

Sesso e genere
Una riflessione terminologica a margine del progetto di legge in materia di omolesbobitransfobia

Fabrizio Filice

Sommario: 1. Le proposte di legge in materia di omolesbobitransfobia e la proposta unificata. -2. La previsione di motivi fondati (anche) sul sesso oltre che sul genere, sull'identità di genere e sull'orientamento sessuale. -3. L'uso giuridico del significato di "genere". -4. Il dibattito interno ai femminismi. -5. Conclusioni.

1. Le proposte di legge in materia di omolesbobitransfobia e la proposta unificata.

All'esito di un'articolata discussione alla Commissione giustizia della Camera, nella quale sono state esaminate cinque proposte di legge in materia di omolesbobitransfobia (C. 107 Boldrini, C. 569 Zan, C. 868 Scalfarotto, 2171 Perantoni e C. 2255 Bartolozzi), è stata infine depositata, il 30 giugno 2020, una proposta unitaria che sarà sottoposta nelle prossime settimane al vaglio parlamentare.

Non intendo soffermarmi, in questo breve contributo, sul contenuto in dettaglio della proposta di legge, per la quale rinvio direttamente alla lettura del testo¹.

Mi limito a indicare che, come ampiamente riportato dalla stampa, il nucleo contenutistico della proposta consiste nell'estensione degli articoli 604 *bis* e 604 *ter* del codice penale² – il primo costitutivo della fattispecie incriminatrice di istigazione alla commissione, o commissione, di atti di

¹ V. Allegato 1, testo unificato della proposta di legge diffuso dalla stampa dopo il deposito, il 30.6.2020.

² Si tratta di due disposizioni originariamente contenute nell'articolo 3 della Legge 25 giugno 1993, n. 205, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, recante misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, e modificativo dell'articolo 3 della Legge n. 654 del 1975; successivamente trasferiti nel codice penale con il decreto legislativo sulla "riserva di codice", n. 21 del 2018; restano invece tuttora disciplinate dalla Legge n. 205 del 1993 le disposizioni relative alle condizioni per fruire della sospensione condizionale della pena e alle pene accessorie, che infatti sono parimenti oggetto di modifica da parte della proposta di legge in discussione.

discriminazione o di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi e il secondo costitutivo della circostanza aggravante, speciale e ad effetto speciale, applicabile ai reati punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che abbiano tra i loro scopi le medesime finalità – ai motivi fondati sul *sex*, sul *genere*, sull'*orientamento sessuale* o sull'*identità di genere*.

L'approfondito esame delle proposte in Commissione si è concentrato in particolare su alcuni nodi tematici inerenti, da un lato, all'effettiva necessità di una tutela penale specifica in materia di omolebbitransfobia e, dall'altro lato, alle paventate ricadute sulla libertà di manifestazione dell'opinione e di critica di quanti intendano continuare a prendere pubblicamente posizione a favore di modelli familiari e relazionali basati esclusivamente sull'unione eterosessuale e a manifestare contrarietà e ostilità al riconoscimento di altre forme di famiglia e di acquisizione dello *status filiationis* (con particolare riferimento alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e alla gestazione per altri).

Questi argomenti sono stati, come dicevo, ampiamente trattati nelle audizioni informali della Commissione e non è pertanto mia intenzione riprenderli in questa sede. Rinvio piuttosto alla lettura, per chi fosse interessata/o ad approfondirli, delle relazioni depositate in compendio alle audizioni; per comodità (e scusandomi per l'autocitazione) allego la relazione di compendio alla mia audizione, tenutasi il 27 maggio 2020³, oltre a un contributo di carattere divulgativo curato per *Dà voce al rispetto*⁴; ma invito alla consultazione (anche, se non soprattutto) delle altre relazioni fra le quali segnalo, per completezza e nitore argomentativo, quella del Professor Angelo Schillaci, docente di diritto pubblico comparato all'Università Sapienza di Roma, quella dell'Avvocato Antonio Rotelli e quella della Professoressa Luciana Goisis, docente di diritto penale all'Università degli studi di Sassari, tutte reperibili sul sito della Camera.

³ V. Allegato 2, relazione di compendio all'audizione informale presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati, del 27 maggio 2020.

⁴ <https://www.davocealrispetto.it/category/news/>

2. La previsione di motivi fondati (anche) sul sesso oltre che sul genere, sull'identità di genere e sull'orientamento sessuale.

L'argomento sul quale intendo invece soffermarmi attiene a un aspetto che ha trovato meno spazio nel dibattito in Commissione per svilupparsi piuttosto sul versante dell'associazionismo e che ha lasciato una traccia nella versione definitiva della proposta di legge la quale, diversamente dalle proposte discusse in Commissione, non parla più di motivi fondati (solo) sul *genere*, sull'*identità di genere* e sull'*orientamento sessuale*, bensì di motivi fondati (anche) sul *sesso* (oltre che) sul *genere*, sull'*identità di genere* e sull'*orientamento sessuale*.

Occorre dunque intendersi preliminarmente sul significato di questi termini, con particolare riguardo alla prospettiva della loro implementazione giuridica.

Il *sesso* indica le differenze biologiche e anatomiche tra maschio e femmina, i rispettivi corredi cromosomici e apparati sessuali.

Il *genere* rappresenta il processo di costituzione sociale e culturale che definisce, rappresenta e incentiva (quando non impone) determinati comportamenti e attitudini che danno vita allo *status* di uomo o di donna.

Il concetto di *sesso* pertiene alla biologia mentre quello di *genere* trova la sua genesi e il suo sviluppo nell'ambito dell'antropologia.

Tra i primi studi pionieristici sul *genere* si ricordano quelli dell'antropologa Margaret Mead (1901- 1978), allieva di Franz Boas, ricordato come il fondatore della corrente antropologica del *particolarismo storico*, la quale presentò una ricerca effettuata nel gruppo di isole Samoa, nella Polinesia, in base a cui gli/le adolescenti locali esibivano un approccio alla sessualità e alle relazioni più sereno e naturale delle/dei loro coetanee/i americane/i, che al contrario accusavano spesso conflitti interiori, ansie e turbamenti legati a queste tematiche.

Mead cominciò a correlare l'assenza di serenità e il vissuto ansioso delle/degli adolescenti occidentali nelle prime esperienze relazionali e sessuali proprio ai modelli educativi – e quindi ai processi di *inculturazione* – cui erano sottoposte/i sin da bambine/i, quando venivano loro trasmessi gli ideali di *femminilità* e *maschilità* cui si sarebbero dovute/i uniformare e con l'apprensione dei quali avrebbero conquistato il loro posto in una società estremamente competitiva, fondata su una rigida stratificazione sociale e sulla gerarchizzazione dei ruoli, secondo linee di *razza*, *censo* e

genere perfettamente riconoscibili e con al vertice l'individuo maschio, bianco, eterosessuale e benestante.

L'uso del termine *genere*, mutuato dalla grammatica, si diffuse rapidamente in questo settore scientifico, a indicare che i processi di *inculturazione* primaria cui le/i bambine/i occidentali vengono sottoposte/i non sono neutrali ma rispondono a precise logiche di condizionamento sociale.

In sostanza quando, in prima elementare, si insegna a declinare i sostantivi e gli aggettivi al *genere* maschile o a quello femminile, ciò che viene trasmesso non è solo una competenza linguistica ma è anche l'interiorizzazione, attraverso la lingua, di due ruoli profondamente diversi ai quali ci si dovrà uniformare per il resto della vita.

Lo studio di Mead, uscito nel 1928⁵, è stato seguito da studi sempre più specifici sino a costituire, quello degli *studi di genere*, un settore autonomo dell'antropologia e delle scienze sociali.

La distinzione terminologica tra *sex* biologico (maschio/femmina) e *genere* (uomo/donna) è stata poi ufficialmente introdotta negli anni Cinquanta, in particolare nei lavori di John Money e, da allora, si è consolidata nelle scienze sociali sino a essere oggi recepita anche tra gli *health topics* dall'Organizzazione mondiale della sanità⁶.

Gli *studi di genere* si sono poi chiaramente diffusi ben oltre il perimetro delle scienze sociali e dell'antropologia, entrando a pieno titolo nella riflessione filosofica e politica, soprattutto grazie ai femminismi.

Non è chiaramente possibile in questa sede approfondirne – o anche solo illustrarne con qualche pretesa di esaustività - il portato conoscitivo, basti porre all'evidenza lo stretto legame che intercorre tra i processi di *inculturazione* al *genere* e la costruzione della sovranità teologico-politica sul corpo, il che ci porta subito al perno della riflessione *foucaultiana* sulla quale si sono innestate l'antropologia marxista - che ha denunciato l'uso dell'*inculturazione*, e quindi della scuola, come apparato ideologico dello Stato, finalizzato all'interiorizzazione di rigide appartenenze di razza, classe e genere, funzionali al mantenimento del dominio (Louis Althusser, Jules Henry, in Italia Maurizio Barbagli e Marcello Dei) – e la “teoria critica” francofortese che nel concetto di costruzione di sovranità nazionale ha riconosciuto una precisa e violenta strategia dialettica, alla quale ha

⁵ Margaret Mead, *L'adolescente in una società primitiva. Uno studio psicologico della gioventù primitiva ad uso della società occidentale*, prima edizione italiana Giunti – Barbera, Firenze, 1980.

⁶ *What do we mean by sex and gender*, World Health Organization, 5/28/2014.

inteso opporre una *dialettica negativa* tesa a sottrarre i processi di elaborazione del pensiero e della cultura al giogo degli strumenti identitari utilizzati dall'apparato statale proprio per servirsi della conoscenza come strumento di *inculturazione* e di dominio.

La riflessione filosofica sul *genere* attraversa quindi tutto il secolo scorso, entra nel pensiero decostruzionista di Jacques Derrida che si è occupato, in particolare negli ultimi anni, della decostruzione della sovranità, e soprattutto attraversa, in diverse declinazioni, le tre *ondate* dei femminismi (tradizionalmente si distinguono la “prima ondata” del pensiero dell’uguaglianza, la “seconda ondata” del pensiero della differenza e la “terza ondata” del femminismo postmoderno⁷), per approdare, oggi, al *giusfemminismo*, il cui approccio è espressamente quello *di genere* e vuole svelare quale rappresentazione delle donne emerga dalla normativa e dalla giurisprudenza⁸, soprattutto nel mondo occidentale.

La riflessione sul *genere* si chiarisce e si presenta, con contorni sempre più netti, come una *teoria del dominio* attraverso la lingua e il diritto (e quindi attraverso la lingua del diritto) e, in questo senso, come una teoria giuridica e una teoria sulla giustizia.

3. *L'uso giuridico del significato di “genere”.*

Dopo questo breve e necessariamente incompleto *excursus* dobbiamo affrontare un nodo tematico la cui centralità è prepotentemente emersa nell'attuale discussione sul progetto di legge in materia di omolebobitansfobia dal quale siamo partiti: quello dell'uso giuridico del significante di *genere*.

Una parte del mondo femminista si è infatti schierata contro il progetto di legge proprio a causa dell'uso delle espressioni *genere* e *identità di genere*, assumendo che si tratterebbe di concetti talmente inafferrabili da consentire, in uno scenario distopico, a chiunque di certificarsi con un sesso diverso da quello con cui è nato e in particolare consentirebbe a qualunque uomo di dichiararsi donna e di usurpare spazi – non solo fisici ma anche giuridici –

⁷ Per una ricognizione delle “ondate” del femminismo, v. A. Cavarero, F. Restaino, *Le filosofe femministe*, Mondadori, Milano, 2002.

⁸ Per una ricognizione del giusfemminismo e delle sue varie ispirazioni e declinazioni, v. Thomas Casadei (a cura di), *Prospettive del giusfemminismo* (Giappichelli, Torino, 2015).

a fatica conquistati dalle donne, come quote, indagini statistiche, centri antiviolenza e relativi finanziamenti.

Secondo questa impostazione la tutela penale dovrebbe quindi essere limitata al *sex* (che, come si diceva, è stato poi effettivamente inserito nella proposta unitaria) e all'*orientamento sessuale*, al limite inserendo anche la *condizione di transessualità* in quanto ritenuta dai contorni più certi e definiti e quindi non suscettibile di oltrepassare i limiti della differenza sessuale biologicamente intesa.

Prima di entrare nel merito di questa tesi è necessario premettere che nonostante alcuni organi di stampa l'abbiano presentata come "appello delle femministe"⁹, essa non è espressione del movimento femminista nel suo complesso né potrebbe esserlo, in quanto il mondo dei femminismi, teorici e metodologici, è estremamente complesso e variegato e non sono infatti mancate, sempre nell'universo femminista, prese di posizione di segno contrario e apertamente favorevoli al progetto di legge e all'uso della terminologia di genere¹⁰.

Venendo ora all'analisi della tesi in oggetto, con particolare riguardo alla prospettiva della sua implementazione giuridica, la mia opinione è che essa presenti un elevato potenziale discriminatorio.

In primo luogo va ricordato che l'oggetto del progetto di legge in discussione non è la riforma dei requisiti per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile bensì la tutela delle vittime di atti di istigazione alla discriminazione e alla violenza e dei conseguenti atti discriminatori e violenti.

La sovrapposizione artificiosa di questi due piani, completamente eterogenei e attinenti a diversi settori dell'ordinamento, sposta l'attenzione dal tema centrale di una proposta che si inserisce nel solco tracciato dal diritto euro-unitario e in particolare da due fondamentali fonti sovranazionali, già recepite nell'ordinamento italiano, che si sono occupate del tema.

La prima è la **Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011** e ratificata con la legge 27 giugno 2013, n. 77, che contiene, all'articolo 3, le seguenti definizioni:

⁹ Ad esempio, L'Avvenire, 3 luglio 2020, pagina 12

¹⁰ "L'identità di genere non nega la biologia, le dà altra identità", pubblicato su L'Avvenire, 30 giugno 2020, pagina 2.

a) con l'espressione "**violenza nei confronti delle donne**" si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente **tutti gli atti di violenza fondati sul genere** che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata;

b) l'espressione "**violenza domestica**" designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima;

c) con il termine "**genere**" ci si riferisce a **ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini;**

La seconda è la **Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce “norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato”**, anch’essa già recepita dall’Italia con decreto legislativo 15 dicembre 2015 n. 212, in base alla quale:

- *“le vittime di reato dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta fondate su motivi quali razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età, **genere, espressione di genere, identità di genere, orientamento sessuale, status in materia di soggiorno o salute**” (così Considerando 9);*
- *“le vittime di reato dovrebbero essere protette dalla **vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall’intimidazione e dalle ritorsioni**, dovrebbero*

ricevere adeguata assistenza per facilitarne il recupero e dovrebbe essere garantito loro un adeguato accesso alla giustizia” (così, ancora, Considerando 9);

- *“per **violenza di genere** s’intende “la violenza diretta contro una persona a causa del suo **genere**, della sua **identità di genere** o della sua **espressione di genere** o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima” (così Considerando 17);*
- *“le valutazioni individuali dovrebbero tenere conto delle **caratteristiche personali della vittima**, quali età, **genere**, **identità o espressione di genere**, appartenenza etnica, razza, religione, **orientamento sessuale**, stato di salute, disabilità, status in materia di soggiorno, difficoltà di comunicazione, relazione con la persona indagata o dipendenza da essa e precedente esperienza di reati. **Dovrebbero altresì tenere conto del tipo o della natura e delle circostanze dei reati, ad esempio se si tratti di reati basati sull’odio, generati da danni o commessi con la discriminazione quale movente”** (così Considerando 56).*

É anzitutto dal recepimento – già consolidato – di queste fonti, in particolare della Direttiva 2012/29, che derivano per gli Stati membri precisi obblighi di carattere positivo, *in primis* quello di riconoscere la *condizione di particolare vulnerabilità* alle vittime che subiscono violenza e discriminazioni a causa di intime caratteristiche personali tra le quali il *genere*, l'*espressione di genere*, l'*identità di genere* e l'*orientamento sessuale* e quello di dare a questa categoria di vittime particolarmente vulnerabili un’adeguata protezione dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall’intimidazione e dalle ritorsioni.

Inoltre, anche accettando l’indebita commistione tra i due piani – quello della tutela della vittime e quello della rettificazione del sesso - l’idea di “*transessualismo*” che emerge da questa tesi è francamente obsoleta (a cominciare dalla scelta del termine *transessuale* invece di *transgender*) e

già ampiamente superata dalla giurisprudenza civile in materia di rettificazione del sesso.

In particolare, la sentenza della **Corte di cassazione n. 15138 del 20/07/2015**, nello stabilire che ai fini della rettificazione del sesso nei registri dello stato civile non deve ritenersi obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali, svolge un'interpretazione costituzionalmente orientata - e conforme alla giurisprudenza della CEDU - dell'articolo 1 della legge n. 164 del 1982, nonché del successivo articolo 3 della medesima legge, attualmente confluito nell'articolo 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011.

In motivazione la Corte dà atto che negli ultimi venti anni si è avuto un progressivo sviluppo della scienza medica e degli approdi della psicologia e della psichiatria, parallelo alla crescita di una cultura, largamente condivisa a livello europeo, come evidenziato anche nell'ampia motivazione della sentenza della Corte Edu del 10 marzo 2015 (Caso XY contro Turchia), della cultura dei diritti delle persone, particolarmente sensibile alle libertà individuali e relazionali che compongono la vita privata e familiare.

Tale movimento ha influenzato l'emersione e il riconoscimento dei diritti delle persone intersessuali, transgender e transessuali, alle quali è stato possibile, diversamente che in passato, poter scegliere il percorso medico-psicologico più coerente con il personale processo di mutamento dell'*identità di genere*. **Il momento conclusivo di tale percorso è individuale e certamente non standardizzabile attenendo alla sfera più esclusiva della personalità.**

Il punto d'arrivo, ovvero il desiderio di realizzare la coincidenza tra soma e psiche, è, anche in mancanza dell'intervento di demolizione chirurgica, il risultato di un'elaborazione sofferta e personale della propria *identità di genere* realizzata con il sostegno di trattamenti medici e psicologici corrispondenti ai diversi profili di personalità e di condizione individuale. Il momento conclusivo non può quindi che essere profondamente influenzato dalle caratteristiche individuali e non può, in conclusione, che essere il frutto di un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso, realizzato mediante i trattamenti medici e psicologici necessari.

La complessità del percorso, in quanto sostenuto da una pluralità di presidi medici (terapie ormonali, trattamenti estetici) e psicologici **mette ulteriormente in luce l'appartenenza del diritto in questione al nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale**, in modo da consentire un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche che costituisce il limite coerentemente indicato dal nostro ordinamento al suo riconoscimento.

L'individuazione del corretto punto di equilibrio tra le due sfere di diritti in conflitto oltre che su un criterio di preminenza e di sovra-ordinazione, può essere ancorata al **principio di proporzionalità**. Tale parametro, elaborato dalla giurisprudenza della CEDU al fine di stabilire il limite dell'ingerenza dello Stato all'esplicazione del diritto alla vita privata, si fonda sulla comparazione tra il complesso dei diritti della persona e l'interesse pubblico da preservare mediante la compressione o la limitazione di essi. In particolare si richiede la valutazione della necessità del sacrificio di tali diritti al fine di realizzare l'obiettivo della certezza della distinzione tra i generi e delle relazioni giuridico-sociali.

In quest'ottica la Corte conclude che **l'interesse pubblico alla definizione certa dei generi**, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, **non può richiedere il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico-fisica dell'individuo**: in questo caso sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche. **L'acquisizione di una nuova identità di genere può quindi essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità**, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale siano acclarate, ove necessario anche mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale.

Il percorso argomentativo della Corte è chiaro: **l'identità di genere rientra, in tutti i suoi aspetti biologici e sociali, nel nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale**, e come tale gode della protezione costituzionale riconosciuta agli articoli 2, 3, 29 e 32 della Costituzione.

A ciò consegue **la soccombenza dell'interesse pubblico alla certezza della distinzione tra i generi, nella misura in cui esso è perseguito, a qualsiasi livello (sia familiare che istituzionale), non già al fine di**

promuovere l'autodeterminazione dell'individuo negli aspetti essenziali della sua persona, fra cui il *genere*, bensì al fine di promuovere su di esso un'indebita coercizione esitante nell'obbligatorietà di sottoporsi a trattamenti demolitivi che non siano utili al processo auto-determinativo ma valgano solo a rendere l'individuo *conforme* a un'esigenza di netta separazione dei generi che non trova corrispondenza nelle sue più complesse connotazioni individuali.

Cosa chiede, invece, la tesi per l'abolizione della terminologia di *genere*? Chiede di tornare indietro rispetto alla tutela di un bene giuridico costituzionale, il diritto all'*autodeterminazione di genere* e all'*identità di genere*, già entrato a pieno titolo nella sfera di protezione dei diritti fondamentali della persona; di restaurare una nozione stereotipata di "transessualità" che, in nome della certezza pubblica alla distinzione dei generi, non considerava le persone *transgender* e riconosceva il diritto alla rettificazione del sesso solo in presenza di invasivi interventi chirurgici modificativi dei caratteri sessuali, i quali non sono necessari per tutte/i e non sono neanche adatti a tutte/i rivelandosi anzi, per alcune/i, intollerabili e forieri di grande sofferenza fisica e psichica.

4. Il dibattito interno ai femminismi.

Non è certamente mia intenzione (né mia competenza) prendere posizione sul piano della riflessione teorica che anima il dibattito interno ai femminismi.

Mi limito, da giurista, a rilevare i rischi in termini di discriminazione e deprivazione di tutela insiti in ogni deriva essenzialista e identitaria, in quanto tale suscettibile di tradursi in rappresentazioni delle persone, in qualità di soggetti giuridici e di soggetti di diritti, appunto "essenzializzate", serialmente determinate, uniformi e uguali per tutte/i.

D'altro canto, ai rischi di *essenzializzazione* possono contrapporsi non meno insidiosi rischi di *neutralizzazione* del discorso sul genere ed è questa, con tutta probabilità, la *ratio* che sta alla base di questa presa di posizione. Sono stati proprio i movimenti delle donne a far emergere – e a nominare – il fenomeno della violenza di genere e a collegarlo espressamente ai ruoli di genere socialmente costruiti sul maschile e sul femminile, con il secondo posto in strutturale subalternità al primo.

Questa elaborazione, tuttavia, non è mai stata disancorata dal sesso e, *a fortiori*, dal corpo femminile.

Non è nata, in altre parole, come un'elaborazione neutra ma come un'elaborazione – e una denuncia – della violenza maschile, tanto nelle relazioni di prossimità quanto nella sfera sociale, contro le donne e i loro corpi; e della franca tolleranza giuridica di tale violenza sia nei retaggi legislativi marcatamente patriarcali sia nella complicità maschile dell'ordine giudiziario e forense (si ricordino le storiche arringhe di Tina Lagostena Bassi).

Già Catherine MacKinnon, in quello che è e resta il manifesto degli studi giuridici di genere, *Feminism Unmodified*, del 1987, diffidava, a partire dal titolo, dalla suggestione di *modificare* il femminismo, neutralizzandolo.

Il *focus* deve restare sui sessi perché è lì che origina l'asimmetria nella distribuzione del potere che poi, in un secondo momento, viene teorizzata e implementata socialmente tramite il significante di genere.

Secondo McKinnon, infatti, nei crimini sessuali l'accento viene socialmente posto sulla natura *sessuale* del crimine: il che riflette però la prospettiva dell'autore della violenza non della sua vittima; i.e. l'aggettivo *sessuale* definisce il movente dell'autore non il bene giuridico della vittima che viene offeso.

Ricondurre quindi lo stupro e le altre forme di violenza alla sfera *sessuale* dell'agente significa attestare, e accettare, che per l'agente (uomo) ciò che dalla vittima (donna) è percepito come una violenza possa essere “solo” *sesso*.

E questo assioma è possibile solo se si accetta, e si dà per scontata, una disuguaglianza (*inequality*) di base, una vera e propria *asimmetria* della sessualità per cui è socialmente ammesso che la sessualità maschile comprenda atti, pratiche e istinti che sebbene nella sfera dell'agente siano naturalmente percepiti come inerenti al *sesso*, possono essere “percepiti” dalla vittima (i.e. soggettivamente non oggettivamente) come una violenza. La criminalizzazione di alcune forme di violenza sessuale non rifletterebbe altro che la pretesa legislativa di fissare un'asticella della tollerabilità della *sex inequality*, al di sotto della quale la dinamica sessuale, che è naturalmente sbilanciata nei confronti del maschio, è tollerata, oltre la quale invece non lo è più.

Partendo da questa lettura fortemente *sessualizzata* del significante di genere, il bersaglio diventa dunque il *gender mainstreaming* euro-unitario, che pare invece attingere a un'elaborazione neutra del genere (che infatti ne ammette declinazioni, come quella dell'identità o dell'espressione di genere, in senso fluido) la quale più che afferire al discorso femminista origina da un'elaborazione antropologica che ha portato avanti un discorso parallelo sui ruoli di genere, non schierato e soprattutto molto *culture oriented* e auto affermatosi con pretese di scientificità, tanto da costituire un bacino scientifico ufficiale da cui hanno attinto le citate fonti sovranazionali per le relative definizioni.

Ciò porta un rischio di iterazione del dominio maschile via diritto; non più, come prima, tramite il silenzio giuridico sui ruoli di genere mascherato dalla finta neutralità del diritto; ma, ora, con un inedito *gender talk* che torna a offuscare il corpo delle donne, le sue ferite e le sue rivendicazioni, mischiandole ad aspirazioni universalistiche in un discorso constativo e uniformante che, nel campo degli studi giuridici americani, è stato icasticamente individuato nella sovrapposizione, in una stessa visione politica *mainstream*, di *Seneca Falls* e *Stonewall*.

Allora dobbiamo chiedercelo: è davvero così? o meglio: è *ancora* così?

Il testo di McKinnon è della fine degli anni ottanta e certamente la sua lettura si è rivelata a posteriori corretta, visto che i trent'anni successivi hanno visto una crescita esponenziale, fino ai giorni nostri, del fenomeno della violenza maschile contro le donne e dei femminicidi, tanto da indurre i Legislatori europei a introdurre, nell'ultimo decennio, normative emergenziali continuamente aggiornate – il cui ultimo esempio, in Italia, è la legge n. 69 del 2019, meglio conosciuta come “Codice rosso”, entrata in vigore nell'agosto 2019 – nonostante le quali il numero delle donne vittime di violenza non accenna a diminuire.

Ma proprio questa dimensione sociale del fenomeno non ha reso anche possibile un'inedita consapevolezza delle sue radici e della sua complessità, tanto da consentirci di muovere un passo in avanti, verso una nuova frontiera della lotta alla violenza sessista e patriarcale in tutte le sue forme e direzioni?

Scrivendo efficacemente Bell Hooks: “ .. *all'inizio l'obiettivo era quello di sottolineare la violenza maschile contro le donne ma man mano che il movimento cresceva emergevano prove che la violenza domestica avveniva*

anche nelle relazioni tra gli stessi sessi e che donne in rapporto con donne sono spesso vittime di abusi, e bambini e bambine sono altresì vittime di violenza patriarcale scatenata da donne e uomini ... io appartengo alla cerchia di quelle rare femministe teoriche le quali credono nella crucialità, per il movimento femminista, di dotarsi di una strategia complessiva tesa alla cessazione di tutte le forme di violenza”¹¹.

Il discorso giuridico di McKinnon, mirabilmente focalizzato sulla distribuzione del potere tramite l’uso della sessualità, può anche essere declinato in un approccio alternativo.

Negli stessi anni Iris Marion Young riconosceva che “le femministe in particolare hanno analizzato come il discorso che collega la civiltà pubblica alla fratellanza non sia meramente metaforico. Fondato dagli uomini, lo Stato moderno e il suo regno della cittadinanza hanno sfoggiato come universali valori e norme che derivano da esperienze specificamente maschili: le norme militari sull’onore e il cameratismo omoerotico; la concorrenza leale e la contrattazione tra agenti indipendenti; un discorso incorniciato in toni impassibili di ragione spassionata”¹².

L’approccio che ne deriva però, in Young, è al contrario di apertura nei confronti delle rivendicazioni differenziate dei vari gruppi sociali – insieme al movimento delle donne, il movimento l.g.b.t.q.i.a. e il movimento per i diritti civili delle persone afro-americane, ad esempio – senza dare spazio al timore che tale apertura possa neutralizzare la comune origine sessista e patriarcale di tutte le forme di violenza, e contando anzi sul fatto che proprio l’unione dei gruppi differenziati abbia la forza di proporre condizioni per una democratizzazione dei processi decisionali, riappropriandosi dal basso (*grass-roots constituency*) della dimensione concreta degli spazi sociali e giuridici e ivi promuovendo *iterazioni democratiche* (*democratic iterations*)¹³ capaci di redistribuire sfere di dominio e di potere sociale cristallizzato.

Tornando al progetto di legge in materia di omotransfobia, adottare al contrario un’ottica escludente mediante il rifiuto dell’identità di genere, condurrebbe al paradosso di introdurre per via legale una discriminazione tra persone degne di essere protette dall’odio e dalla violenza (quando questi

¹¹ *Violenza di genere*, Mimesis, 2016, pag. 80.

¹² *Polity and group difference: a critique of the ideal of universal citizenship*; *Etichs*, Vol. 99 no. 2 (Jan. 1989), by The University of Chicago Press.

¹³ Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*; Yale University, 2004.

siano cioè fondati sul sesso biologico o sull'orientamento sessuale) e persone che possono invece essere vittimizzate senza che valga la pena proteggerle (quando il motivo d'odio sia appunto fondato sull'identità o sull'espressione di genere).

Sostituendo *identità di genere* con *transessualità* si limiterebbe infatti la protezione dalla violenza transfobica alle persone che, in base al proprio intimo percorso di transizione, siano approdate alla modifica chirurgica dei propri caratteri sessuali, escludendo le persone *transgender*, il cui percorso di transizione non preveda l'intervento chirurgico, e del pari escludendo le persone non *transgender* che però manifestino un'*espressione di genere* non binaria (cioè non rientrante nel "binario" maschio/femmina) o non conforme.

Ma l'ipotesi di introdurre una legge che, nata con l'espresso obiettivo di contrastare le discriminazioni e gli stereotipi di genere, finisca invece con l'accentuarli, creando legalmente una zona franca in cui l'istigazione all'odio e alla violenza e i conseguenti atti discriminatori e violenti siano di fatto ammessi, prospetta uno scenario giuridico ingiusto.

5. Conclusioni.

Il discorso dei diritti fondamentali, non certo immune da retaggi di occidentocentrismo, soprattutto in tema di razza, proprietà e genere¹⁴, è tuttavia innervato (deve esserlo) da un'aspirazione universalistica che lo porta a cercare di migliorarsi continuamente e di attivarsi sul piano concreto delle singole realtà vessate da discriminazioni, deprivazioni e violenze.

Il compito del diritto, *recte* dei diritti umani e fondamentali, è proprio quello di riuscire a diffrangersi su diversi piani di concretizzazione e di positivizzazione differenziata (i.e. *democratic iterations*)¹⁵, utilizzando la forza normativa delle Costituzioni e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali per contrastare tutte le forme di violenza e di discriminazione.

Un ambito di positivizzazione differenziata, o diffusa, particolarmente attuale e importante, che rappresenta per molte/i la vera sfida del *discorso*

¹⁴ Cfr. sul tema Petro Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Carlos III University of Madrid, Madrid, 2014, pp. 394; anche in *open source* al link <http://hdl.handle.net/10016/18380>

¹⁵ V. nota 13

dei diritti nel ventunesimo secolo, è rappresentato dal paradigma della *vulnerabilità sociale* al quale sono strettamente correlati sia la violenza maschile contro le donne nelle relazioni strette e all'interno della famiglia, sia l'odio contro le donne esposte in ruoli pubblici o istituzionali, soprattutto attraverso l'uso dei *social*, sia ancora l'odio nei confronti della comunità l.g.b.t.q.i.a. che, per vocazione, include (e non esclude) le persone omosessuali, lesbiche, bisessuali, transessuali, *transgender*, intersessuali, *queer* e *agender*, e tutte le persone che abbiano un'identità e/o un'espressione di genere non binaria o non conforme, fornendo loro una rete di assistenza e supporto contro le violenze e le discriminazioni quotidiane.

L'estensione dell'operatività degli articoli 604 *bis* e *ter* del codice penale ai motivi fondati sul *sex*, sul *genere*, sull'*orientamento sessuale* o sull'*identità di genere* pare dunque riflettere, insieme alle altre disposizioni della proposta di legge (che non si occupa solo degli aspetti sanzionatori ma anche di prevenzione, di centri antiviolenza e di educazione) una linea di politica legislativa di inclusione e di protezione ampia, e non discriminatoria, delle vittime in condizione di particolare vulnerabilità.

Una strada giusta, da perseguire, a mio avviso, sia come obiettivo sociale sia come nuova frontiera della riflessione teorica sulla democrazia e sul diritto.

* [All.1](#), testo unificato della proposta di legge diffuso dalla stampa dopo il deposito, il 30.6.2020.

* [All. 2](#), relazione di compendio all'audizione informale presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati, del 27 maggio 2020.