e non anche quando si debba procedere alla cancellazione dell'annotazione, cancellazione, come si è detto prevista, da detta norma.

Premesso che tale differenziazione di trattamento non sarebbe giustificata, in ogni caso si osserva che essa non trova riscontro nella giurisprudenza, considerato che con la sentenza n.8029/2020 la Corte di Cassazione si è pronunciata nel merito, accogliendolo, sul ricorso del Ministero dell'Interno e della Prefettura di Pistoia proposto contro il decreto della Corte d'Appello di Firenze del 19 aprile 2019 che aveva rigettato il reclamo del Pubblico Ministero avverso il decreto del 17 luglio 2018 con il quale il Tribunale di Pistoia aveva accolto la domanda della madre biologica e della madre intenzionale, dichiaran-

do illegittimo il rifiuto dell'Ufficiale di stato civile e disponendo la rettificazione dell'atto di nascita del minore, ai sensi dell'art. 95 L. n. 396 del 2000, mediante la sostituzione di quello esistente e la formazione di un nuovo atto di contenuto analogo, ma con l'indicazione di entrambe le ricorrenti in qualità di madri e l'attribuzione al minore dei relativi cognomi.

Alla luce delle esposte considerazioni, l'eccezione di inammissibilità del reclamo sollevata da (...) deve essere rigettata.

Nel merito

Il Tribunale di Cagliari, richiamando la motivazione del decreto del 16 gennaio 2020 della Corte d'Appello di Trento, ha ritenuto applicabile il complesso di norme che la L. n. 40 del 2004 detta a tutela del nato, inclusa l'instaurazione del rapporto di filiazione con entrambi i genitori di intenzione, anche nell'ipotesi di minore nato in I. da fecondazione eterologa praticata all'estero da una coppia omosessuale femminile.

Il giudice di prime cure ha riconosciuto prevalenza alla tutela dell'interesse dell'incolpevole nato alla conservazione di uno status già acquisito a seguito della nascita e del consenso prestato da coloro che hanno fatto ricorso alla PMA, scindendo tale profilo dalla valutazione di illiceità o liceità della tecnica di PMA concretamente utilizzata, considerata la formulazione letteralmente generale e onnicomprensiva dell'art.8 L. n. 40 del 2004, ai sensi del quale i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere a tali tecniche, senza alcun riferimento al necessario rispetto dei requisiti soggettivi e oggettivi di accesso alla PMA.

A tale conclusione il giudice è pervenuto all'esito di un percorso motivazionale i cui snodi essenziali possono così riassumersi:

– l'ordinamento non prevede un unico modello di genitorialità fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato, riconoscendo tre diversi tipi di genitorialità, vale a dire quella da procreazione naturale, quella da adozione legittimante e quella da PMA ex L. n. 40 del 2004;
– la filiazione giuridica non coincide con la discendenza o l'appartenenza genetica;
– la disciplina della pratica della nascita a seguito di fecondazione assistita è un sistema diverso e autonomo rispetto al modello previsto dal codice civile, che prevede il rilievo del consenso validamente prestato in un progetto di genitorialità condivisa come momento centrale, distintivo e caratterizzante il riconoscimento dello status di figlio del nato e che vuole, comunque, garantire l'esistenza del rapporto di filiazione, anche nell' ipotesi di ricorso ad una tecnica vietata, con la sola eccezione della maternità surrogata (artt. 8 e 9, L. n. 40 del 2004, cit.);
– l'art. 8 non attribuisce alcun rilievo alla condizione giuridica della coppia (equiparando ai coniugati i conviventi: art. 5, L. n. 40 del 2004, cit.) ma, enunciando una nozione priva di qualsivoglia indicazione in ordine al genere, permette di considerare ricomprese nella medesima anche le coppie dello stesso sesso;
– tali conclusioni non si pongono in contrasto con l' ordine pubblico, come già evidenziato dalla Corte di Cassazione con le sentenze n. 19.599/2016 e n. 14878/2017, che avevano riconosciuto la trascrivibilità nei registri di stato civile nazionale del valido atto di nascita del minore nato da due donne, nell'ambito di un progetto di genitorialità di coppia;
– l'art. 12 L. n. 40 del 2004 prevede una sanzione amministrativa pecuniaria soltanto a carico degli operatori sanitari che hanno provveduto alla PMA da parte di coppie di individui dello stesso sesso ma non prevede alcuna deroga all'applicazione dell' art. 8 e dell'art. 9 che esclude l'azione di disconoscimento da parte del padre o la richiesta di anonimato da parte della madre;
– diversamente opinando, si perverrebbe al risultato paradossale di applicare un trattamento differenziato al minore, nato nell' ambito di una coppia di donne che ha fatto ricorso alla PMA, a seconda che l' evento nascita si sia verificato nel territorio italiano oppure all' estero e sia stata successivamente chiesta la sua trascrizione.

Il Tribunale si è consapevolmente dissociato dalla sentenza n. 7668/2020 della Corte di Cassazione di cui ha evidenziato le criticità motivazionali, sostenendo, in primo luogo, che il dialogo tra giudici di merito e di legittimità debba proseguire e non già arrestarsi. Ha sostenuto che in quella motivazione non sembrava aver trovato adeguato spazio né era emersa un'adeguata considerazione della tutela dell'interesse del nato alla conservazione di uno status già acquisito, e ciò in distonia con quanto sostenuto dalle Sezioni Unite della stessa Corte nella sentenza n. 12193/2019, che aveva individuato come unico limite al principio di prevalenza dell'interesse del minore la violazione del divieto di maternità surrogata nonché dalla Corte Costituzionale, che, nella sentenza n. 221/2019, richiamata dalla Cass., n. 7688/ 2020, aveva affermato che una volta che la nascita si è verificata, dev'essere tutelato l'interesse del nato alla conservazione e al consolidamento delle relazioni familiari già instaurate. Anche in un'altra pronuncia la Corte di Cassazione (sent. n. 13000/2019) aveva affermato, in fattispecie di fecondazione

assistita post mortem, che il ricorso a PMA non consentita non esclude ed anzi impone l'applicazione di tutte le disposizioni riguardanti lo stato del figlio all' esito venuto al mondo.

I reclamanti censurano il decreto per i seguenti motivi.

– Primo motivo: "Falsa applicazione degli artt. 4, 5, 8, 9 e 12 L. n. 40 del 2004. Insussistenza della supposta dissociazione tra liceità della PMA e acquisto dello stato di figlio."

Essi evidenziano che il Tribunale ha convenuto che la (...) e la (...) avevano posto in essere all'estero una pratica di procreazione medicalmente assistita non consentita nello Stato italiano e che, essendo (...) nato in I. ed essendo la madre biologica e la madre intenzionale italiane, nessun elemento che potesse dar luogo all'applicazione delle norme di diritto internazionale privato era ravvisabile nell'ipotesi scrutinata.

Il primo giudice tuttavia aveva fondato la sua decisione sulla scissione del profilo della legittimità dell'acquisto dello status di figlio da quello della valutazione di liceità o illiceità della tecnica di PMA concretamente utilizzata.

Tale affermazione non trovava alcun sostegno normativo con riferimento alle coppie dello stesso sesso.

Una dissociazione tra liceità della pratica di PMA e legittimità dell'acquisto dello status di figlio era infatti contemplata solo nel testo dell'art. 9 L. n. 40 del 2004 anteriore alla pronuncia della sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014.

La dissociazione introdotta in via pretoria dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 13.000/2019 riguardava un caso di PMA omologa.

– Secondo motivo: "Falsa applicazione degli artt. 4, 5, 8, 9 e 12 L. n. 40 del 2004. Sicura esclusione dell'acquisto dello stato di figlio nel caso di PMA nella (...)coppia di persona dello stesso sesso."

Con tale motivo le amministrazioni evidenziano che non sarebbe seriamente contestabile che il legislatore del 2004 abbia voluto tenere fuori dall'area di applicazione della normativa le coppie di persone dello stesso sesso, dovendosi evidenziare che la materia coinvolge una pluralità di interessi di rilievo costituzionale il cui contemperamento spetta al legislatore chiamato a tradurlo in norme, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che ritenga maggiormente radicati nella coscienza sociale del momento storico considerato. La postulata dissociazione non può pertanto spingersi fino a far salvo l'acquisto dello status di figlio del cosiddetto genitore intenzionale nella coppia di sole donne o di soli uomini.

– Terzo motivo: "Falsa applicazione dell'art. 2 Cost. non configurabilità di un trattamento diverso di situazioni uguali, nel caso di presenza nella fattispecie di un elemento di estraneità, tale da determinare l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato."

Essi ritengono fuorvianti i richiami alle diverse soluzioni adottate dalla giurisprudenza di legittimità con le sentenze della Corte di Cassazione n. 14878/2017 e n. 19.599/2016, nelle quali viene in rilievo un problema di diritto internazionale privato che consente di non ritenere paradossale applicare un trattamento differenziato al minore a seconda che la nascita sia avvenuta in territorio italiano oppure all'estero.

Quarto motivo: "Violazione dell'art. 65 R.D. n. 12 del 1941. Omessa, insufficiente contraddittoria motivazione.", non sussistendo motivi per discostarsi dalle indicazioni rinvenienti nella sentenza n. 7668/2020 con la quale la Suprema Corte aveva dichiaratamente esercitato la sua funzione nomofilattica sulle questioni controverse.

Infine, per quanto possa occorrere, hanno censurato la violazione degli art. 95 ss., D.P.R. n. 396 del 2000 lamentando l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione laddove il Tribunale ha riconosciuto al Ministero dell'Interno e alla Prefettura di Cagliari la legittimazione ad intervenire e non quella di agire.

Nella memoria del 2 marzo 2021 i reclamanti hanno richiamato le pronunce n. 7668/2020 della Corte di Cassazione e n. 230/2020 della Corte Costituzionale medio tempore intervenuta producendo altresì i comunicati del giudice delle leggi sulle decisioni assunte nella pubblica udienza del 28 gennaio 2021.

Dette decisioni, le sentenze n. 32 e n. 33, sono state depositate dalla Consulta il 9 marzo 2021.

Esse sono state richiamate dai reclamanti, da (...) dal curatore del minore a sostegno della domanda di accoglimento del reclamo.

I. A seguito di queste recentissime pronunce del giudice delle leggi, il primo e fondamentale snodo su cui la Corte deve cimentarsi, riguarda lo spazio di intervento riservato al giudice di merito, a seguito di una pronuncia di inammissibilità della Corte Costituzionale; il quesito da porsi è, dunque, se oggi, per valutare il merito del reclamo, sia consentita un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente per dare tutela all'interesse del minore di vedersi attribuire lo status filiationis, annoverato a pieno titolo tra i diritti della personalità ed oggetto di tutela costituzionale, in particolare negli articoli 2 e 30 della Costituzione, e che si declina quale diritto alla propria identità personale, familiare e sociale e quale diritto ad instaurare relazioni legali ed affettive durature con entrambi i genitori che

devono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati, anche nei confronti della madre intenzionale.

A questo fine è essenziale esaminare il contenuto delle tre sentenze, soffermandosi, in particolare, sulla sentenza n. 32/2021 pronunciata con riferimento alla normativa applicata dal giudice di primo grado.

I.1. La sentenza n. 230/2020 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20, della L. 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) e dell'art. 29, comma 2, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 24, paragrafo 3, della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848, e alla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con L. 27 maggio 1991, n. 176, dal Tribunale ordinario di Venezia, con l'ordinanza del 3 aprile 2019.

Le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate avuto riguardo, quale primo e principale profilo, alla posizione degli adulti legati da una relazione omoaffettiva.

Secondo il rimettente, il combinato disposto delle norme censurate pregiudicherebbe, infatti, alcuni diritti inviolabili della persona, quali il diritto alla genitorialità e il diritto alla procreazione nell'ambito di una unione civile legalmente riconosciuta nell'ordinamento italiano; discriminerebbe i cittadini per il loro orientamento sessuale dando di fatto una tutela privilegiata a quelle coppie con maggiori possibilità economiche; introdurrebbe, in definitiva ed alla luce anche della legislazione europea, un irragionevole divieto basato su discriminazioni per mere ragioni legate all'orientamento sessuale dei componenti la coppia.

Occorre precisare, tuttavia, che questo profilo non ha interessato il provvedimento impugnato, che si è invece occupato di dare una lettura costituzionalmente orientata della L. n. 40 del 2004 attraverso il riconoscimento della tutela al nato nell'ambito di una coppia che abbia fatto ricorso alla PMA con un progetto di genitorialità condivisa, in una fattispecie vietata dall'ordinamento in quanto carente dei requisiti di cui all'art. 5 L. n. 40 del 2004.

Con riguardo al connesso e parallelo profilo attinente al vulnus che si assume arrecato all'interesse del minore, nel caso concreto in cui una delle due donne civilmente unite abbia (sia pur in violazione del divieto sub art. 5 della L. n. 40 del 2004), con il consenso dell'altra, portato a termine, all'estero, un percorso di fecondazione eterologa, da cui sia poi nato, in Italia, quel minore, la Corte Costituzionale così motiva: "9.1.- Per questo secondo aspetto, la giurisprudenza ha già preso in considerazione l'interesse in questione, ammettendo l'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della L. 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia). In questa chiave, "si esclude che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962)" (sentenza n. 221 del 2019). Una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la "madre intenzionale ", che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore. "

È di tutta evidenza che tale sintetica statuizione debba essere integrata con l›articolata motivazione incentrata sul «best interest of child» della sentenza n. 32/2021, di cui si darà conto dettagliato nel proseguo; pare tuttavia significativo che sia stata avvalorata a fronte del vuoto normativo rilevato, al fine di assicurare comunque una tutela immediata all›interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con la madre intenzionale, la scelta della Corte di Cassazione di una interpretazione costituzionalmente orientata dell›art. 44 lett. comma 1 lett. d L. n. 184 del 1983.

I.2. La sentenza n. 33/2021 ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della L. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lettera g), della L. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto intemazionale privato), e dell'art. 18 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), sollevate - in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989,

ratificata e resa esecutiva con L. 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) - dalla Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, con l'ordinanza del 29 aprile 2020.

Le questioni di legittimità costituzionale esaminate dal giudice delle leggi riguardano, in sintesi, lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12 comma 6 della L. n. 40 del 2004, in relazione alla quale si sono pronunciate le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione con la sentenza n. 12.193/2019, che ha qualificato come principio di ordine pubblico il divieto di surrogazione di maternità stabilito da detta disposizione. Dette questioni non rilevano nel presente giudizio, al quale sono del tutto estranee.

I.3. Rilievo pregnante e fondamentale ai fini della presente decisione assume, invece, la sentenza n.32/2021 che, come anticipato, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della L. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e 250 del codice civile, sollevate - in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con L. 27 maggio 1991, n. 176, e agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848 - dal Tribunale ordinario di Padova, con l'ordinanza del 9 dicembre 2019.

Tale ordinanza è stata pronunciata nell'ambito di un procedimento promosso dalla madre intenzionale di due gemelle nate in Italia a seguito del ricorso a tecniche di PMA alle quali si era sottoposta l'allora sua compagna, per ottenere, in via principale, l'autorizzazione a dichiarare all'Ufficiale dello stato civile di essere genitore ai sensi dell'art. 8 della L. n. 40 del 2004 o di essere dichiarata tale dalla sentenza dello stesso Tribunale per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa ai sensi dell'art. 6 della stessa legge.

Il giudice remittente precisava che era inequivocabile la condivisione del progetto di PMA, che le parti avevano convissuto dopo la nascita delle bambine per quasi cinque anni, con coinvolgimento di entrambe nella cura, nell'educazione e nella crescita delle stesse, che la relazione fra le due donne era cessata, che le bambine erano nate in Italia ma non vi era stata alcuna dichiarazione congiunta davanti all'Ufficiale di stato civile in occasione della nascita, che la madre biologica aveva negato l'assenso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 comma I lettera d) della L. n. 184 del 1983.

Soggiungeva, altresì, che, nonostante la partecipazione ad un progetto condiviso di maternità, la convivenza durata cinque anni ed una relazione genitoriale di fatto intrattenuta con le bambine fino al 2017, queste erano legalmente figlie della sola madre biologica che non consentiva al riconoscimento nell'adozione e vietava ogni rapporto con la ricorrente madre intenzionale tanto da doversi richiedere anche l'intervento del Tribunale per i Minorenni.

Il Tribunale ordinario di Padova ha quindi dubitato della legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della L. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e dell'art. 250 del codice civile, in quanto, sistematicamente interpretati, non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. Tale vuoto di tutela infatti esorbiterebbe dal margine di discrezionalità riservata in tale materia al legislatore e determinerebbe la violazione di una serie di diritti e interessi costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, specificamente individuati.

La Corte Costituzionale, dopo aver riconosciuto la preminenza dei diritti ed interessi dei nati in Italia a seguito di PMA eterologa praticata da due donne in un altro paese e valutate le lacune dell'ordinamento ha così motivato:

> "2.4.1.4.- Al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio. Serve, ancora una volta, attirare su questa materia eticamente sensibile l'attenzione del legislatore, al fine di individuare, come già auspicato in passato, un "ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana" (sentenza n. 347 del 1998). Un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato.
>
> Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori. Si auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale.
>
> In via esemplificativa, può trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione. Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe

di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il "miglior interesse del minore". Esso, inoltre, eviterebbe le "disarmonie" che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all'attenzione di questa Corte. Come nel caso in cui si preveda, per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello status di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari, laddove, invece, lo status - meno pieno e garantito - di figlio adottivo, ai sensi dell'art. 44 della L. n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione. Il terreno aperto all'intervento del legislatore è dunque assai vasto e le misure necessarie a colmare il vuoto di tutela dei minori sono differenziate e fra sé sinergiche.

Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia. "

Non può revocarsi in dubbio che il giudice delle leggi abbia riscontrato con chiarezza l'esistenza di una situazioni di incompatibilità della legislazione vigente regolante la materia, e non della singola norma, con il dettato costituzionale; la seconda considerazione è che la dichiarazione di inammissibilità è riferibile alla volontà della Corte di rispettare la discrezionalità del legislatore e di non "generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato.". Peraltro, e tale passaggio è particolarmente rilevante, la Corte rivolge un monito severo al legislatore, richiamandolo ad un intervento tempestivo per colmare detto vuoto di tutela.

Il monito con il quale si chiude la sentenza, segue ad una particolarmente approfondita e completa panoramica delle fonti costituzionali, delle norme e dei principi giurisprudenziali fondanti le ragioni dell'improcrastinabile necessità di un pieno riconoscimento di tutela in favore del minore nato a seguito di una scelta consensuale condivisa di genitorialità per mezzo di PMA praticata da una coppia di sesso femminile, non assicurata dall'applicazione della normativa in materia di adozione cosiddetta non legittimante in base ad una interpretazione estensiva dell'art. 44 comma I lett. d)L. n. 184 del 1983.

I.3.1. Ad avviso di questa Corte, la sentenza n. 32/2021 del Giudice delle leggi, di natura processuale - essendosi il giudizio definito con una pronuncia di inammissibilità - non preclude la verifica, alla luce dei motivi di impugnazione, della possibilità, riconosciuta dal giudice di primo grado, di una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente, ed in particolare degli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004 ai fini di assicurare piena tutela al minore nato a seguito di un tale progetto.

Le pronunce di inammissibilità della Corte non hanno in alcun modo inciso su tali disposizioni, non avendone il giudice delle leggi affermato neppure in parte motiva l'illegittimità costituzionale.

L'insussistenza di una preclusione, ed anzi la sussistenza di un dovere di percorrere la strada di una interpretazione costituzionalmente orientata, si ricava anche dalla approfondita motivazione della sentenza delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione n. 23106/2004, che seppure riferita specificamente alla posizione che nel nostro ordinamento assume il Supremo Collegio, chiarisce l'ambito di intervento degli organi investiti di potestà giurisdizionali. Dopo aver evidenziato i due distinti ordini di attribuzioni della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione e rilevato che "l'ambito delle funzioni attribuite agli organi investiti di potestà giurisdizionale è connotato dall'inderogabile dovere di non abdicare all'autonomia e all'indipendenza delle quali sono direttamente investiti dalla Costituzione" ha così statuito: "L'autonomia e l'indipendenza del giudice nell'interpretazione della legge sono presidiate, a loro volta, dalla garanzia apprestata dalla specifica previsione dell'art. 101, comma 2, Cost., dalla quale direttamente deriva la rigida tutela di un tale potere da possibili interferenze e condizionamenti esterni. ... Deve sottolinearsi, altresì, che l'autonomia riconosciuta dalla Costituzione ad ogni giudice non riguarda soltanto le operazioni ermeneutiche aventi ad oggetto leggi ordinarie ed atti con forza di legge, ma si estende al contenuto e alla portata delle disposizioni costituzionali, che si inseriscono nell'ordinamento come norme-principio, conformando i lineamenti del sistema e ponendosi quali imprescindibili parametri di riferimento nell'interpretazione delle disposizioni che lo costituiscono. A quest'ultimo riguardo, la Corte costituzionale ha propugnato da sempre la teoria della interpretazione "adeguatrice", sollecitando costantemente i giudici ad esercitare il potere-dovere di ricostruire il contenuto e la portata delle disposizioni di legge ordinaria alla stregua dei principi della Costituzione, in modo da attribuire alle disposizioni, tra i plurimi significati astrattamente possibili, quello che non sia in contrasto con i valori costituzionali. L'interpretazione adeguatrice corrisponde ad un preciso ed ineludibile dovere del giudice, il quale è tenuto a ricavare dalle disposizioni interpretate, tutte le volte che ciò sia possibile, norme compatibili con la Costituzione. Invero, il Giudice delle leggi ha precisato, a più riprese, che "in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (sentenza 356/1966), specificando che i giudici non possono abdicare all'interpretazione adeguatrice (ordinanza 451/1994) e che, nell'adempimento del compito di

interpretare le norme di cui devono fare applicazione, "di fronte a più possibili interpretazioni di un sistema normativo, essi sono tenuti a scegliere quella che risulti conforme a Costituzione" (ordinanza 121/1994)."

Si richiama altresì la Corte di Cassazione che nella sentenza n.12108/2018 ha ritenuto non opportuno seguire l'impostazione di cui alla sentenza n. 269/2017 della Corte Costituzionale (e quindi sollevare incidente di costituzionalità sul punto) precisando che "la sentenza è (sul punto) di inammissibilità e sotto altro profilo di rigetto e quindi non ha natura obbligante per il Giudice ordinario offrendo solo una proposta metodologica".

I.3.2. Sotto questo profilo si impongono nell'immediato alcune considerazioni sul contenuto della sentenza n. 32/2021.

La Corte Costituzionale ha ritenuto di escludere il profilo di inammissibilità della questione inerente alla mancata interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni censurate, dando atto che il Collegio rimettente aveva verificato la possibilità una tale interpretazione con esito negativo, ma non ha anche preso posizione circa la correttezza dell'opera ermeneutica compiuta dal giudice al fine del vaglio di una lettura costituzionalmente orientata.

Premesso che è pacifico principio della giurisprudenza costituzionale che ai fini del giudizio di ammissibilità é sufficiente la considerazione della praticabilità di tale interpretazione costituzionalmente orientata in quanto "tanto basta, poiché attiene al merito, e non più all'ammissibilità della questione, la condivisione o meno del presupposto interpretativo della normativa censurata (da ultimo, sentenze n. 32 e n. li del 2020, n. 189, n. 187 e n. 179 del 2019)" (così Corte Cost. n. 230 del 2020), si vuole qui sottolineare che nella sentenza n. 32/2021 la Corte Costituzionale dà atto dell'esistenza sul punto di una divergenza di interpretazione tra i giudici di merito senza tuttavia prendere posizione circa la correttezza dell'una piuttosto che dell'altra. ("L'interpretazione accolta dal Collegio rimettente, peraltro, è stata successivamente confermata dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 aprile 2020, n. 8029, e sentenza 3 aprile 2020, n. 7668). Alcune pronunce di merito l'hanno, invece, disattesa, proprio in considerazione della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, "di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli, da principio, certezza e stabilità", tenendo distinta la questione relativa allo stato del figlio da quella inerente alla liceità della tecnica prescelta per farlo nascere (fra gli altri, Tribunale di Brescia, decreto 11 novembre 2020, Tribunale di Cagliari, sentenza n. 1146 del 28 aprile 2020. In termini analoghi, Corte d'appello di Roma, decreto 27 aprile 2020). In ogni caso, l'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa denunciata è stata esplorata e consapevolmente scartata dal Collegio rimettente, "il che basta ai fini dell'ammissibilità della questione (sentenza n. 189 del 2019)" (sentenza n. 32 del 2020)"), a differenza per esempio di quanto si legge nella sentenza n.221/2019 ("L'affermazione appare corretta") e nella sentenza n. 230/2020 ("5. Nel merito è, in primo luogo, comunque esatta la premessa esegetica da cui muove il giudice a quo. "), ma limitandosi a rilevare il vuoto normativo a fronte delle questioni sollevate dal Tribunale di Padova.

Giova segnalarsi che per costante giurisprudenza della Corte Costituzionale l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di remissione, con la conseguenza che non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità (per tutte, Cort. Cost., sent. n.221/2019 e pronunce in essa richiamate; sent. n.275/2013, ord. n. 10/2014, sent. n. 162/2014).

La Consulta non ha pertanto assunto alcuna posizione sulle diverse interpretazioni affermatisi nella giurisprudenza di merito e di legittimità della normativa vigente nella materia oggetto di giudizio e, in un altro passaggio fondamentale della sentenza, ha dato atto della utilizzazione degli strumenti normativi esistenti da parte degli interpreti per tutelare il miglior interesse del minore, auspicando sì un intervento sistematico del legislatore, ma senza censurare le soluzioni adottate in via provvisoria dai giudici ("Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il "miglior interesse del minore ".).

I.4. Tanto chiarito in ordine alla portata della pronuncia di inammissibilità, ritiene poi questo Collegio che l'esigenza di tutela dei diritti individuati nell'approfondita analisi che la stessa Corte Costituzionale ha effettuato delle norme e dei principi nazionali e sovranazionali, non possa attendere l'intervento legislativo, incerto quanto meno nei tempi, e che esso debba pertanto verificare, alla luce dei motivi di reclamo, se sia praticabile nell'ordinamento l'interpretazione costituzionalmente orientata fatta propria dal Tribunale, per assicurare detta tutela. Tale operazione ermeneutica non rappresenta un'invasione della sfera di intervento rimessa al legislatore.

Tale conclusione trova conforto nella motivazione con la quale la Corte di Cassazione n. 8029/2020, sulla quale ci si soffermerà appresso, ha rigettato la relativa eccezione sollevata dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura di Pistoia: "L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore ricorre infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità, soltanto nel caso in cui il giudice non si sia limitato ad applicare una norma giuridica esistente, ma ne abbia creata una

nuova, in tal modo esercitando un'attività di produzione normativa estranea alla sua competenza. Tale vizio non è ravvisabile nel decreto impugnato, il quale, nel dichiarare ammissibile il riconoscimento di un minore nato da una donna unita civilmente ad un'altra donna come figlio naturale di entrambe, nonostante l'assenza di un legame biologico con una di esse, ha fornito, a sostegno di tale conclusione, un'interpretazione costituzionalmente orientata della L. n. 40 del 2004, secondo cui la violazione del divieto di applicare tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali non comporta l'esclusione di ogni rapporto tra il minore ed il convivente del genitore che abbia prestato il proprio consenso all'utilizzazione delle predette tecniche, dovendosi ritenere prevalenti l'interesse del minore al riconoscimento dello status filiationis ed il suo diritto alla bigenitorialità, realizzabile anche nello ambito delle unioni omosessuali, quali formazioni sociali idonee a consentire il libero sviluppo della personalità umana. In quanto ancorato a precisi indici normativi e puntuali richiami giurisprudenziali, tale percorso argomentativo, indipendentemente dalla sua condivisibilità, consente di escludere che la Corte d'appello abbia ecceduto i limiti del proprio potere giurisdizionale, risultando piuttosto difficile distinguere, nell'ambito del predetto ragionamento, gli aspetti prettamente interpretativi da quelli eventualmente creativi, la cui estraneità all'esercizio della giurisdizione dev'essere peraltro valutata anche alla luce del margine di creatività intrinsecamente proprio dell'attività ermeneutica: è noto d'altronde che alla Figura dell'eccesso di potere per sconfinamento nella sfera di attribuzioni del legislatore questa Corte ha riconosciuto una portata eminentemente teorica ed astratta, escludendone la configurabilità allorquando, come nella specie, il giudice si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la regula juris applicabile al caso concreto attraverso la ricostruzione della voluntas legis, anche se la stessa non sia stata desunta dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dal loro coordinamento sistematico, in quanto tale operazione non può tradursi nella violazione dei limiti esterni della giurisdizione, ma può dar luogo, al più, ad un error in judicando (cfr. Cass., Sez. Un., 27/06/2018, n. 16974; 12/12/2012, n. 22784; 28/01/2011, n. 2068)."Negli stessi termini Cass., S.U. n. 12193/2019.

II Ciò premesso, per le ragioni che si vengono ad esporre, questa Corte ritiene infondato il reclamo e per l'effetto conferma il decreto impugnato.

I primi tre motivi di impugnazione delle amministrazioni resistenti con cui sono statè censurate la "Falsa applicazione degli artt. 4, 5, 8, 9 e 12 L. n. 40 del 2004. Insussistenza della supposta dissociazione tra liceità della PMA e acquisto dello stato di figlio.", la "Falsa applicazione degli artt. 4, 5, 8, 9 e 12 L. n. 40 del 2004. Sicura esclusione dell'acquisto dello stato di figlio nel caso di PMA nella coppia di persona dello stesso sesso.", la "Falsa applicazione dell'art. 2 Cost. non configurabilità di un trattamento diverso di situazioni uguali, nel caso di presenza nella fattispecie di un elemento di estraneità, tale da determinare l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato." e che, in quanto strettamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente, devono essere infatti disattesi.

Il principio secondo cui in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i Tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei "migliori interessi" (best interests) o dell'"interesse superiore" (intérêt supérieur) del minore, secondo le formule utilizzate nelle rispettive versioni ufficiali in lingua inglese e francese, fu espresso anzitutto nella Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959. Di qui tale principio è confluito - tra l'altro - nell'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo e nell'art. 24, comma 2, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Tale principio è stato altresì considerato dalla giurisprudenza della Corte EDU come specifica declinazione del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 CEDU (ex multis, Grande camera, sentenza 26 novembre 2013, X contro Lettonia, paragrafo 96).

Il thema decidendum del presente giudizio è, come sopra detto, quello di verificare se il preminente interesse del minore nato a seguito di illecita PMA eterologa praticata da due donne a vedere riconosciuto il suo status filiations nei loro confronti ovvero il diritto alla sua identità personale, familiare e sociale, alla certezza e alla riconoscibilità delle relazioni con coloro, madre biologica e madre intenzionale, che ne hanno voluto la nascita nell'ambito di un comune progetto di vita, assumendosene le relative responsabilità con la prestazione del consenso all'utilizzazione delle predette tecniche, possa ricevere tutela nel nostro ordinamento attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 della L. n. 40 del 2004.

La sussistenza e la portata di tale interesse sono state riconosciute con forza, attraverso esaurienti, ampi e approfonditi riferimenti alle fonti sovranazionali, nazionali, costituzionali e giurisprudenziali da ultimo sia nelle sentenze n. 32 e n. 33 del marzo 2021 della Corte Costituzionale ma anche nell'ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione n. 8325/2020 che ha sollevato la questione di legittimità poi dichiarata inammissibile con la sentenza n.33/2021.

A tali motivazioni questa Corte rimanda, non essendo in contestazione la sussistenza di tale diritto ed interesse e del suo fondamento costituzionale, quanto la verifica se e come ad esso possa accordarsi, allo stato, tutela nel nostro ordinamento attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 L. n. 40 del 2004.

Come sopra detto, tale verifica è stata compiuta positivamente dal giudice di prime cure.

Premesso che in diversi paesi, anche europei, la fecondazione eterologa tra coppie omoaffettive è consentita e del tutto legittimamente, pertanto, una coppia italiana omoaffettiva può recarsi all'estero per praticarla, non è in discussione che tale pratica procreativa in Italia non sia consentita: e ciò per espressa scelta del legislatore (art. 5 L. n. 40 del 2004: "(Requisiti soggettivi). 1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in eta' potenzialmente fertile, entrambi viventi.") non costituzionalmente censurabile (vedasi Corte Costituzionale n. 221/2019; n. 237/2019; n. 230/2020). L'illiceità della condotta della coppia genitoriale è pertanto punto fermo.

Ciò non esclude tuttavia, ad avviso della Corte, l'applicazione dell'art. 8 L. n. 40 del 2004 (Art. 8. "Stato giuridico del nato). 1. I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volonta' di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6.") a tutela del nato, operando le due questioni su piani diversi. Proprio tale diversità dei piani consente di poter affermare che non è di ostacolo alla soluzione interpretativa accolta dal giudice di primo grado e condivisa dalla Corte il fatto che la disciplina di cui alla L. n. 76 del 2016 non preveda che una coppia omosessuale possa adottare o possa accedere alla PMA. La diversità dei piani è ben colta d'altronde anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 32/2021 laddove al 2.2. rigetta l'eccezione di inammissibilità delle questioni per aberratio ictus sollevata dalla difesa statale.

Contrariamente a quanto sostenuto dai reclamanti con il primo motivo e con il secondo motivo, infatti, per le ragioni che seguono deve in primo luogo affermarsi che, sia nella L. n. 40 del 2004 che più in generale nel nostro ordinamento, sussistono elementi per affermare per un verso la scissione tra i due aspetti, costituito il primo dalla illiceità del ricorso alla tecnica di PMA ed il secondo dalla tutela del nato, qualora detta illiceità non contrasti con l'ordine pubblico interno e per altro verso che la scissione comporti il riconoscimento al nato della tutela di cui all'art. 8 L. n. 40 del 2004 anche nell'ipotesi di coppia genitoriale femminile omoaffettiva. Di conseguenza, anche in tal caso, il nato acquista lo stato di figlio riconosciuto non solo della madre che lo ha messo al mondo ma anche della madre intenzionale che, pur non avendo fornito alcun apporto biologico, è stata parte integrante del progetto di assunzione della responsabilità genitoriale, per aver prestato il proprio consenso all'utilizzazione della tecnica di PMA.

La praticabilità di tale interpretazione non pare sia stata sperimentata compiutamente dal Tribunale di Padova che ha ritenuto inapplicabile l'art. 8 per assicurare la tutela al nato nell'ipotesi per cui è giudizio, considerato che la versione originaria dell'art. 9 si riferiva solo al difetto del requisito oggettivo di cui all'art. 4 comma 3 della L. n. 40 del 2004 e non ai requisiti soggettivi di cui all'art.5 (su tale passaggio vedasi appresso) e che l'inapplicabilità di tale disposizione era stata sancita dalla Corte Costituzionale n. 237/2019. Con questa sentenza è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale della "norma che si desume" dagli artt. 250 e 449 del codice civile; 29, comma 2, e 44, comma 1, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127); 5 e 8 della L. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), per contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 3 e 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con L. 27 maggio 1991, n. 176, sollevata dal Tribunale ordinario di Pisa, nella parte in cui dette disposizioni non consentivano di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33 L. n. 218 del 1995. A tale sentenza fa un cenno anche Cass., n. 8029/2020.

In detta pronuncia della Consulta, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione in relazione al profilo della individuazione del suo oggetto, si legge infatti al 3.1.1.: "È pur vero che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA è legata anche al "consenso" prestato, e alla "responsabilità " conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa. Tanto, infatti, si desume sia dall'art. 8 della L. n. 40 del 2004 - per cui, appunto, i nati a seguito di un percorso di fecondazione medicalmente assistita hanno lo stato di "figli nati nel matrimonio" o di "figli riconosciuti" della coppia che questo percorso ha avviato - sia dal successivo art. 9 della stessa legge che, con riguardo alla fecondazione di tipo eterologo, coerentemente stabilisce che il "coniuge o il convivente" (della madre naturale), pur in assenza di un suo apporto biologico, non possa, comunque, poi esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Ma tutto ciò sempreché quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie "di sesso diverso". Per quanto espressamente disposto dall'art. 5 della predetta L. n. 40 del 2004, le coppie dello stesso sesso non possono accedere alle tecniche di PMA. "

Tuttavia tale indicazione, non vincolante per il giudice in quanto contenuta nella motivazione di una sentenza di inammissibilità (si richiama quanto sopra esposto), non sorretta da alcuna deduzione, espressa nel contesto di una delibazione sommaria di una eccezione preliminare alla trattazione del quesito posto dal giudice rimettente che riguardava altro, ad avviso del Collegio, alla luce delle articolate argomentazioni di cui si darà ora conto, non si ritiene possa inficiare la lettura dell'art. 8 operata dal giudice di primo grado.

Non può revocarsi in dubbio che la condotta illecita del ricorso alla PMA da parte di una coppia omoaffettiva non si ponga in contrasto con l'ordine pubblico interno: la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 32/2021 al paragrafo 2.4.1.3 chiarisce: "L'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della L. n. 40 del 2004, come già detto, non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali. Questa Corte ha già avuto occasione di affermare, in linea con la giurisprudenza di legittimità in materia di accesso alla PMA, che, da un lato, non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina; dall'altro, "non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore" (sentenza n. 221 del 2019)."

II. A sostegno della tesi dello svincolo tra illiceità della condotta e tutela del nato, svincolo contestato con il primo motivo dai reclamanti che affermano che non può condividersi l'assunto del giudice di prime cure che "altro sarebbe la liceità della pratica di PMA altro la legittimità dell'acquisto dello stato di figlio", depongono i seguenti elementi:

II.1. La stessa struttura della L. n. 40 del 2004 posto che il legislatore ha collocato nel capo II intitolato "accesso alle tecniche" gli articoli 4, 5 e 6 che prevedono i requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alla PMA; nel capo III intitolato "disposizioni concernenti la tutela del nascituro" gli articoli 8 e 9 a tutela del nato, nel capo V intitolato "Divieti e sanzioni" l'art. 12 che per quanto qui interessa dispone: art. 12: "2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi e' punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 Euro. ... 8. Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5"). L'art. 12, che presidia il rispetto dei requisiti soggettivi di accesso alla procreazione medicalmente assistita attraverso sanzioni amministrative per i soli operatori sanitari, non prevede quindi alcuna ripercussione sulla instaurazione del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale.

II.2. La portata onnicomprensiva del dettato letterale dell'art. 8 rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 162/2014 11-11.1: "Nella specie sono, peraltro, identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi. ... I profili ... concernenti lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori, sono ... anch'essi regolamentati dalle pertinenti norme della L. n. 40 del 2004, applicabile anche al nato da pma di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici. La constatazione che l'art. 8, comma l, di detta legge contiene un ampio riferimento ai "nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", in considerazione della genericità di quest'ultima locuzione e dell'essere la PMA di tipo eterologo una species del genus, come sopra precisato, rende, infatti, chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica "hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime". " L'art. 8 non subordina il conseguimento dello status filiationis al presupposto che il ricorso alla PMA sia avvenuto nel rispetto dei requisiti oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 1, 4 e 5 L. n. 40 del 2004, fa riferimento in generale alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ed alla coppia.

II.3 La considerazione che quando era vigente il divieto assoluto di fecondazione assistita eterologa (art. 4 comma 3), permessa oggi a seguito degli interventi della Corte Costituzionale con le sentenze n. 162 /2014 e 221/2019, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili e alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, lo stesso legislatore aveva previsto all'art. 9 il divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre a tutela del nato che acquisiva lo status di figlio ai sensi dell'art. 8; peraltro tale tutela oggi è riconosciuta al nato nelle ipotesi illecita di procreazione medicale eterologa praticata al di fuori dei casi consentiti; lo svincolo tra procreazione medicalmente assistita illecita per insussistenza dei requisiti oggettivi (art. 1 e art. 4) e tutela del nato è stato quindi espressamente previsto dallo stesso legislatore del 2004, di cui non è dubitabile la chiara volontà in tal senso.

II.4. La Corte di Cassazione nella sentenza n.13000/2019 ha riconosciuto espressamente tale distinzione dei piani anche nell'ipotesi di illiceità della procreazione medicalmente assistita per insussistenza di un requisito soggettivo: "7.1. E' chiaro, infatti, che qualsivoglia considerazione riguardante la valutazione in termini di illiceità/illegittimità, in Italia, della tecnica di P.M.A. in precedenza specificamente richiamata, oltre che, eventualmente, delle condotte di coloro che ne consentono l'accesso o l'applicazione, non potrebbe certamente riflettersi, in negativo, sul nato e sull'intero complesso dei diritti a lui riconoscibili. In altre parole, la circostanza che si sia fatto ricorso all'estero a P.M.A. non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse dal nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso, come, peraltro, affermato, con chiarezza, della Corte EDU nelle due sentenze "gemelle" Mennesson c. Francia (26 giugno 2014, ric. n. 65192/11) e Labassee c. Francia (26 giugno 2014, ric. n. 65941/11), oltre che sancito anche dalla Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 347 del 1998, che (ancor prima del sopravvenire della L. n. 40 del 2004) sottolineò la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di P.M.A. e la doverosa, e preminente, tutela giuridica del nato, significativamente collegata alla dignità dello stesso. Già in quella sede ci si preoccupò "...di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali.

Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato (...), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 Cost., ma ancor prima - in base all'art. 2 Cost. - ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare... " (cfr. C. Cost. n. 347 del 1998). Sostanzialmente nel medesimo senso, del resto, si è già esplicitamente pronunciata anche questa Suprema Corte nella fondamentale sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016 (benchè resa in vicenda affatto diversa da quella oggi in esame), secondo cui "le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla L. n. 40 del 2004 imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia non possono ricadere su chi è nato", di ciò essendosi mostrato consapevole lo stesso legislatore, il quale, all'art. 9, comma 1, ha previsto che, in caso di ricorso a tecniche (allora vietate) di procreazione medicalmente assistita addirittura di tipo eterologo (nel caso di specie, invece, si è in presenza, pacificamente, di una fecondazione omologa, sebbene post mortem), il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, nè impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (cfr., sostanzialmente nel medesimo senso, anche la successiva Cass. n. 14878 del 2017).".

È vero che, come sottolineato dalle amministrazioni reclamanti nella comparsa di costituzione, si trattava di una PMA omologa, ma è anche vero che essa non era consentita ai sensi dell›art. 5 alla stessa stregua della PMA in una coppia omoaffettiva, situazioni sotto il profilo della sanzione trattate allo stesso modo dall›art.12. Il principio secondo cui le conseguenze della violazione delle prescrizioni dei divieti posti dalla L. n. 40 del 2004, imputabili agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia, non possono ricadere su chi è nato, é specificamente affermato anche nella sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016 ed è a fondamento dell›ordinanza interlocutoria n. 8325/2020. Esso, a ben vedere, è anche recepito dalla sentenza a Sezioni Unite n. 12193/2019, richiamata più volte nel decreto del Tribunale, pur se si condivide il rilievo della Corte di Cassazione nella sentenza n. 8029/2020 che il caso al suo esame presentava elementi di estraneità all›ordinamento italiano: la Corte ha infatti affermato che il preminente interesse del minore alla conservazione dello status filiationis legittimamente acquisito all›estero, non potendo le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla L. n. 40 del 2004 imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia ricadere su chi è nato, era tuttavia destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità «il cui divieto, nell›ottica fatta propria dal Giudice delle leggi, viene a configurarsi come l›anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di auto-responsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il favor veritatis, che giustifica la prevalenza dell›identità genetiche biologica.».

II.5. L'interpretazione dell'inapplicabilità dell'art. 8 al nato da PMA illecita per essere i componenti della coppia dello stesso sesso, farebbe ricadere gli effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità in cui è stato concepito ed è nato. Tale ricaduta sarebbe in contrasto con l'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959 e resa esecutiva in Italia con la L. n. 176 del 1991. (art. 2: " 1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza; 2. Gli Stati parti adottano

tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari. "). Al riguardo devono richiamarsi le sentenze della Corte Costituzionale che, in nome del preminente interesse del minore, hanno superato la logica sanzionatoria della condotta dei genitori sottesa a diverse disposizioni normative (si richiamano le sentenze n. 102/2020; n. 7/2013; n. 31/2012; n. 494/2002). Peraltro la stessa Corte EDU ha sempre espresso indirizzi intesi a contrastare forme di discriminazione di categorie di figli in ragione delle circostanze della loro nascita (Corte EDU 13 giugno 1979 ric. 783/1974, Marcky c. Belgio; Corte Edu 1 febbraio 2000 ric. 34406/1997 Mazurek c. Francia; Corte Edu G.C. avis consultatif 10 aprile 2019, richiamata nell'ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione n. 8325/2020).

Alla luce degli esposti elementi si ritiene pertanto che non possa trovare accoglimento e debba essere rigettato il primo motivo di reclamo con il quale le amministrazioni negano la possibilità di dissociare l'illiceità della pratica illegale di PMA dalla tutela del nato.

III. Con il secondo motivo i reclamanti sostengono che, anche a voler riconoscere una dissociazione tra illiceità della pratica di PMA e legittimità dell'acquisto dello status di figlio, tale approdo non può spingersi fino a riconoscere "l'acquisto dello status di figlio del cosiddetto genitore intenzionale nella coppia di sole donne o di soli uomini".

Stante questa affermazione nella comparsa di costituzione deve subito precisarsi che, come evidenziato dalla sentenza n.221/2019 della Corte Costituzionale, mentre per le coppie omosessuali femminile la PMA si attua mediante fecondazione eterologa, "per le coppie omosessuali maschili, invece, la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso una pratica distinta: vale a dire la maternità surrogata (o gestazione per altri)".

Sulla differenza tra fecondazione eterologa e maternità surrogata si richiama Cass., S.U. n. 12193/2019. Il thema decidendum del presente giudizio non riguarda - né può riguardare - pertanto le coppie omosessuali maschili.

La tesi che l'art. 8 si applichi in difetto di un qualsivoglia requisito di accesso alla PMA, con l'eccezione della diversità di sesso dei componenti della coppia, è avallata dalle due pronunce della Corte di Cassazione, le sentenze n. 7668/2020 e n. 8029/2020, che hanno ritenuto legittimo il rifiuto dell'Ufficiale di stato civile di inserire, nell'atto di nascita di un minore nato in I. per effetto di PMA praticata all'estero, il nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica.

In dette pronunce (e tale interpretazione è quella fatta propria dal Tribunale di Padova nell'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità su cui si è pronunciata la sentenza n.32/2021) si esclude una dissociazione tra illiceità della PMA per insussistenza del requisito soggettivo della diversità di sesso e tutela del nato ovvero, in altre parole, si sostiene che l'insussistenza del requisito soggettivo della diversità di sesso di cui all'art. 5, si estenderebbe, impedendolo, alla successiva fase del riconoscimento del rapporto filiale nei confronti della madre biologica e della madre intenzionale.

III.1. Si ritiene pertanto in primo luogo necessario esaminare le motivazioni delle predette sentenze che, come si verrà a dire, a sommesso avviso del Collegio, non contengono argomentazioni che consentano di giustificare un trattamento differenziato per i nati da PMA illecita praticata da una coppia omoaffettiva, escludendoli dalla tutela di cui all'art.8.

III.1.1. In primo luogo, il Supremo Collegio non affronta in alcun modo le argomentazioni sopra esposte sulle quali si fonda la tesi della insussistenza di una obbligata correlazione tra illiceità della pratica di PMA e tutela del nato in forza dell'art. 8. Tale ultima disposizione non è neppure menzionata nella sentenza n. 7668/2020, la quale pertanto non dà alcun conto del ricco dibattito sulla operatività ed interpretazione di detta norma nella giurisprudenza di merito e nella dottrina.

Entrambe le sentenze fondano la decisione sul richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 221/2019 che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12 della L. n. 40 del 2004 nella parte in cui precludono alle coppie omossessuali il ricorso alla PMA.

Ma ad avviso del Collegio tale richiamo non pare determinante.

La sentenza n. 221/2019 affronta la questione di legittimità costituzionale del divieto di accesso alla PMA stabilito nei confronti delle coppie di cittadini dello stesso sesso, in quanto "entrambi i Tribunali remittenti mirano a rimuovere il requisito soggettivo di accesso alla PMA rappresentato dalla diversità di sesso dei componenti la coppia richiedente (unitamente al correlato presidio sanzionatorio)".

La Corte ritiene che il thema decidendum nel presente giudizio sia, pacifica la illiceità dell'accesso alla PMA di una coppia omosessuale, quello di verificare se una interpretazione costituzionalmente orientata della legislazione vigente consenta la tutela del nato.

La prospettiva nella quale si pone il giudice delle leggi in detta sentenza è quella anteriore alla venuta ad esistenza del figlio, è il sindacato costituzionale della valutazione della scelta del legislatore di richiedere la diversità di sesso dei componenti della coppia per l'accesso alla PMA.

Ed infatti precisa che la validità delle sue conclusioni non era inficiata dei più recenti orientamenti della giurisprudenza sul tema dell'adozione di minori da parte di coppie omosessuali per il fatto che l'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando mentre la PMA serve ad una coppia per avere un figlio non ancora venuto ad esistenza e realizzare così le sue aspirazioni genitoriali.

In altre parole la Consulta ha valutato l'interesse del nato a crescere nell'ambiente ritenuto dal legislatore, almeno astrattamente, il maggiormente adeguato alle sue esigenze di vita quale ostacolo al progetto di genitorialità nella coppia omosessuale prima della fecondazione e della nascita, ma non quale impedimento all'attribuzione dello status filiationis al momento della nascita.

In questa ottica devono essere letti i passaggi motivazionali, richiamati nelle sentenze della Corte di Cassazione del 2020, relativi all'idea di famiglia posta a fondamento di tale scelta del legislatore. "Di certo, non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato. In questa prospettiva, l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad instar naturae - due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile - rappresenti, in linea di principio, il "luogo " più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. .... Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole - come si è detto - che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni "di partenza""

Ma la Corte Costituzionale, nella sentenza n.221/2019, non ha in alcun modo affrontato, non essendo stata portata alla sua attenzione, la questione centrale della presente decisione, ovvero la tutela del nato a seguito di PMA praticata da una coppia omoaffettiva e pertanto illecita: ad avviso del Collegio, la pronuncia è pertanto neutra rispetto alla questione che lo occupa.

In altri termini, come sopra già detto, la questione relativa allo stato del figlio è diversa ed autonoma rispetto a quella della liceità della tecnica prescelta per farlo nascere. Solo di tale ultima questione si è occupata la sentenza n.

221 /2019 che non ha affrontato in alcun modo il problema della tutela del nato laddove, nonostante il divieto di legge, nasce per PMA in una situazione non ritenuta dal legislatore ideale per accoglierlo.

A fronte degli anzidetti passaggi motivazionali, pare opportuno peraltro ricordare, come sopra esposto, che la Corte di Cassazione con la sentenza n.13000/2019 ha riconosciuto la tutela ex art. 8 alla minore nata da fecondazione eterologa effettuata post mortem del padre, in mancanza, quindi, di quella situazione ideale che ad avviso del legislatore deve essere assicurata al bambino che deve nascere.

III.1.2. Nella sentenza n. 8029/2020 la Corte di Cassazione richiama a fondamento della decisione anche il paradigma della filiazione emergente dalle disposizioni del codice civile e dell'ordinamento di stato civile.

"L'intera disciplina del rapporto di filiazione, così come delineata dal codice civile rimane tuttora saldamente ancorata alla necessità di un rapporto biologico tra il nato e i genitori", volta a volta identificati con il padre e la madre. Ad avviso del Supremo Collegio "Il riconoscimento, ormai ampiamente diffuso nella coscienza sociale, della capacità delle coppie omosessuali di accogliere, crescere ed educare i figli ... non implica infatti lo sganciamento della filiazione dal dato biologico né giustifica la prospettazione di un meccanismo di instaurazione del relativo rapporto alternativo a quello fondato su tale dato ...". La Corte ha quindi escluso la "possibilità di ricollegare, in assenza di un rapporto biologico, l'instaurazione del rapporto di filiazione tra il minore ed il partner del genitore biologico al consenso di quest'ultimo prestato all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.". Essa quindi conclude che "il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con l'art. 4 comma terzo, della L. n. 40 del 2004 e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto."

Il passaggio motivazionale della sentenza n.8029/2020 ora riportato risulta in primo luogo non condivisibile alla luce della semplice considerazione che il legislatore del 2004 aveva, anche nell'ipotesi di nato a seguito di fecondazione eterologa all'epoca assolutamente vietata dall'ordinamento, in ogni caso previsto il definitivo acquisto dello status di figlio nei confronti dei genitori, a prescindere pertanto dal rapporto biologico con entrambi, sicuramente insussistente quanto meno per uno di essi.

Si impongono peraltro ulteriori considerazioni.

Il modello di filiazione considerato dal Supremo Collegio, che guarda quale modello alla coppia feconda di un uomo ed una donna, alla filiazione legittima, concepita e fondata sulla sola genitorialità riproduttiva per atto sessuate è quello previsto dal codice civile e tenuto presente dai costituenti, rispondendo al modello dell'epoca, quando non erano immaginabili altre forme di procreazione.

Ma oggi vi sono diversi modelli di filiazione: l'unico status di figlio si declina nel figlio generato, adottato o voluto con PMA, a seconda del modo in cui viene costituito, e solo nel primo caso vi può essere coincidenza tra lo stato di filiazione e verità genetica. Nel caso della PMA, essa può prescindere dal legame genetico con entrambi i componenti della coppia. È stato già superato dal legislatore l'approccio "naturalistico" al tema della filiazione in generale e di tale superamento dà atto sia la giurisprudenza costituzionale che di legittimità.

E' la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 32/2021 2.4.1.1. che afferma: "L'evoluzione dell'ordinamento, del resto, muovendo dalla nozione tradizionale di famiglia, ha progressivamente riconosciuto - e questa Corte lo ha evidenziato - rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica (sentenza n.272/2017), tenuto conto che "il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa" (sentenza n. 162 del 2014). L'art. 9 della L. n. 40 del 2004, nel valorizzare, rispetto al favor veritatis, il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore - come questa Corte ha rimarcato - "dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio" garantendo "il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione" (sentenza n. 127/2020)."; si richiama altresì la sentenza n. 205/2015 dove si legge che "l'interesse del minore trascende le implicazioni meramente biologiche del rapporto con la madre."

Anche la Corte di Cassazione nell'ordinanza interlocutoria n. 8325/2020 ha precisato: "Né può affermarsi che sia principio generale del nostro ordinamento giuridico che lo stato di filiazione sia esclusivamente legato al contributo biologico del genitore al concepimento e alla nascita del figlio; invero l'adozione e la legittimità dell'accesso alle tecniche di procreazione eterologa smentiscono tale assunto. Per altro verso la possibilità per la donna di partorire anonimamente e di non costituire legame di filiazione smentisce un nesso indissolubile fra genitorialità biologica e giuridica." La Corte nella sentenza n. 19599/2016 ha affermato che "La regola secondo cui è madre colui che ha partorito, giusta l'art. 269, comma 3 c.c. non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale" ed "è norma riguardante la prova della maternità"; la sentenza n. 48696/2016 della Cassazione Penale rammenta che "Nel quadro legislativo attuale, il concetto di discendenza non ha, dunque, riguardo soltanto ad un fatto genetico, ma assume una connotazione giuridico sociale, dal momento che, oltre al legame biologico fra genitori e figlio, viene conferita dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, in quanto conseguente al ricorso delle tecniche di fecondazione artificiale (omologa o eterologa) secondo la disciplina fissata dalla citata legge n. 40, come modificata dal giudice costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014. Il nostro ordinamento riconosce dunque, in parallelo al concetto di genitorialità biologica, anche un concetto di genitorialità legale." Si richiama altresì la motivazione di Cass., n. 13.000/2019.

Ad avviso di questa Corte, pertanto, la questione della costituzione o meno dello status del figlio nato da PMA non può essere risolta applicando le norme del codice civile che presuppongono che la generazione sia il frutto di un rapporto sessuale tra un uomo ed una donna.

In tal senso si richiamano la sentenza n. 347/1998 della Corte Costituzionale e la sentenza n. 2315/1999 della Corte di Cassazione pronunciate ancor prima dell'entrata in vigore della legge del 2004, quando l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era consentita nel nostro ordinamento (vedasi Corte Costituzionale n. 162/2014).

La costituzione dello status di figlio deve trovare corretta disciplina per la filiazione adottiva nella L. n. 184 del 1983 che, a ben vedere, è una forma di genitorialità basata su intenzioni, volontà e consenso a cui il legislatore riconosce ampio valore, e per il figlio nato in conseguenza di PMA negli artt. 8 e 9 della L. n. 40 del 2004 in forza dei quali l'acquisto di tale status è stato fondato sull'intenzione di essere genitori, sul consenso che è stato causa del concepimento e della nascita e con il quale il genitore ha consapevolmente assunto la responsabilità nei suoi confronti (cfr. Cass., n. 13000/2019), consenso che può essere contestato soltanto dimostrando che mancava (cfr. Cass., n. 30294/2017).

III.1.4. Infine la Corte di Cassazione nella sentenza n. 8029/2020 a sostegno della propria tesi, dopo aver richiamato alcune pronunce che si riferiscono alla posizione della coppia genitoriale, in relazione alla posizione del minore ha fatto riferimento alla pronuncia Corte Edu sent. 26 giugno 2014 Menesson e Labassee c. Francia che pur osservando "che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione è destinato inevitabilmente ad incidere sulla vita familiare del minore, ha escluso la configurabilità di una violazione del diritto al rispetto della stessa, ove sia assicurata in concreto la possibilità di condurre un'esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie." La predetta violazione non sarebbe pertanto configurabile quando è in discussione il rapporto non con il genitore biologico ma con il genitore di intenzione, il cui mancato riconoscimento non preclude al minore l'inserimento nel nucleo familiare della coppia genitoriale né l'accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo status filiationis pacificamente riconosciuto nei confronti del genitore biologico.

Ad avviso di questa Corte, tali pronunce, richiamate anche dal Tribunale di Padova nella sua ordinanza, lungi dal rafforzare l'interpretazione del giudice di legittimità, sono nel senso opposto in quanto la Francia è stata condannata per non aver riconosciuto il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surroga di maternità da parte di coppia eterosessuale, essendo stata ritenuta sussistente la violazione dell'art. 8 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali con riguardo alla posizione dei minori, pur escludendo ogni pregiudizio nei riguardi dei genitori, avendo la Corte scisso pertanto le due posizioni.

Non sembra neppure condivisibile l'affermazione che il minore sarebbe tutelato a fronte del riconoscimento dello status filiationis nei confronti del genitore biologico. L'interesse del minore ad avere due genitori, e non uno solo, si pone in contrasto con la regola posta dall'art. 24 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo il quale "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse", principio valorizzato nel nostro ordinamento fin dalla L. n. 54 del 2006 che ha regolamentato l'affidamento condiviso ad entrambi i genitori e oggi consacrato dall'attuale formulazione del primo comma dell'art. 337 ter c.c.

Ed è importante rilevare che l'interesse alla bigenitorialità non viene declinato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 19.599/2016 come diritto ad avere genitori di sesso diverso ma viene affermato con riguardo a una coppia genitoriale omosessuale.

In conclusione, questo Collegio ritiene di discostarsi dagli arresti della giurisprudenza di legittimità sopra richiamati in quanto, a suo sommesso avviso, per le ragioni esposte, le argomentazioni in essi sviluppate non convincono della fondatezza della tesi di una obbligata correlazione tra illiceità della PMA per insussistenza del requisito soggettivo della diversità di sesso dei componenti della coppia e tutela del nato.

In difformità a tali arresti si si sono pronunciati il Tribunale di Brescia (decr. 11 novembre 2020), il Tribunale di Genova (decr. 4 novembre 2020) e la Corte d'Appello di Roma (decr. 27 aprile 2020).

IV. Per contro, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 e la sua applicabilità a tutela del nato in I. all'ipotesi di illeceità della PMA per difetto della diversità di sesso dei genitori pare condivisibile per le seguenti ragioni.

IV.1 La differenziazione delle conseguenze della mancanza dei requisiti oggettivi e soggettivi dettati dagli artt. 1 e 4 e 5 della L. n. 40 del 2004, introduce una inammissibile gradazione di merito sulle differenti ipotesi di violazione di legge ed una ingiustificata discriminazione per i minori nati con fecondazione eterologa da una coppia omoaffettiva, la quale è pacificamente annoverata fra le formazioni sociali tutelate ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione (cfr. art. 1 L. n. 76 del 2016), in violazione dell'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959 e resa esecutiva in Italia con la L. n. 176 del 1991, sopra richiamato.

Infatti, come sopra detto, è pacifico che la L. n. 40 del 2004 assicuri la tutela dell'art. 8 al nato da fecondazione eterologa di coppia eterosessuale al di fuori dei casi in cui essa è consentita ai sensi dell'art. 4, ovvero in caso di illiceità della PMA per difetto di un requisito oggettivo, e la Corte di Cassazione con la sentenza n.13000/2019 ha riconosciuto detta tutela nell'ipotesi di fecondazione omologa vietata per insussistenza del requisito soggettivo dell'esistenza in vita di uno dei genitori.

IV.2. L'anzidetta differenziazione non può poi avere fondamento in ragioni ostative al riconoscimento dello status filiationis del minore correlate alla omosessualità dei componenti della coppia, così come peraltro riconosciuto dalla stessa sentenza n. 8029/2020. La giurisprudenza costituzionale e di legittimità è oramai in tal senso consolidata.

La Corte Costituzionale nella sentenza n.221/2019, richiamata nella sentenza n. 32/2021 (2.4.1.3) ha richiamato la sentenza n. 19599/2016 della Corte di Cassazione che, nell'escludere che la trascrizione nel registro dello stato civile in Italia di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne si ponga in contrasto con l'ordine pubblico, "ha rilevato da un lato, che non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere e anche generare figli; dall'altro, che non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore, dovendo la dannosità di tale inserimento essere dimostrata in concreto...." La Corte Costituzionale sempre nella stessa sentenza ha ricordato che la Corte di Cassazione si era peraltro già espressa in termini analoghi con riguardo all'affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale, dopo la manifestazione dell'omosessualità della madre e l'instaurazione, da parte sua, della convivenza con altra donna (Cass., n. 601/2013).

La Corte di Cassazione nella sentenza n. 12.962/2016 pronunciata in tema di adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della L. n. 183 del 1994, in favore del "partner" omosessuale del genitore naturale del minore, ha escluso che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse al minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'indi-

viduo all'assunzione della responsabilità genitoriale non esistendo "evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dall'omogenitorialità, come riconosciuto anche dalla sentenza di questa Corte n. 601 del 2013). "

La Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 14007/2018 ha statuito che: "Non è contraria all'ordine pubblico ed è quindi trascrivibile nei registri dello stato civile italiano la sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione piena dei rispettivi figli biologici, da parte di due donne di cittadinanza francese coniugate in Francia e residenti in Italia, poiché, ai sensi dell'art. 24 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, essa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico. Tale interesse, nella specie già vagliato dal giudice straniero, coincide con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo la circostanza che le stesse siano rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l'orientamento sessuale sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale. "

IV.3. La stessa Corte di Cassazione nelle sentenze n. 14878/2017 (nel caso all'esame la seconda madre era solo intenzionale, non avendo alcun rapporto genetico con il nato) e n. 19.599/2016 (richiamata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 221/2019) ha accolto l'istanza di rettificazione dell'atto di nascita del minore nato all'estero a seguito di fecondazione eterologa omoaffettiva già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica.

È vero, come sostenuto dalle amministrazioni con il terzo motivo di reclamo, che nei casi di specie è stata fatta applicazione delle norme di diritto intemazionale privato e la valutazione è stata effettuata avendo riguardo all›ordine pubblico internazionale.

Tuttavia non può condividersi la conseguente censura all'assunto del giudizio di primo grado secondo cui vi sarebbe "il risultato paradossale di applicare un trattamento differenziato al minore, a seconda che l'evento nascita si sia verificato nel territorio italiano oppure all'estero.", dovendosi quindi rigettare il terzo motivo di reclamo.

E' vero che nella sentenza n. 14878/2017 si legge: "Quanto alla nozione di ordine pubblico, si distingue correntemente tra ordine pubblico internazionale e interno, costituendo il primo un limite all'applicazione del diritto straniero, il secondo un limite all'autonomia privata indicato dalle norme imperative di diritto interno"; di conseguenza l'art. 5 L. n. 40 del 2004, che impone la diversità di sesso tra i genitori, pur non potendo costituire in un ambito internazionale in cui l'omogenitorialità è largamente riconosciuta, un principio di ordine pubblico internazionale che impedisca la trascrizione di atti di nascita o provvedimenti stranieri di figli di coppie genitoriali omoaffettive, potrebbe rappresentare teoricamente una disciplina inderogabile nell'ordinamento italiano, come ben evidenziato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 8029/2020.

Tuttavia accertato, come sopra detto, dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n.32/2021 che il limite della diversità di sesso stabilito dall'art. 5 L. n. 40 del 2004 non configura un limite di ordine pubblico interno, è altrettanto vero che il mancato riconoscimento dello status filiationis al nato a seguito di fecondazione eterologa omoaffettiva per il solo fatto di essere nato in I., e non all'estero seppure da una coppia omoaffettiva italiana, realizzerebbe un diverso trattamento del preminente interesse del minore a vedersi riconosciuto tale status legato esclusivamente al luogo di nascita, in Italia o all'estero, fatto del tutto casuale e spesso correlato alle capacità finanziarie della coppia genitoriale. (su tale profilo cfr. Corte Costituzionale n. 162/2014).

IV.4. L'anzidetta diversità di trattamento, peraltro, contrasta anche col principio generale di cui alle riforme del 2012 e 2013 che hanno introdotto il concetto di status unitario di figlio, stabilendo come regola generale, per tutte le ipotesi di filiazione, l'esistenza di un patrimonio comune di situazioni, diritti e prospettive. Si richiamano gli artt. 315 e 316 e ss. c.c. Deve sottolinearsi che rispetto a tali riforme, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 32/2021 (2.4.1.1) afferma che "L'evoluzione dell'ordinamento segna dunque un'ancor più accentuata consonanza con i diritti sanciti nella Costituzione." E' pertanto evidente che debba essere preferita una interpretazione dell'art. 8 in termini che consentano il rispetto di diritti costituzionalmente tutelati, verso cui hanno teso le recenti innovazioni in materia di filiazione.

In conclusione, alla luce delle esposte argomentazioni, deve essere rigettato anche il secondo motivo di reclamo.

V. Con il quarto motivo i reclamanti hanno censurato la violazione dell'art. 65 dell'ord. giud., essendosi il Tribunale discostato dalla pronuncia della Corte di Cassazione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica. Premesso che anche questa Corte, per le ragioni sopra esposte, ha ritenuto di discostarsi dai precedenti del giudice di legittimità, deve rilevarsi che la doglianza è infondata in quanto l'unico caso in cui il giudice è tenuto a conformarsi al precedente è quello previsto dal secondo comma dell'art. 384 c.p.c. ovvero il caso del giudizio di rinvio nel caso di accoglimento del ricorso in cassazione e cassazione della sentenza impugnata. Peraltro deve rilevarsi che il giudice di primo grado si è discostato dalla prima sentenza del 2020, esaurientemente motivando la sua decisione.

VI. Per quanto occorrer possa, si rileva infine che, ad avviso del Collegio, la presente decisione non trova alcun ostacolo negli artt. 11 e 12 del D.P.R. n. 396 del 2000. È vero che l'art. 11 rubricato "Contenuto degli atti" prevede al terzo comma che "3. L'ufficiale dello stato civile non puo' enunciare, negli atti di cui e'richiesto, dichiarazioni e indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto." e che l'art. 12 rubricato "Modalita' di redazione degli atti" prevede al primo comma che "1. Gli atti dello stato civile sono redatti secondo le formule e le modalità' stabilite con decreto del Ministro dell'interno, da emanarsi entro dodici mesi dalla pubblicazione del presente regolamento, le cui disposizioni entrano in vigore contestualmente a quelle contenute nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 10, comma 2."

Tuttavia si è ritenuto che, sebbene il testo del 2000 non riproduca quello originario del R.D. n. 1238 del 1939 (art.27) il quale prevedeva espressamente che quando le dichiarazioni rese innanzi all'ufficiale dello stato civile non si adattavano alle formule "sì stende l'atto secondo che le circostanze esigono", tale possibilità è ancora oggi riservata all'Ufficiale dello stato civile considerato il riferimento non solo alle formule "stabilite" dal Decreto del Ministero dell'Interno ma anche alle formule "permesse".

Per altro verso, nella disciplina dell'atto di nascita (artt. 29 e 30 D.P.R. n. 396 del 2000) si fa riferimento ai "genitori", senza ulteriori specificazioni, espressione che, in una lettura evolutiva della disposizione, può essere riferita a tutti coloro nei cui confronti è acquistato lo status filiationis.

Come è stato evidenziato, peraltro, l'ordinamento dello stato civile è funzionale al diritto sostanziale, è ad esso subordinato atteso che è quest'ultimo, di rango primario, a prevalere sulle norme di stato civile ed a disciplinare le situazioni giuridicamente rilevanti, essendo esso sua declinazione meramente formale.

D'altronde non può tacersi che le anzidette disposizioni normative non sono state ostative alla formazione dell'atto di nascita di (...) che ha dato luogo al presente procedimento, da parte dell'Ufficiale dello stato civile del Comune di (...).

VII. In conclusione, ad avviso della Corte il preminente interesse del minore (...) di essere riconosciuto figlio di entrambe coloro che, all'interno di una relazione affettiva, hanno concorso alla sua nascita realizzando un progetto condiviso, si sono assunte consapevolmente le responsabilità nei suoi confronti prestando il consenso alla PMA e sono tenute ad adempiere ai doveri che ne discendono, per le argomentazioni sopra esposte, trova tutela nel nostro ordinamento attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8, dovendosi confermare la decisione del Tribunale. Non sono infatti stati ravvisati, alla luce dei motivi di reclamo delle amministrazioni e dei precedenti della giurisprudenza di legittimità, elementi che escludano la praticabilità di una tale interpretazione del dettato normativo, alla quale il giudice è obbligato laddove è possibile, per attuare la tutela di un preminente interesse del minore di rilevanza costituzionale.

Considerato che nel presente grado la madre biologica e la madre intenzionale hanno assunto una diversa posizione, comune invece davanti al Tribunale, rispetto alla questione giuridica sottoposta al vaglio di questo Collegio, letta la comparsa di costituzione di (...), si ritiene opportuno precisare quanto segue.

La rottura della relazione sentimentale dei componenti della coppia genitoriale, eterosessuale o omosessuale che sia, non può e non deve essere letta nei termini di un fallimento del progetto di genitorialità condivisa, progetto che, superando quelle iniziali situazione di conflittualità che caratterizzano ogni separazione, dovrà essere comunque attuato, avendo (...) - come affermato più volte dal suo Curatore - diritto ad essere cresciuto, mantenuto ed educato da entrambe le madri che lo hanno voluto ancora prima del concepimento. Sotto questo profilo la contrapposizione tra madre biologica e madre intenzionale non può rilevare ai fini della presente decisione.

Per contro, "l'estrema preoccupazione" della madre biologica circa gli effetti che una conferma del provvedimento reclamato avrebbe potuto produrre "sul piano formale, sociale e sostanziale in relazione al proprio prioritario ruolo di madre naturale del piccolo (...)", la sua "acquisita consapevolezza della oggettiva difficoltà della genitorialità condivisa nei termini di cui alla fattispecie in discorso", confermano ancor di più l'importanza, evidenziata sia dal Tribunale di Padova che dalla Corte Costituzionale, di una tutela immediata dell'interesse preminente del minore alla bigenitorialità, a vedersi cresciuto da entrambe le persone, a prescindere dal sesso, che ne hanno voluto la nascita e che si sono assunte nei suoi confronti le relative responsabilità, senza subire le conseguenze di ripensamenti tardivi di uno dei componenti della coppia, esclusi dall'art. 9 L. n. 40 del 2004. Tale tutela, si ripete, la Corte ritiene, in conformità a quanto deciso dal giudice di primo grado, che possa essere accordata con una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente.

La complessità dei temi trattati e l'assenza di univoci precedenti giurisprudenziali impongono la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti del giudizio.

P.Q.M.

La Corte

1. Rigetta il reclamo proposto dal Ministero dell'Interno e dalla Prefettura di Cagliari e per l'effetto conferma il decreto pubblicato il 28 aprile 2020 del Tribunale di Cagliari.
2. Nulla per le spese;
3. Dispone che in caso di diffusione siano omesse le generalità delle parti ai sensi dell'art. 52 comma 3 D.Lgs. n. 196 del 2003.

Così deciso nella camera di consiglio della Prima Sezione Civile della Corte d'Appello di Cagliari il 16 aprile 2021.

Depositata in Cancelleria il 28 aprile 2021.

Tribunale di Roma

Decreto 18 aprile 2021[1]

STATO CIVILE – ANNOTAZIONE DA ALTRO UFFICIALE DI STATO CIVILE – ADEMPIMENTO - DISCREZIONALITÀ ESCLUSA.

L'ufficiale di stato civile che riceve una richiesta di annotazione da altro ufficiale dello stato civile che abbia iscritto la dichiarazione di riconoscimento del figlio di coppia omosessuale non può effettuare una diversa valutazione: trattandosi di mero adempimento amministrativo nell'interesse del titolare della posizione soggettiva, deve limitarsi ad eseguire l'annotazione dell'atto stesso.

Riferimenti normativi: D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 254 c.c.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
I SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Marta Ienzi	Presidente
dott. Vincenzo Vitalone	Giudice
dott. Filomena Albano	Giudice relatore

sciogliendo la riserva assunta nel procedimento n. (...) RGVG dell'anno 2019, tra (...) e (...) contro il Ministero dell'Interno, con l'intervento del pubblico ministero, ha pronunciato il seguente

DECRETO

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

(...) e (...) (quest'ultima anche nella qualità di genitore esercente la responsabilità sulla figlia minore (...), nata a R. il (...)) hanno proposto opposizione avverso il rifiuto dell'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Roma di procedere all'annotazione della dichiarazione di riconoscimento della figlia (...) resa da (...). Chiedevano di dichiarare illegittimo il rifiuto di annotare l'atto di riconoscimento della minore e per l'effetto ordinare al Comune di Roma l'annotazione del suddetto atto a margine dell'atto di nascita di (...) provvedendo così anche all'aggiunta dell'indicazione del secondo genitore, nella persona di (...)

Al riguardo, hanno esposto che, in attuazione di un progetto di genitorialità da tempo maturato nella loro relazione sentimentale, avevano fatto ricorso a Siviglia, alla Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) (tramite fecondazione con seme di donatore esterno), accessibile in Spagna anche a coppie dello stesso sesso. Hanno aggiunto di aver fatto ricorso alla pratica in qualità di coppia, esprimendo

1 Il Tribunale di Roma rileva che, nell'ipotesi di un atto di nascita formato all'estero e già annotato presso altro Comune, il rifiuto dell'ufficiale di stato civile del succesivo Comune di residenza è illegittimo, in quanto creerebbe la contemporanea esistenza di atti dal contenuto incompatibile rispetto al medesimo soggetto. Il decreto romano è tra le prime decisioni di merito successive ai moniti della Corte Costituzionale del 9 marzo 2021, nn. 32 e 32 rivolti al legislatore affinché intervenga con urgenza a colmare l'inidoneità dell'adozione in casi particolari a tutelare i diritti fondamentali dei bambini nati da due donne a mezzo di pma eterologa oppure da coppie etero o omosessuali a mezzo di gpa. [D.A.]

entrambe il relativo consenso e concordemente determinandosi a che alla metodica si sottoponesse (...) Era quindi nata a R. la minore, e, nell'atto di nascita, quale madre, era stata indicata la sola (...) Successivamente (...) aveva reso presso gli uffici dello stato civile del Comune di Cerveteri la dichiarazione ex art. 254 c.c., riconoscendo come propria figlia (...) ricorrendone i presupposti di cui agli articoli 8 e 9 L. n. 40 del 2004, e chiedendo l'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita, ma l'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Roma, dove l'atto doveva essere annotato, in quanto luogo di nascita della minore, aveva disatteso richiesta.

Nel presente giudizio, con l'intervento del Pubblico Ministero, si è costituito il Ministero dell'Interno, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Il procedimento instaurato è inquadrabile nella disciplina di cui all'articolo 95 D.P.R. n. 396 del 2000, a norma del quale chi intende opporsi ad un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale.

Nel caso in argomento, l'oggetto della opposizione riguarda il rifiuto dell'ufficiale di stato civile del Comune di Roma di provvedere all annotazione sull'atto di nascita della minore (cfr. art. 43 D.P.R. n. 396 del 2000) della dichiarazione di riconoscimento del figlio, fatta a norma dell'articolo 254 c.c. e iscritta nel registro dello Stato civile del Comune di Cerveteri.

Il legittimato passivo è il Ministero dell'Interno, che si è costituito in giudizio. Al riguardo infatti, nell'esercizio delle funzioni di ufficiale dello stato civile, il Sindaco agisce, ai sensi del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 1, in qualità di ufficiale del governo, e quindi non come organo di vertice e legale rappresentante dell'Amministrazione comunale, bensì come organo periferico della Amministrazione statale (Ministero dell'Interno), dalla quale dipende ed alla quale sono pertanto imputabili gli atti da lui compiuti nella predetta veste (il principio, invero pacifico, è stato anche recentemente ribadito dalla sentenza n. 12193/2019 Cass. Civ. SSUU).

Tanto premesso, va sottolineato che il presente caso si riferisce ad una vicenda in cui la coppia formata da due donne ha fatto ricorso, in Spagna (Paese ove è consentita tale pratica medica anche alla coppia dello stesso sesso) alla Procreazione Medicalmente Assistita eterologa (a mezzo di fecondazione con seme di donatore terzo), prestando entrambe il relativo consenso, e decidendo nel senso che alla metodica si sottoponesse (...) La minore, (...) è nata il (...)2017 in Italia, ove pertanto è stato formato l'atto di nascita, nel quale è indicata come madre (...) (donna che ha partorito).

Successivamente (...) ha reso presso gli uffici dello stato civile del Comune di Cerveteri dichiarazione ex art. 254 c.c., ma il riconoscimento non è stato annotato dall'ufficiale di Stato civile del Comune di Roma, competente per la relativa annotazione.

Osserva il Collegio che, non trattandosi di atto formato all'estero, bensì in Italia, ad esso dovrà essere integralmente applicata la disciplina interna (e ciò a prescindere da ogni indagine in ordine alla circostanza che la singola norma sia o meno qualificabile come di ordine pubblico, non trattandosi di atto formato all'estero, per il quale unico limite alla esecutività interna - posto dall'articolo 66 L. n. 218 del 1995 - è quello dell'ordine pubblico).

Le annotazioni a cura dell'Ufficiale di Stato Civile costituiscono atti aventi natura amministrativa, che mirano a certificare situazioni soggettive conseguenti a sopravvenienze o accadimenti giuridicamente rilevanti al fine di provocare un adeguamento nella sfera giuridica soggettiva della persona interessata; stando così le cose, gli adempimenti degli Uffici preposti si traducono in atti dovuti nell'interesse del titolare della posizione soggettiva.

Ne consegue che l'ufficiale di stato civile che riceve una richiesta di annotazione da altro ufficiale dello stato civile che abbia iscritto la dichiarazione di riconoscimento non può effettuare una autonoma e diversa valutazione ma deve limitarsi a eseguire l'annotazione dell'atto stesso. Invero egli non gode di discrezionalità alcuna in sede di annotazione a margine dell'atto di nascita della dichiarazione di riconoscimento già ricevuta e iscritta nei registri di altro Comune ai sensi dell'art. 42 e 102 del D.P.R. n. 396 del 2000.

L'esclusione di una autonoma valutazione dell'Ufficiale di stato civile, che deve provvedere alla annotazione di atto, proveniente da altro ufficiale dello stato civile, deriva altresì dalla necessità di evitare la contemporanea esistenza di atti dal contenuto incompatibile presso diversi comuni con riguardo al medesimo soggetto.

Su tali presupposti, il ricorso deve essere accolto, con spese compensate, attesa la novità della questione trattata.

Non sussistono ragioni per rendere il presente decreto provvisoriamente efficace ai sensi dell'art. 741 c.p.c.; la minore è adeguatamente rappresentata dal genitore che risulta dall'atto di nascita.

P.Q.M.

Visto l'art. 95 del D.P.R. n. 396 del 2000,

accoglie il ricorso e, per l'effetto, dispone che l'ufficiale dello stato civile del Comune di Roma annoti l'atto di riconoscimento della minore (...), effettuato in data (...)20l8 dalla sig.ra (...) innanzi all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Cerveteri;

dichiara compensate le spese di lite

Manda alla cancelleria per gli adempimenti e le comunicazioni di rito.

Dispone che in caso di utilizzazione del presente decreto in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi ivi riportati.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del Tribunale di Roma, in data 2 aprile 2021.

Depositata in Cancelleria il 18 aprile 2021.

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN: 2384-9495
genius@articolo29.it