

AUDIZIONE PARLAMENTARE RELATIVA AL PROGETTO DI LEGGE “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”

Associazione NONNI 2.0

a mezzo prof. PAOLO DE CARLI professore ordinario Università di Milano già titolare della cattedra di Diritto dell’economia

Sono soprattutto due gli aspetti di grave criticità che l’Associazione Nonni 2.0 vuole rilevare in merito al Progetto di legge Zan e altri n. 505.

Il primo (1.) riguarda i pericoli per la libertà di espressione del pensiero che derivano: a) dall’utilizzo in norme penali della nozione di “genere soggettivamente percepito” e b) da un concorso scorretto tra il diritto di libertà del pensiero e il principio di eguaglianza costituzionale.

Il secondo (2.) riguarda l’uso della norma penale in campi disciplinari in cui mancano le necessarie precedenti norme secondarie e amministrative sulle differenze di genere.

1) Pdl Zan, libertà di pensiero, nozione di “genere soggettivamente percepito” e principio di eguaglianza

1.1) Reati di odio ed esercizio odierno della libertà di pensiero

Iniziamo da alcune considerazioni a riguardo della introduzione nel diritto penale di fattispecie riconducibili ai cd. “reati di odio”, *hate crimes*.

L’incremento in Europa riguardante la previsione di reati cd. di odio, *hate crimes*, intende certamente perseguire un affinamento del diritto penale nella direzione di una più ampia tutela della persona umana.

I reati di odio (*hate crimes*) trovano la loro origine nella tutela dell’eguaglianza e mirano di conseguenza ad evitarne la inosservanza attraverso fatti di discriminazione. Storicamente la prima discriminazione che ha mosso gli Stati a una normativa apposita è stata la discriminazione di razza con la *Convenzione internazionale di New York del 7 marzo 1966* ratificata dall’Italia con la legge 13 ottobre 1975 n.654 poi modificata dal D.L. 26 aprile 1993 n.122 convertito nella L. 25 giugno 1993 n. 205 (cd. “*legge Mancino*”) che ha introdotto anche la previsione delle discriminazioni per motivi “*nazionali o religiosi*”. Con il D.Lgs. 1° marzo 2018 n.21 sono state introdotte nel codice penale agli artt. 604 *bis* e *ter* le corrispondenti previsioni creando la Sezione 1 bis del Capo III “*Dei delitti contro l’eguaglianza*”. Ora

il progetto di legge Zan e altri approvato dalla Camera il 4 novembre 2020 ed ora in Commissione referente al Senato intende estendere la previsione di detti articoli ai “*motivi (n.d.r. di discriminazione) fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere o sulla disabilità*”. I reati di odio sono dunque unificati in un’unica categoria dal motivo che li cagiona, l’odio ideologico appunto, e si esplicitano in una attività di istigazione o di commissione di atti di discriminazione.

Indubbiamente la previsione di reati di odio in una società molto ideologizzata come la nostra attuale può intercettare molteplici fenomeni sociali ed avere un effetto detonatore e moltiplicatore delle divisioni ideologiche. Infatti quando sono male o partigianamente identificate oppure anche quando non si possono o non si vogliono identificare bene le fattispecie criminali discriminatorie e rimangono quindi vaghi e indeterminati i comportamenti discriminatori e gli atti oggetto di odio sociale, inevitabilmente la norma penale non è più neutra e *super partes* ma abbraccia, o permette al giudice di abbracciare, una determinata posizione ideologica rispetto ad altre e costituisce quindi un grave pericolo per la libertà di pensiero offrendo a una parte sociale una potentissima arma per imporre alle altre parti la propria posizione.

La previsione di reati di odio implica dunque molta attenzione alle conseguenze che si possono verificare sulla libertà di espressione del pensiero che nel nostro ordinamento rappresenta la fondamentale tutela per il mantenimento di un paese libero e democratico.

Il problema di nuove fattispecie di *hate crimes* va quindi considerato nell’ambito del diverso contesto sociale che caratterizza il mondo d’oggi, soprattutto per il diverso significato che assume oggi l’espressione umana in rapporto alla sua risonanza e diffusività, e quindi alla sua rilevanza sociale e pubblica. Oggi nel campo della comunicazione a prevalere e a dettare il clima sociale non sono più i comizi o gli incontri in luogo pubblico o aperto al pubblico, non sono più neppure le pubblicazioni a stampa ma sono i mezzi, come i *social networks* e la televisione, che si caratterizzano per quantità di immagini e per un linguaggio istintuale ed emozionale di tipo *spot* che tende cioè a suscitare in sequenza forti impressioni di breve durata. **Si riducono quindi drasticamente i tempi e i momenti preparatori precedenti l’espressione esterna e cioè si riduce la riflessione personale e sociale che sta prima della manifestazione pubblica. Si afferma quindi in modo diffuso un pensiero non riflesso.**

Ora occorre rilevare che il tipo di comunicazione proprio all’odierna società moltiplica la diffusione di sentimenti non riflessi, di sentimenti istintivi che possono essere di ammirazione e approvazione ma anche e, probabilmente più spesso, di repulsione e di odio. Guardando la situazione dall’altra parte, cioè dalla parte di chi ha il compito di mantenere l’ordine, cioè dalla parte del potere, si deve notare che il potere, inteso nel senso più ampio, ha fatto uso degli stessi mezzi *spot* e immaginifici constatando che potevano essere efficacemente impiegati ad un uso di ordine. Ecco

perché i detentori del potere politico/economico/culturale hanno teso a impadronirsi della comunicazione radio-televisiva e dei suoi strumenti e ad usare i *social* come strumenti di ordine e di formazione del consenso col grave pericolo di arrivare ad una conformazione delle persone e del loro pensiero. Si pensi a questo proposito, ma è solo un esempio, ai siti *Face-book* e ai *twitt* degli uomini politici e delle persone socialmente influenti. È chiaro che tutto questo (cioè il pensiero non riflesso e la sua diffusione) gioca negativamente sull'esercizio della libertà di pensiero e, quindi, occorre vegliare molto più di prima sulla preservazione di tale libertà.

In secondo luogo, viene progressivamente meno la distinzione fra pensiero espresso privatamente e pensiero espresso pubblicamente. Certamente la tutela costituzionale dell'art. 21 Cost. riguarda entrambe le fattispecie ma indubbiamente l'interesse sociale prevalente è quello dell'ambito pubblico. È nell'ambito della diffusione pubblica che va tutelata la possibilità del pluralismo e quindi la libertà di ogni voce diversa. Se in passato era chiaro che tale prevalente interesse aveva riguardo al pensiero espresso pubblicamente attraverso lo strumento verbale in luoghi pubblici o aperti al pubblico oppure attraverso la stampa, la radio o la televisione oggi la predominanza della comunicazione *web* sui *social* estende il campo pubblico in quanto molti comunicatori si caratterizzano come pubblici per quantità indistinta di contatti e ricchezza del loro sito comunicativo. A questo proposito appare interessante citare un esempio giurisprudenziale ossia il recentissimo procedimento che ha dato luogo alla sentenza della CEDU del 14/1/2020 N. 11 nel quale lo spazio su un *social network* è stato considerato come spazio pubblico in cui valutare se debba prevalere la tutela contro l'offensività di certe espressioni o se debba prevalere la tutela della libertà di pensiero in contrapposto a tale offensività.

Ora, poiché manca ogni disciplina dei *social* e del *web*, in generale, che ne garantisca pluralismo e correttezza di comunicazione, o che, per lo meno, all'interno delle comunicazioni *web*, configuri uno spazio per un servizio pubblico democratico, si profila il grave rischio di un comportamento strumentale e manipolatorio da parte dei siti più potenti, cioè di quelli controllati dai poteri politici, economici e culturali, che darebbe luogo ad un appiattimento delle espressioni di pensiero attorno ai loro interessi e alle loro idee.

Questa osservazione di contesto spiega l'interesse della "**Associazione Nonni 2.0**" per il tema in oggetto. Nel mondo attuale i nonni e gli anziani in generale rappresentano la categoria in cui il tempo della riflessione precedente all'espressione si è mantenuto più esteso e ciò naturalmente, sia per la loro formazione antecedente l'epoca del *web*, sia per naturale propensione dell'età avanzata. L'Associazione è quindi impegnata ad evitare i guasti che possono conseguire a reazioni solamente istintive e a un pensiero non riflesso.

1.2) Reati di odio e discriminazione per motivi di orientamento sessuale

In merito alla prima criticità rilevata in apertura lettera a).

A questo punto veniamo a considerare più da vicino e direttamente l'oggetto specifico del Progetto di legge che ha come primo firmatario l'on. Zan e che risulta dall'unificazione di precedenti PDL tra cui quello "Scalfarotto". **Il PDL Zan prevede una estensione applicativa degli artt. 604 bis e ter del Codice penale che attualmente puniscono la propaganda dell'odio razziale o etnico e la commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi nonché l'istigazione a commettere codesti atti.**

L'attuale progetto di legge si apre con le definizioni di "sesso", "genere", "orientamento sessuale" e "identità di genere". Poiché il disegno di legge ha ad oggetto congiuntamente gli atti di discriminazione relativi a tali variegate nozioni, queste non rilevano (e non rileveranno nella considerazione dei giudici) singolarmente ma saranno considerate congiuntamente, allargando così attraverso il loro significato sinergico la già ampliata sfera degli atti considerati discriminatori oltre i confini degli atti di omofobia e transfobia. **Si deve particolarmente notare che da tali definizioni risultano esaltati gli aspetti soggettivi e psicologici della sfera sessuale.** Appare infatti centrale il concetto di "identità di genere" definito come (art. 1 c. 1 lett. d) "*l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere*" quando il "genere" viene distinto dal "sesso" in quanto ha riguardo "*alla manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso*", concetto che volutamente supera ogni limite etico o naturale di tali esteriori manifestazioni e che poi rifluisce nella nozione di "orientamento sessuale", pure essa riguardante l'aspetto soggettivo dell'"attrazione" liberamente esprimibile verso tutte le possibili flessioni del "sesso".

Dunque, alle ipotesi di reato già previste dal p.d.l. Scalfarotto vengono ora aggiunte: **la commissione di atti e la istigazione a commettere atti per motivi "fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere".** La formulazione appare assai più ampia e comprensiva di quella stessa del precedente PDL Scalfarotto che aveva riguardo agli "*atti di discriminazione per motivi fondati sulla omofobia o sulla transfobia*". Se dall'area previsionale degli artt. 604 bis e 604 ter come integrati dal PDL si vanno a dedurre, in conformità a quanto previsto dall'incipit dell'art. 604 ter: "*Salvo che il fatto costituisca più grave reato...*", le ipotesi più gravi di reato collegate ai casi di violenza, minaccia, diffamazione, atti persecutori ecc. già previsti e sanzionati dal Codice penale si farà fatica a trovare cosa rimane e che sia oggetto della nuova previsione normativa a meno che in questa area si debbano ricomprendere atti che siano espressioni di pensiero. Allora ci si accorge che proprio questi sono in gran parte l'oggetto della nuova previsione normativa.

1.3) Atti di discriminazione e necessità di normative differenziate

In merito alla prima criticità rilevata in apertura lettera b) bisogna avvertire come la tutela dell'eguaglianza contro forme di discriminazione sia stata intesa nel disegno di legge in questione come un assoluto, senza tener conto delle necessarie distinzioni. Il principio di eguaglianza di fronte alla legge, occorre ricordarlo, è un principio rivolto principalmente al legislatore perché tratti allo stesso modo situazioni uguali e distingua invece nel trattamento le situazioni diverse. È quindi un principio che implica la previa identificazione di situazioni che implicano trattamenti diversi, è in sostanza un principio che indica al legislatore una modalità procedurale: identificare in precedenza le situazioni che comportano regole diversificate. Se non si segue questo procedimento si arriverà a parificare situazioni diversificate e se questo sarà operato da una norma penale (che necessariamente ha un'applicazione generalizzata) si finirà per colpire atti che sarebbero giustificati da situazioni differenziate. Contrapporre un diritto all'eguaglianza al diritto costituzionale all'espressione del pensiero è un errore giuridico. Non ci può essere contrapposizione tra i due perché l'eguaglianza attiene a profili procedurali nel rapporto tra le fonti e non a profili sostanziali come invece la libertà di pensiero.

Nell'affronto comune del problema delle discriminazioni si dà per scontata una parificazione doverosa fra tutti i possibili *sessi, generi, orientamenti sessuali e identità di genere* che, nella loro varietà, secondo gli scritti LGBT, appaiono quasi indeterminati e indeterminabili. Questo però in molti casi trascura o addirittura contrasta con il criterio per cui è errato parificare stati e situazioni diversificati nella realtà. A parte il fatto che è ancora da dimostrare che molte differenze reali che si basano sulla anatomia, sulla fisiologia e sulla psicologia degli esseri umani possano essere superate per arrivare ad una parificazione di trattamento generalizzata, anche se dovessimo assumere il criterio dei sostenitori della cultura *gender* di una obbligatoria e generalizzata parificazione, è evidente che tale criterio non potrebbe applicarsi meccanicamente in tutti i campi senza una disciplina di dettaglio e che sarebbe ingiusto penalizzare dei comportamenti bollandoli come discriminatori quando essi dovessero semplicemente essere considerati come necessariamente discendenti dalla declinazione del criterio della parità o della distinzione nei diversi ambiti. Se si dovesse anche assumere l'ideologia *gender* che ha ispirato i promotori della modifica legislativa e quindi ritenere come esistente o addirittura naturale la libertà ad avere qualsiasi orientamento sessuale e ad assumere qualsiasi identità di genere, poiché si afferma che i generi sono un numero amplissimo e indefinito, parificandoli tutti nel trattamento si penalizzerebbero i generi che avessero già ottenuto norme di trattamento differenziato. È questa peraltro la lagnanza sollevata dai gruppi delle femministe che si sono dichiarati contrari all'uso della formula "tutela

della identità di genere” perché metterebbe in pericolo i vantaggi già ottenuti dalle donne nei confronti del genere maschile come quote, centri antiviolenza e relativi finanziamenti, sport femminili ecc..

In mancanza di norme che stabiliscano differenziazioni di disciplina per i vari casi nei singoli campi di applicazione sarebbe il giudice penale a dover creare diritto nel campo della espressione in materia sessuale intervenendo a identificare i casi di discriminazione, e finendo per operare in maniera necessariamente arbitraria nell’enorme campo delle opinioni correnti, **con la conseguenza di dar luogo a una giurisprudenza, a un pensiero sviluppato dai giudici e quindi ufficiale, statale e unico**, in pieno contrasto con la libertà di pensiero costituzionalmente tutelata.

In sostanza riguardo al rapporto fra il testo in oggetto e la Costituzione, il PDL Zan, fondando sulla nozione di “genere soggettivamente percepito”, appare per più aspetti in deciso contrasto con la Costituzione e in particolare con gli artt. 3 e 21, 29, 30 e 51 Cost. oltre che con le norme sulle fonti che presiedono alla formazione delle norme penali.

Tutto questo è evidentemente non solo in contrasto con il dettato costituzionale ma prima ancora con i principi fondamentali che presiedono alla creazione di norme penali che sono la precisione e chiarezza identificativa del fatto incriminato e la sua pericolosità sociale. Mai nel nostro ordinamento l’espressione pura del pensiero può essere considerata pericolosa per il contesto sociale; essa anzi è sempre considerata positivamente a prescindere dai contenuti espressi. Ora per le proteste suscitate dal menzionato progetto di legge, alla fine dell’art 604 *bis* è stato inserito un ulteriore comma del seguente tenore: “*Ai sensi della presente legge sono consentite la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee e alla libertà delle scelte.*” Ma questa formulazione aggiuntiva non cambia nulla rispetto a quanto detto in precedenza poiché nei casi concreti l’interpretazione del giudice varrà a classificare certe espressioni del pensiero fra gli atti discriminatori penalmente sanzionati e quindi a toglierla *ipso iure* dall’ambito previsionale della libertà di pensiero: quella espressione del pensiero rileverà giuridicamente come un atto e non come un semplice pensiero espresso. È codesta operazione ermeneutica appare anche normativamente giustificata da quel “*Ai sensi della presente legge*” che pare implicare una ridefinizione della libertà di pensiero per rapporto all’introdotta incriminabilità penale degli atti di discriminazione.

2) Necessità di norme secondarie e amministrative per una disciplina di parificazione e differenziazione

2.1) Campi nei quali appaiono necessarie norme secondarie e amministrative per le situazioni differenziate

Certamente la condizione di persona omosessuale o transessuale o di altre "identità di genere" ha ricevuto poca attenzione nella legislazione ordinaria specialmente in quei campi e in quei casi in cui una totale parificazione può creare problemi alla persona stessa o agli altri. È evidente che spetta alla legislazione ordinaria e alla normativa amministrativa di provvedere ai casi concreti in cui possano rilevare difficoltà a una totale parificazione di trattamento e si debba procedere a trattamenti differenziati purché, usando la formulazione delle disposizioni comunitarie, "la finalità sia legittima e le caratteristiche siano proporzionate al fine".

A questo proposito si possono ricordare tutti i casi in cui particolari agevolazioni o particolari trattamenti si colleghino a caratteristiche di sesso, di genere, di orientamento sessuale o di identità di genere o quando a tali diversificate caratteristiche siano legate forme di convivenza o forme di organizzazione sociale. Sono certamente implicate le discipline dei principali servizi sociali come i servizi sanitari, assistenziali o anche più semplicemente dei servizi igienici. E non si può dimenticare il grande servizio dell'istruzione ove si riflettono diritti fondamentali come quello di manifestazione del pensiero collegato con la funzione educativa; e si pensi, in questo ambito, alla delicatezza del distinguere fra aspetti patologici e fisiologici delle distinzioni di genere. Ma per passare a campi del tutto diversi anche la politica e i diritti politici parrebbero interessati a che sia posta una disciplina. Si pensi all'attuale normativa delle quote rosa nei procedimenti elettorali o per la nomina degli organi amministrativi e di controllo negli enti pubblici o nelle società controllate da pubbliche amministrazioni con il problema di una revisione delle quote di partecipazione in base all'appartenenza sessuale. E questo vale allo stesso modo nel campo della finanza per gli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati. Si pensi anche a situazioni derivanti da particolari attività o da particolari ambienti sociali come ad esempio la situazione delle forze armate o di sicurezza interna o la situazione carceraria o della organizzazione delle carceri. Si pensi ancora, senza volere esaurire la possibile casistica, al regime di collocamento obbligatorio nel campo del lavoro.

Si deve ricordare che in modo diverso si è proceduto in passato per gli *hate crimes* razziali ed etnici o anche per quelli per motivi nazionali o religiosi che vennero previsti quando una legislazione e una normativa estesa avevano già affrontato i problemi particolari sollevati dalla equiparazione di trattamento nei casi concreti.

E che si debba procedere allo stesso modo nei casi in oggetto è esigito, come abbiamo già osservato, dal rispetto dall'art. 3 Cost. norma primariamente rivolta al legislatore perché la applichi disciplinando in modo diverso situazioni diversificate e così quando la natura delle situazioni di fatto non implica immediatamente una parificazione disciplinare oppure implica una disciplina differenziata che altrimenti verrebbe in questi casi forzatamente e in modo improprio, indiscriminato e rudimentale operata dal giudice.

2.2) La normativa del PDL non è richiesta dalle attuali normative comunitarie

In merito alla seconda criticità rilevata in apertura.

Si deve aggiungere che la modifica della disciplina penalistica come configurata nel PDL non è richiesta dalle norme comunitarie, innanzitutto perché la statuizione di norme penali e la configurazione di nuovi reati non rientra nella competenza comunitaria e in secondo luogo perché nella normativa UE, *hard* o *soft* che sia, non si rinviene neanche un semplice invito al legislatore italiano a provvedere in tal senso.

A proposito dell'art. 21 della Carta dei diritti di Nizza, come chiariscono le spiegazioni annesse alla Carta, tale articolo "*...non conferisce nessuna facoltà di emanare norme contro la discriminazione in questi settori di intervento degli Stati membri o nei rapporti fra privati né sancisce nessun divieto assoluto di discriminazione in settori così ampi. Essa infatti tratta soltanto delle discriminazioni ad opera delle istituzioni e degli organi dell'Unione stessi nell'esercizio delle competenze conferite ai sensi dei Trattati e ad opera degli Stati membri soltanto quando danno attuazione al diritto dell'Unione. Il Paragrafo 1 non altera quindi l'ampiezza delle facoltà conferite a norma dell'art. 19 [TFUE già art. 13 della Carta] né l'interpretazione data a tale articolo. Il paragrafo 2 corrisponde all'art. 18 primo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e va applicato in conformità di tale articolo.*" Certamente in base agli artt. 10 e 19 TFUE l'Unione (con una procedura aggravata) può "*...prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni...*" ma questo (art. 19 c.1) "*...nell'ambito delle competenze...conferite dall'Unione*". Con la procedura ordinaria è ammesso che il Parlamento e il Consiglio possano adottare "*...principi di base delle misure di incentivazione ...destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri...*". Quindi la normativa comunitaria, lungi dall'invitare all'adozione di una normativa penalistica consente al massimo un'azione nell'ambito delle competenze di identificazione dei principi di eventuali misure di incentivazione. Si tratta di una azione evidentemente volta a sviluppare, in singoli campi di intervento, misure legislative e amministrative degli Stati membri volte a superare singoli problemi di discriminazione ponendo anche discipline particolari per casi differenziati.

Le menzionate Direttive peraltro non hanno riguardo all'aspetto specifico dell'orientamento sessuale. Malgrado le insistenti richieste infatti l'aspetto dell'orientamento sessuale non è mai stato oggetto diretto e specifico di una regolamentazione parificatoria e soltanto in alcune direttive, (come quella sul lavoro che riguarda "*religione, convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali*") si può rinvenire qualche tenue riferimento. Quando si riferiscono al sesso le direttive

antidiscriminazione (come ad es. la Dir. 2004/113/CE) promuovono la parificazione fra uomini e donne senza avere riguardo a condizioni di genere diverse da quelle di maschio e femmina.

Se si vuol trarre dalla normativa comunitaria un indirizzo generale in materia di non discriminazione questo è nel senso di un rinvio del problema dal piano comunitario al piano legislativo e amministrativo nazionale. Le direttive in questione non sono evidentemente auto applicative nel diritto degli Stati ma implicano una complessa fase applicativa, non soltanto attraverso leggi nazionali che le traducano a livello interno, ma mediante provvedimenti amministrativi che a loro volta diano applicazione a valle, individuando le fattispecie di diversificazione per escluderle dalla disciplina di parificazione e dalle sue conseguenze e, in quanto necessario, per renderle oggetto di una regolamentazione specifica nell'ambito delle normative di settore. In tutte le direttive si prevedono i casi in cui gli Stati potranno escludere dalla parificazione situazioni particolari. Così ad esempio nel campo del lavoro (*"occupazione e condizioni di lavoro"* Dir. 2000/78/CE art. 4 Par. 1) si ammette che gli Stati possano prevedere differenze di trattamento fra uomini e donne quando *"la natura di un'attività lavorativa o il contesto in cui essa viene espletata"* implichi necessariamente caratteristiche particolari di svolgimento *"purché la finalità sia legittima e le caratteristiche siano proporzionate al fine"*. Nel campo dell'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura (Dir. 2004/113/CE art. 4 Par. 5) sono consentite agli Stati discipline differenziate di trattamento se i *"beni o servizi sono esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso"* e la fornitura *"è giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il conseguimento di una tale finalità sono appropriati e necessari"*.

In definitiva le Direttive non impongono, né potrebbero, a livello sanzionatorio a presidio delle norme sulla parità di trattamento l'adozione di normative penali: esse indicano piuttosto agli Stati l'adozione di strumenti amministrativi o di volontaria giurisdizione diretti a por fine alle discriminazioni, od anche disposizioni sul risarcimento dei danni causati. Anche le procedure previste o prefigurate sono normalmente al di fuori del processo penale.

3) Conclusioni

Ecco perché appare impraticabile e incostituzionale utilizzare uno strumento estremo come quello della legge penale per situazioni attinenti all'identità di genere (per cui non esistono posizioni stabilizzate nel campo medico-scientifico e psicologico) e in cui mancano discipline differenziate nei singoli ambiti di applicazione.

In questa situazione l'uso della sanzione penale appare simile a quello di una clava quando sarebbe sufficiente un piccolo attrezzo e rischia di colpire semplici manifestazioni del pensiero considerandole come atti discriminatori e, quindi, reati. Se con riguardo al nuovo art. 604 *bis* del Codice penale dovesse passare, come sembra più che possibile, un'interpretazione giurisprudenziale (di cui si possono cogliere già diversi segnali) secondo la quale fra gli "atti discriminatori" sono da comprendersi anche atti scritti o verbali non contenenti né decisioni né prescrizioni obbliganti e neppure contenenti oltraggi o ingiurie, sarebbe così consentito colpire dei nuovi "reati di opinione" e verrebbe annullata la tutela della libertà di pensiero e in conseguenza la libertà di educazione. Segnali di questo genere sono già rintracciabili anche nella giurisprudenza della CEDU (ad esempio Sent. 9-2-2012 Veideland e altri c. Svezia). Sono i casi in cui l'utilizzo della Convenzione come normativa generale in mancanza di normative secondarie e amministrative permette alla Corte uno spazio enorme di movimento che potremmo dire di tipo "creativo", uno spazio ancora superiore a quello consentito alla Corte di giustizia UE.

Ad esempio, il giudice, interpretando la legge secondo quanto sopra osservato, potrebbe individuare atti di discriminazione (e punirli anche con il carcere) in questi casi: una madre che suggerisse alla figlia di non sposare un bisessuale o un gay; una persona proprietaria di un alloggio che lo negasse in affitto a coppie omosessuali, transessuali o bisessuali oppure lo negasse anche a un proprio figlio che volesse abitarlo con un compagno; delle persone che esprimessero l'opinione che non si deve chiamare matrimonio l'unione di due persone dello stesso sesso, o che si debba negare l'adozione a coppie dello stesso sesso o che si debba impedire alle coppie omosessuali l'accesso alla procreazione assistita, ecc..

Per riassumere gli assunti propri a questo documento e quindi le richieste della "Associazione Nonni 2.0":

Le modalità attuali delle comunicazioni specialmente pubbliche aggravano i problemi della tutela della libertà di manifestazione del pensiero art. 21 Cost. e quindi implicano una maggior prudenza e vigilanza da parte del legislatore. Legiferare in materia di reati di odio ideologico utilizzando la nozione di "genere soggettivamente percepito" nozione discutibile, vaga e non fondata nella Costituzione e nella legislazione ordinaria comporta un livello di rischio troppo alto per le possibili lesioni della libertà costituzionale di manifestazione del pensiero e della libertà di educazione, tanto che la previsione di reati di odio ha registrato un incremento in Europa ma non negli USA patria storica del pluralismo e della libertà di pensiero.

Il PDL Zan, fondando sulla nozione di "genere soggettivamente percepito", appare per più aspetti in deciso contrasto con la Costituzione e in particolare con

gli artt. 3 e 21, 29, 30 e 51 Cost. oltre che con le norme sulle fonti che presiedono alla formazione delle norme penali.

Occorre una declinazione normativa secondaria e amministrativa per disciplinare i casi numerosi che abbisognano di discipline differenziate altrimenti la norma penale rischia di colpire indiscriminatamente come una clava situazioni giustificate.

La normativa comunitaria non richiede assolutamente la previsione di nuovi reati penali quanto piuttosto l'emanazione di leggi e regole che nei singoli campi di impatto della parificazione provvedano a disciplinare le situazioni e i casi di giustificata differenziazione.

Poiché nel campo degli orientamenti sessuali questa normativa manca del tutto occorre prima aspettare che si formi per i singoli campi e comunque occorre una grande prudenza del legislatore.

Approvare ora il Progetto di legge procurerebbe più danni che effetti positivi costituendo un gravissimo *vulnus* per l'esercizio della libertà di pensiero e di educazione, per il mantenimento di un pluralismo sociale e quindi di una reale democrazia nel Paese.