

COLANT OMNES QUEMQUE Tornare all'essenziale dopo il ddl Zan

di

LUCIANO EUSEBI

ABSTRACT: *This essay takes account of the draft law aimed at tightening up the punishment for crimes committed on grounds of the victim's sexual orientation or disability. In addition, it introduces a new hate crime for these reasons, extending to the above scope the offenses concerning discrimination on 'racial, ethnic, or religious' grounds. As known, this draft law wasn't approved by the Italian senate. In relation to this project, the Author critically evaluates the traditional use of the threat of penal sanctions, which ends up assuming promotional purposes of certain life choices rather than contributing to the growth of a social climate of respect towards all. It is stated that this outcome would be better achieved through restorative justice. Furthermore, the lack of determination of the draft provisions and the delicate problems of the relationship between an unspecified case of discrimination and the constitutional principle of freedom of expression are highlighted.*

KEY WORDS: *Crimes committed on grounds of the victim's sexual orientation, hate crimes based on the same reasons, criteria for the use of criminal law, resources of restorative justice.*

ENGLISH TITLE: *Colant omnes quemque. Returning to the essentials after ddl Zan*

SOMMARIO: 1. Il rispetto reciproco come obiettivo: sulla prevenzione di offese motivate da scelte altrui relative all'affettività o alla sessualità. – 2. Alcune forzature palesi concernenti le forme del ricorso al diritto penale nel ddl Zan: a) un utilizzo *retrivo* della penalità. – 3. (*segue*) b) lo scivolamento verso forme di utilizzo simbolico-promozionale delle norme penali (e complementari). – 4. (*segue*) c) l'indifferenza rispetto al canone della *determinatezza* (e della *tassatività*) in ambito penale. – 5. (*segue*) d) il nodo relativo alla punibilità degli atti discriminatori e l'attrito col principio di libera manifestazione del pensiero. – 6. Ipotesi per interventi normativi condivisibili sulla materia di cui al ddl Zan: le risorse, in particolare, della giustizia riparativa.

ISSN (print): 00226955

DOI: 10.26350/004084_000124

1. *Il rispetto reciproco come obiettivo: sulla prevenzione di offese motivate da scelte altrui relative all'affettività o alla sessualità*

Il blocco realizzatosi, in pratica, col voto in Senato del 27 ottobre 2021 circa l'*iter* parlamentare del c.d. ddl Zan (S n. 2005), già approvato dalla Camera dei deputati, in un testo risultante dall'unificazione di più disegni di legge, il 4 novembre 2020 e 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*, impone – quali che siano le opinioni su quel voto – un supplemento di analisi in merito agli obiettivi che s'intendano perseguire attraverso una legislazione specificamente dedicata a simile materia e sugli strumenti adeguati per tale scopo.

Sebbene siano emerse discussioni su eventuali finalità politiche diverse da quelle inerenti alla *res decidenda* nel formarsi di una maggioranza contraria

al suddetto testo in Senato, non può disconoscersi, infatti, che simile testo solleva notevolissime criticità con riguardo ai modi dell'intervento penale che propone, come espresso del resto da autorevoli voci nell'ambito penalistico, che in parte riprenderemo, non certo sospettabili di sentimenti *omofobi*.

Il punto di partenza, in ogni caso, non può che essere costituito dall'importanza del promuovere giuridicamente – come elemento di pace per il mondo in generale e nel quadro del pluralismo caratterizzante le realtà sociali – l'esigenza che *tutti rispettino tutti*: senza che tale esigenza possa essere in alcun modo incrinata o elusa facendo leva su determinate valutazioni, peraltro del tutto legittime, circa le scelte e gli stili comportamentali altrui. E se ciò deve valere anche con riguardo a chi abbia trasgredito la legge (si veda, per esempio, l'art. 1, comma primo, dell'Ordinamento penitenziario), non può non valere con riguardo, altresì, a chi non abbia violato alcuna norma giuridica.

Viene in gioco ovviamente, per l'Italia, l'art. 3, comma primo, della Costituzione: la pari dignità sociale dei cittadini sussiste «senza distinzione [...] di condizioni personali e sociali». Né va negato che persone ricomprendibili in determinate tipologie del modo di essere, o dell'agire, inerenti alla sfera affettiva o sessuale abbiano subito e talora subiscono ancor oggi, come purtroppo altre categorie di persone, vessazioni ingiuste¹.

La questione riguarda, allora, le modalità del perseguire un obiettivo in sé da condividersi: se lo strumento debba essere, attraverso disposizioni *ad hoc*, anche quello penale, non ritenendosi adeguate le previsioni relative ai reati già esistenti di applicabilità generale; se ciò esiga, comunque, di enfatizzare lo strumentario penale classico, oppure se lo scopo sia più opportunamente conseguibile attraverso altre modalità della risposta al reato; se appaia opportuno per il medesimo fine estendere, come nel ddl Zan, l'ambito applicativo finora nella sostanza eccezionale, e non esente da problematicità, delle norme – riguardanti condotte poste in essere «per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» – ricomprese nella c.d. legge Mancino (d.l. n. 122/1993 conv. in l. n. 205/1993), per gran parte trasfuse con d.lgs. n. 21/2018 negli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.; se, in particolare, necessiti rendere penalmente sanzionabili, come nel ddl Zan, «atti di discriminazione» (e di istigazione a commetterli) motivati nel senso predetto, nonostante il proporsi del problema delicatissimo per un ordinamento di matrice liberale inerente al rapporto tra una siffatta previsione e l'esercizio del diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero.

¹ In questo senso, può certamente condividersi l'assunto di M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *GenIUS*, 2015, I, p. 23, per cui (anche) «nell'omo/transfobia l'offesa alla dignità umana si specifica nella violazione del rapporto di riconoscimento che deve essere assicurato a tutti consociati, ossia il riconoscimento del soggetto come individualità dotata di autonomia, quale presupposto per il suo sviluppo nel contesto di una comunità di uguali».

Tenendo per fermo che l'introduzione di norme incriminatrici particolari, o di aggravanti, relative a condotte illecite motivate dalle scelte esistenziali, quali esse siano, delle parti offese può risultare legittima solo se mira a una migliore tutela effettiva delle potenziali vittime e, dunque, solo se vi siano riscontri attendibili del fatto che le nuove norme risultino necessarie per un contrasto più efficace di simili condotte, sia sul piano della dissuasione, sia su quello inerente alla prevenzione delle recidive². Mentre non sarebbe giustificabile ove si configurasse come un mezzo di accreditamento culturale nella società, attraverso l'enfasi della penalizzazione, dell'una o dell'altra tra le suddette scelte: simile finalità di modifica dei costumi sociali – di c.d. *moralizzazione*, secondo un linguaggio invalso in dottrina – risulta del tutto estranea, infatti, ai criteri costituzionali di ammissibilità, aventi per oggetto la sola protezione di beni giuridici, del ricorso allo strumento penale³.

2. Alcune forzature palesi concernenti le forme del ricorso al diritto penale nel ddl Zan: a) un utilizzo retrico della penalità

Per affrontare i suddetti nodi problematici è utile muovere da un esame del ddl Zan, il quale, si fonda prioritariamente sull'irrigidimento, quando siano presenti i motivi predetti, della risposta sanzionatoria penale già prevista rispetto a gran parte delle condotte illecite ivi contemplate⁴.

Una scelta, questa, da valutare con particolare attenzione, poiché su di essa sembrerebbero convergere le stesse forze politiche manifestatesi contrarie, per altre ragioni delle quali diremo, al disegno di legge⁵. Sebbene essa rappresenti il fulcro sul quale si radicano, a ben vedere, le ulteriori criticità di quel testo normativo.

² Nel nostro caso, il punto in discussione non investe tanto il proposito di dare una visibilità anche penalistica al divieto di condotte offensive motivate nel senso di cui al ddl Zan, bensì alla necessità, per tale fine, di determinate modalità sanzionatorie o estensioni della sfera del punibile: in un ambito nel quale forme di aggressione fisica o di denigrazione pubblica per i motivi di cui al ddl Zan sono già punite e la deprivatione di diritti specifici, quale ne sia il presupposto, è sanzionata, quantomeno, sul piano civilistico e può essere fatta valere, sussistendone le condizioni, sul piano amministrativo.

³ Esprime in proposito un «pregiudiziale sfavore verso l'uso della legge penale quale strumento di promozione e affermazione di nuovi diritti, specie quando la loro fonte scaturisce da ideologie o concezioni morali non da tutti condivise», G. Fiandaca, *Cosa non va nel ddl Zan*, in *Il foglio*, 17 maggio 2021.

⁴ «Nel campo delle politiche penali, la legge Zan si colloca in una linea di continuità con le politiche (di vario colore) che fanno affidamento nel *più penale* come promessa di tutela e fonte di consenso politico»: così D. Pulitanò, *Sulla discussione sul ddl Zan*, in *Giurisprudenza penale web*, 2021, 7-8, p. 7.

⁵ Come nello stesso senso risulta muoversi l'articolato del gruppo di lavoro *Delitti contro l'umanità e l'uguaglianza* dell'Associazione italiana professori di diritto penale incaricato, insieme ad altri gruppi, di avanzare proposte per la riforma dei delitti contro la persona (in www.aipdp.it/aipdp-documenti/).

In effetti il ddl Zan persegue, anzitutto, una reazione detentiva più severa, sussistendo i motivi che lo caratterizzano, circa fatti comunque puniti, quali ne siano le parti offese e gli scopi, attraverso previsioni criminose di validità generale⁶. Per cui, *ex art. 3*, estende a tali fatti (salvo che per i delitti puniti con l'ergastolo) l'aumento obbligatorio della pena *fino alla metà* previsto dall'*art. 604 ter*, comma primo, c.p., precludendone inoltre l'eventuale non operatività, *ex art. 69 c.p.*, nell'ipotesi del concorso con una o più attenuanti: con effetti, pertanto, potenzialmente assai gravosi. E altresì estende l'applicabilità della reclusione da sei mesi a quattro anni di cui all'*art. 604-bis*, comma primo, lett. *b)*, c.p. nei confronti di chi commetta o istighi a commettere per gli stessi motivi (nel caso in cui il fatto non rientri in fattispecie più gravi) violenza o atti di provocazione alla violenza: condotte esse pure riconducibili, peraltro, all'ambito applicativo di norme penali ordinarie.

Dal che, nondimeno, è derivato l'esito mediatico in forza del quale non poca parte dell'opinione pubblica ha inteso come necessaria l'introduzione di tali norme al fine di rendere punibili le condotte lesive poste in essere nei confronti delle categorie di persone cui il ddl Zan si riferisce.

Alle norme summenzionate si affiancano poi, nel medesimo testo, la punibilità con reclusione fino a un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro (che amplia l'ambito applicativo dell'*art. 604-bis*, primo comma, lett. *a)* c.p.) di chi commetta o istighi a commettere «atti di discriminazione» per i motivi più volte richiamati, nonché la punibilità con reclusione da 6 mesi a 4 anni (che amplia l'ambito applicativo dell'*art. 604-bis*, comma secondo, c.p.) di chi partecipi o presti assistenza ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento, per i medesimi motivi, alla discriminazione o alla violenza: reclusione che diviene da uno a sei anni per coloro che promuovano o dirigano le medesime realtà plurisoggettive.

Né possono trascurarsi le ulteriori disposizioni incidenti sul regime sanzionatorio dei reati cui il ddl Zan si riferisce che sarebbero introdotte, ai sensi dell'*art. 5*, attraverso modifiche da apportarsi alla legge Mancino. Innanzitutto, la previsione che le «sanzioni accessorie» di cui all'*art. 1-bis* di tale legge siano applicabili anche ai «delitti di cui all'articolo 604-bis c.p. ovvero per un delitto aggravato dalla circostanza di cui all'articolo 604-ter c.p.», secondo le integrazioni previste circa tali articoli dal medesimo ddl Zan. Vale a dire l'applicabilità dell'«obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica

⁶ Cfr., per tutti, D. Pulitanò, *Sulla discussione sul ddl Zan*, cit., p. 4: «fatti di violenza fisica di matrice omofobica o transfobica rientrano in divieti che fanno parte del nucleo del diritto penale comune».

utilità», che si prevede possa essere adempiuto anche a favore, fra le altre, «delle associazioni di tutela delle vittime dei reati di cui al nuovo testo dell'art. 604-bis c.p.»⁷; dell'obbligo «di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno»; della «sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché [del] divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere»; del «divieto – particolarmente delicato – di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni». Con l'ulteriore disposizione per cui l'eventuale sospensione condizionale della pena può essere subordinata alla prestazione di un'attività non retribuita a favore, fra le altre, delle suddette associazioni, prestazione in cui dovrebbe sostanzarsi anche il lavoro di pubblica utilità da prestarsi nel caso di sospensione del processo con messa alla prova. E con l'eliminazione dell'inciso secondo il quale, in tutti i casi rilevanti ai fini della legge Mancino, l'attività non retribuita, oggi, «deve svolgersi al termine dell'espiazione della pena detentiva per un periodo massimo di dodici settimane»; nonché con l'inserimento della precisazione secondo cui la medesima attività è determinata dal giudice «tenuto conto delle ragioni che hanno determinato la condanna».

Un quadro sanzionatorio, quello che abbiamo descritto, circa il quale s'è significativamente osservato in ambito penalistico che «il ddl, ad onta della richiesta di apertura culturale sul tema della sessualità, del genere, degli orientamenti relativi, muove paradossalmente da una visione profondamente conservatrice, se non retriva, della penalità»⁸.

Vi è ampia esperienza, infatti, della circostanza per cui le politiche di inasprimento sanzionatorio non sortiscono gli effetti in ragione dei quali vengono proposte all'opinione pubblica, proprio perché, facendo leva sulla mera intimidazione, restano prive di contenuti motivazionali (cioè di persuasione a rispettare la legge per scelta personale) i quali possano aver effetto anche quando la probabilità di punizione di una data condotta illecita rimane *ex ante* modesta, come accade per quasi tutti i reati.

⁷ Osserva opportunamente, a tal proposito, M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, cit., p. 27: «Il lavoro di pubblica utilità andrebbe previsto non come pena aggiuntiva, ma semmai come sanzione sostitutiva della pena detentiva, evitando che la pena si carichi del simbolismo del contrappasso e della vendetta, del tutto incapace di precostituire un clima favorevole alla rieducazione dell'autore del fatto».

⁸ Così A. di Martino, *Osservazioni sul D.D.L. «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»* (contributo in sede di audizione presso la Commissione giustizia del Senato), in *discrimen.it*, 5 ottobre 2021, p. 22.

Il che vale tanto più quando simili condotte non scaturiscono dal fine di perseguire propri interessi materiali, bensì da arroganza, incultura o fanatismo. In tali casi risulta di particolare rilievo che la sanzione volta a contrastare quel tipo di condotte assuma modalità, già nel momento in cui viene prevista dal legislatore, che impegnino il suo destinatario, col necessario supporto, a recuperare in concreto stili comportamentali rispettosi nei confronti di abbia subito offesa per le sue condizioni o per le sue scelte di vita: fatte salve conseguenze diverse ove simili impegni siano disattesi.

L'utilizzo enfatizzato, onde prevenire condotte che rappresentano una frattura nei rapporti umani, di tipologie sanzionatorie aventi a loro volta natura divisiva finisce, invece, per radicalizzare l'opposizione di taluni soggetti verso determinate categorie di persone, fino a ingenerare, nella cerchia di coloro che condividono gli atteggiamenti di chi abbia offeso e per questo sia stato punito, la considerazione del medesimo, assolutamente indebita, come una sorta di martire dei presunti avversari, con esiti di esacerbato rancore e di maggior diffusione dell'odio.

Mentre un risultato di recupero dell'offensore – obiettivo, invero, che non sembra rientrare nel fulcro d'interesse del ddl Zan – destabilizza entro il contesto di provenienza di tale soggetto la tenuta dei modelli comportamentali offensivi, minandone l'attrattività e, in tal modo, favorendo un effetto domino di affrancamento dagli stessi in altri individui.

Del resto, se attraverso la legge delega n. 134/2021 il Parlamento e il Governo hanno delineato un investimento senza precedenti sulla giustizia riparativa rispetto all'intero ambito della materia penale, non si vede perché contemporaneamente questo indirizzo dovrebbe essere disatteso proprio con riguardo a uno dei contesti per i quali i procedimenti di mediazione penale appaiono più appropriati.

Anche volendo rimarcare sul piano penale il disvalore delle condotte cui si riferisce il ddl Zan, le forme di un corrispondente intervento del legislatore, dunque, potrebbero essere ben diverse, come diremo, da quelle proposte in tale progetto normativo.

3. (segue) b) *lo scivolamento verso forme di utilizzo simbolico-promozionale delle norme penali (e complementari)*

Ciò premesso, il ricorso da parte del ddl Zan a un apparato sanzionatorio come quello descritto lascia in effetti l'impressione, non essendo giustificabile in base a specifiche esigenze di migliore prevenzione dei fatti illeciti ivi contemplati, che esso risponda prioritariamente a intenti di promozione nel sentire sociale di determinati stili di vita, o di de-

terminate visioni della relazionalità affettiva⁹, secondo un orientamento che, già lo si diceva, non può essere riconosciuto come finalità legittima del diritto penale¹⁰.

Se ne possono trovare elementi di riscontro anche in ulteriori scelte del ddl Zan.

Non si vede, per esempio, per quale diverso motivo si sarebbero dovute articolare le finalità rilevanti delle condotte punibili specificandole come fondate «sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere» (oltre che «sulla disabilità», termine tuttavia inserito in una fase successiva al progetto originario onde evitare una troppo palese gestione differenziata tra le molteplici ipotizzabili finalità di offesa): tracciando poi all'art. 1 specifiche definizioni dei (soli) quattro concetti suesposti le quali, al di là dei problemi inerenti alla loro determinatezza, hanno creato disagio, com'è noto, anche nell'ambito di alcuni contesti di matrice *femminista*, specie in rapporto alla soggettivizzazione dell'«identità di genere», così come definita all'art. 1, comma primo, lett. *d*)¹¹. Quando invece una copertura omnicomprensiva delle asserite esigenze di tutela si sarebbe potuta realizzare, per esempio, avendo riguardo a *motivi riguardanti la condizione, le condotte o le opinioni di taluno relative ai contesti dell'affettività o della sessualità*¹².

⁹ Non si tratta, in tal senso, di disconoscere che «attraverso i suoi precetti il diritto penale svolge un ruolo di affermazione simbolica di un limite che non deve essere valicato a tutela della dignità della persona e che funge da importante orientamento culturale dei consociati» (così M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 8, p. 1021): il che può valere anche per la materia costituente oggetto del ddl Zan. Si tratta, piuttosto, di domandarsi se le modalità del ricorso al diritto penale previste dal ddl Zan risultino confacenti a quell'intento, oppure finiscano per risultare funzionali a una funzione simbolico-promozionale di altra natura. Che il problema del ddl Zan investa, in particolare, i profili sanzionatori è del resto avvertito anche da M. Pelissero, *ibidem*, il quale prosegue: «piuttosto è sul versante del trattamento sanzionatorio che dovrebbero essere lasciati più ampi spazi a forme di mediazione e di giustizia riparativa» (sul tema v. *infra*, § 6).

¹⁰ Si chiede G. Fiandaca, *Politica, panpenalismo, ddl Zan e nuovi diritti. La lezione di Fiandaca*, in *Il dubbio*, 3 novembre 2021, e in *discrimen.it*, 7 novembre 2021, p. 2: «In una democrazia costituzionale in cui il diritto penale non dovrebbe essere particolarmente invasivo, è giustificato che sia una legge penale lo strumento di affermazione e promozione di un diritto all'identità sessuale? Ed è giustificato che una legge penale faccia propria l'ideologia dell'identità di genere in un contesto politico caratterizzato dal principio del pluralismo, ovvero l'affermazione di un processo di identità dovrebbe essere affidato al confronto culturale e sociale?». La funzione simbolico-promozionale del ddl Zan appare collocarsi, in effetti, su un piano alquanto differente da quello che concerne «l'educazione al rispetto del “diverso”» cui fa riferimento L. D'Amico, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 29 giugno 2021.

¹¹ «Per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione».

¹² Analogamente A. di Martino, *Osservazioni sul D.D.L. «Misure di prevenzione e contrasto...»*, cit., p. 25, ipotizzava il riferimento a motivi «fondati sul sesso o sulle tendenze sessuali» oppure a motivi «riguardanti condizioni od opinioni relative alla sfera della sessualità». A sua volta M. Pelissero *Discrimi-*

Un'impressione che trova ulteriore supporto negli articoli 7 e seguenti, i quali hanno per oggetto, anche attraverso l'istituzione di una *giornata nazionale*¹³, non già l'impegno a che ogni persona sia incondizionatamente rispettata e non subisca offesa per le sue condizioni, opinioni o scelte di vita, bensì, specificamente, l'impegno «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» (art. 7, comma primo), chiedendo in particolare anche alle scuole (comprese, dunque, quelle dell'infanzia e primarie, quali agenzie educative operanti nell'età evolutiva) di attivarsi organizzando «cerimonie, incontri e ogni altra iniziativa utile» per il fine predetto.

Il che difficilmente potrebbe non essere ricondotto, anche per l'assenza di forme analoghe d'iniziativa esplicita per la prevenzione primaria di altri comportamenti criminosi che offendano persone, all'intento di proporre come *indiscutibili* determinate scelte o visioni, da presentare fin dalla più giovane età come espressione di scelte meramente potestative: con ciò sovrapponendo il profilo della liceità giuridica di qualsiasi scelta nella materia affettiva o sessuale che non implichi violenza nei confronti di altri con quello dell'esclusione di qualsiasi legittima problematizzazione etica – sempre a rischio di essere ritenuta discriminante – circa tali scelte, come dev'essere per ogni tipo di scelta; e in tal senso orientando alla negazione (quasi che ciò costituisse un assunto neutrale) di qualsiasi significato antropologico, soprattutto, dell'articolazione in maschile e femminile della realtà personale umana (il che, ovviamente, non implica in alcun modo trascurare, o sminuire, le situazioni personali che manifestano una percezione dell'orientamento sessuale difforme dal sesso biologico).

Tutto questo conduce a riflettere, inoltre, sull'opportunità di apprestare una disciplina penale differenziata, assimilandola alle casistiche eccezionali oggi contemplate dall'art. 604-*bis* c.p., per certe motivazioni d'offesa, in quanto consistenti nel disprezzo della persona offesa, rispetto ad altre, altrettanto riprovevoli: si pensi a quelle che riguardino, scrivevamo altrove, «l'essere fautori di determinate forme di pensiero o di determinate conce-

minazione, razzismo e il diritto penale fragile, cit., p. 1021, annovera tra ciò che non ritiene convincente nel testo del ddl Zan «la menzione delle ragioni di genere accanto a quelle fondate sul sesso, sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, perché – osserva – mi riesce difficile comprendere, alla luce della necessaria tassatività della fattispecie penale, in cosa il genere si differenzi dalle altre cause di discriminazione». Si noti che il ddl unificato in materia che ebbe l'approvazione della Camera dei deputati il 19 settembre 2013 parlava di motivi «fondati sull'omofobia o sulla transfobia»: concetti, invero, di assai problematico accertamento empirico nella psiche dell'offensore.

¹³ «La previsione di una giornata nazionale non è un modello di laicità liberale. Ha una coloritura molto forte: attribuzione selettiva di un significato privilegiato, da gestire con estrema cautela»: così D. Pulitanò, *Sulla discussione sul ddl Zan*, cit., p. 8, nt. 18.

zioni politiche, l'essere poveri o senza fissa dimora, l'essere *ex*-detenuti»¹⁴, ma anche l'essere anziani, malati, di aspetto (ritenuto) sgradevole, poco istruiti, non griffati, ricompresi tra i destinatari di bullismo, membri di altra tifoseria, provenienti da determinate aree geografiche nazionali, e altro¹⁵.

Se si tratta di promuovere, come afferma il già citato art. 7, comma primo, «la cultura del rispetto e dell'inclusione», sarebbe bene che ciò avvenga in modo omogeneo, senza creare, paradossalmente, discriminazioni (vale a dire, lasciando intendere il minor rilievo di certe vittime rispetto ad altre): così che ne derivi il senso di un riguardo davvero universale ed *uguale* dovuto a ogni altra persona. Il che costituirebbe una garanzia anche per le vittime di cui si occupa il ddl Zan: le quali non vedrebbero fatta valere la loro esigenza di tutela, agli occhi dell'opinione pubblica, in forza del rispetto dovuto a contingenti condizioni o sensibilità soggettive, che taluno potrebbe non apprezzare sentendosi (indebitamente) autorizzato a farne motivo di offesa, bensì in forza, secondo una prospettiva più radicale, del rispetto dovuto senza riserve a ogni individuo umano.

D'altra parte, potrebbero nutrirsi, quantomeno, seri dubbi che sia nell'interesse di chi intende vedere riconosciuta, nei fatti, la propria *uguaglianza* rispetto a ogni altro individuo, non inficiata da condizioni o scelte relative alla materia *lato sensu* sessuale, il perseguire un inquadramento a priori di sé medesimo in categorie di persone vulnerabili che dipenda non da fattori indipendenti dalle sue scelte, ma soltanto da quelle che rivendica come modalità espressive della sua personalità¹⁶: come, invece, risulta espressamente formalizzato ai sensi dell'art. 6 ddl Zan, il quale prevede l'inserimento tra gli elementi di cui tenere conto per valutare la particolare vulnerabilità della persona offesa, *ex art. 90-quater c.p.p.*, della circostanza che il fatto risulti «fondato sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere».

¹⁴ Cfr. L. Eusebi, 'Omofobia' e diritto penale, in *SettimanaNews*, 24 agosto 2020, e in *discrimen.it*, 7 settembre 2020, n. 2.

¹⁵ Non convince, in contrario, l'argomentazione di A. Pugiotta, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIUS*, 2015, I, p. 10, che fa leva sulla considerazione per cui «verso gli omosessuali le discriminazioni presentano, da sempre, un'endemica diffusione sociale», dato che la disciplina, già in sé problematica, ora trasfusa negli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., non può implicare estensioni sulla base di meri rilievi circa il radicamento storico di determinate tipologie d'offesa e dato che, comunque, altri motivi d'offesa paiono configurarsi oggi, ma non solo, altrettanto o maggiormente diffusi rispetto a quelli rilevanti ai fini del ddl Zan. Senza con ciò nulla togliere alla consapevolezza giustamente richiamata del fatto che anche gli omosessuali furono tristemente vittima dei crimini nazisti di sterminio.

¹⁶ Pur aderendo alla «giustificazione dell'estensione dell'ambito di applicazione delle norme penali proposta [nella XVII legislatura] dal disegno di legge [S] n. 1052 ai fatti motivati da omofobia o da transfobia», ritiene che essa «non [dovesse] passare attraverso il presupposto del riconoscimento della condizione di vulnerabilità della omosessualità», M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'iterato penale*, cit., p. 25.

Sembrano darsi buone ragioni, allora, affinché la disciplina di cui agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. resti concepita come di ambito eccezionale, in quanto adottata sul presupposto di tragedie storiche che hanno colpito intere popolazioni e riguardante, comunque, motivi, quelli «razziali, etnici, nazionali o religiosi», che possono essere ricondotti con facilità a condizioni della vittima oggettivamente constatabili¹⁷. Vale a dire, affinché non si ricerchi, come avviene attraverso il ddl Zan, un parallelismo, che appare strumentale nella sua efficacia evocativa, con le norme riferibili al vertice assoluto di quanto è percepito criminoso sul piano planetario.

Così da evitare, fra l'altro, un'estensione dei motivi rilevanti circa gli articoli succitati che ben difficilmente potrebbe essere limitata, per ragioni di uguaglianza, a singole casistiche, tanto più ove si dia rilievo a fini riprovevoli, come nel caso del ddl Zan, che non hanno dato luogo, finora, a un numero consistente di vicende processuali¹⁸.

Ma altresì non trascurando come a suo tempo sia sorto un dibattito vivace circa l'opportunità di varare le disposizioni stesse oggi trasfuse nei medesimi articoli, per quanto concerne sia la loro scarsa determinatezza, sia il confine tra l'ambito dell'illiceità penale che esse dilatano e l'espressione legittima delle opinioni¹⁹. Per cui, ad esempio, non s'è poi ritenuto di introdurre, nel 2018, una fattispecie autonoma di c.d. negazionismo, configurando a tal proposito, piuttosto, un'aggravante applicabile solo quando condotte già illecite ai sensi dell'art. 604-*bis* c.p. manifestino fondamenti negazionistici.

¹⁷ Osserva, ancora, G. Fiandaca, *Cosa non va nel ddl Zan*, cit. «È esente da obiezioni la scelta di equiparare, in termini di disvalore etico-sociale e normativo, la transomofobia all'intolleranza razziale, etnica o religiosa, trattandosi in ogni caso di manifestazioni di odio ai danni di soggetti appartenenti a minoranze vulnerabili? A volere sottolineare, non andrebbe trascurato che le motivazioni culturali e psicologiche di queste diverse forme di avversione non sono coincidenti, per cui non tutte giustificano la medesima reazione censoria: è forse superfluo rilevare che un atteggiamento omofobico può anche derivare da condizioni di disagio o sofferenza psichica (come, ad esempio, una incerta autopercezione sessuale o una omosessualità rimossa), le quali solleciterebbero comprensione e aiuto psicologico piuttosto che severi giudizi di disapprovazione».

¹⁸ Del resto, non si vede come il fatto per cui con il d.l. n. 122/1993 l'ambito di rilevanza dei motivi originariamente previsto dall'art. 3, l. n. 654/1975 e ora rilevanti ex art. 604-*bis* c.p. sia stato (pur discutibilmente) esteso, «senza troppe obiezioni», a quelli religiosi possa fungere da argomento perché la specifica legislazione prevista da tali normative debba essere ulteriormente dilatata, considerando rilevanti altri motivi: il riferimento al principio di uguaglianza cui fa appello M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, cit., p. 26, se utilizzato in tale prospettiva, condurrebbe peraltro a trend di sistematica dilatazione, nell'*an* e nel *quantum*, dell'intervento penale, nonché alla confutazione del principio di frammentarietà. V. anche *infra*, § 5.

¹⁹ Cfr., per tutti, R. Bartoli, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in *www.sistemapenale.it*, 12 luglio 2021; A. Pugiotto, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfo-*bia, cit., p. 9.

Considerazioni, queste, che peraltro non escludono, pur senza necessità di introdurre fattispecie o aggravanti *ad hoc*, una migliore articolazione della risposta sanzionatoria nei confronti di reati commessi per motivi concernenti la vita affettiva o sessuale di determinate persone, idonea a rimarcare più efficacemente, altresì, le esigenze del rispetto dovuto a tali persone²⁰.

4. (segue) c) *l'indifferenza rispetto al canone della determinatezza (e della tassatività) in ambito penale*

È chiaro che se una strategia legislativa fondata sull'inasprimento della penalizzazione persegue in via prioritaria scopi promozionali di una data impostazione esistenziale, piuttosto che scopi realistici di miglior tutela delle persone da specifiche condotte offensive, non vi sarà uno specifico interesse per la precisione dei confini di quanto sia qualificato come penalmente illecito. Sia in rapporto all'interesse delle potenziali vittime a poter far conto su un ambito certo di comportamenti vietati nei loro confronti, sia, a maggior ragione, in rapporto alla garanzia che dovrebbe valere *erga omnes* di un confine non oscuro tra quanto sia ammesso e quanto costituisca reato²¹.

Col rischio, anzi, che si faccia conto proprio sull'incertezza definitoria di ciò che abbia rilievo ai fini penali per ottenere il c.d. *chilling effect*, vale a dire l'astensione spontanea anche da comportamenti in realtà leciti, ma critici o problematizzanti, oppure semplicemente non in linea con l'orizzonte culturale di determinate visioni della sessualità, per il timore di incorrere in onerosi procedimenti penali, quale ne sia l'esito finale: un rischio di autocensura il quale, ovviamente, appare desumibile soprattutto, come diremo, dal ruolo che si vorrebbe attribuito agli atti discriminatori²².

L'incertezza definitoria riguarda, tuttavia, pressoché l'intera gamma dei concetti rilevanti ai fini delle norme di rilievo penale nel ddl Zan. In primo

²⁰ V. a tal proposito *infra*, § 6.

²¹ Rileva G. Fiandaca, *Cosa non va nel ddl Zan*, cit., circa il riferimento a «motivi rispettivamente fondati «sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere»»: «Le definizioni legislative sono predisposte proprio per avere rilevanza giuridica quali parametri di riferimento vincolanti per guidare non solo i giudici, ma prima ancora i cittadini: se così è, una eccessiva complessità può risultare più disorientante che orientante innanzitutto nei confronti di questi ultimi, i quali non vengono appunto posti preventivamente nella condizione di ben comprendere quali siano le condotte vietate. Inoltre, una lunga esperienza penalistica dimostra che una disciplina normativa eccessivamente dettagliata, lungi dal giovare, rischia di dar luogo a complicazioni inutili anche nella valutazione giudiziaria dei casi concreti».

²² Fermo, pertanto, che le preoccupazioni sono da riferirsi, «prima ancora che al principio di libertà di manifestazione del pensiero, a quello di tassatività o determinatezza»: così L. Stortoni, *Qualche cosa dev'essermi sfuggita a proposito del ddl Zan*, in *discrimen.it*, 2 settembre 2021, p. 1 (non senza una censura circa il troppo «silenzio del mondo penalistico» a tal proposito).

luogo, la descrizione dei motivi rilevanti: «Difficile immaginare», così s'è osservato autorevolmente in dottrina, «concetti – riferentesi a realtà ontologicamente esistenti o meno – più vaghi, dai contenuti più problematici, dai confini più incerti. “Manifestazione esteriore”, “conformi o meno alle aspettative sociali”; “attrazione sessuale”; “identità di genere” ma “percepita e manifestata in sé”. Nozioni...? Macché! Definizioni, che mescolano labili dati ben poco oggettivi con elementi del tutto soggettivi per non dire emotivi. E parliamo di elementi del “fatto”, delle fattispecie criminose che li recepiscono»²³.

Ma la stessa problematicità investe le condotte di cui all'art. 604-*bis* c.p. delle quali si richiede un'estensione applicativa nel senso previsto dal ddl Zan, condotte che si sostanziano, fra l'altro, in due tra le terminologie più incerte, quelle di *istigazione* e di *violenza*, rintracciabili nell'ambito delle fattispecie penali.

Se del resto si stigmatizza, in merito all'art. 414 c.p. (istigazione a delinquere), «l'inettitudine dell'attuale formulazione della disposizione a descrivere “una plausibile relazione di pericolosità ‘astratta’ tra condotta incriminata e reati istigati”»²⁴, il rilievo risulta di portata tanto maggiore ove l'oggetto dell'istigare, come nel ddl Zan, non consiste necessariamente in un fatto che già costituisca reato, assumendo in tal caso, per giunta, una configurazione a sua volta del tutto indefinita²⁵.

Il che finisce per rendere scarsamente significativa, specie per quanto concerne l'istigazione *sterile*, la stessa rinuncia del ddl Zan a prevedere la rilevanza per i suoi fini della condotta di *propaganda* di cui alla prima parte dell'art. 604-*bis*, comma primo, lett. *a*), c.p. Non appare, infatti, per nulla risolutivo, onde individuare l'istigazione rilevante secondo il ddl Zan, rimettersi all'accertamento giudiziario del pericolo concreto per il bene tutelato in quanto requisito ormai indiscusso delle condotte istigatorie, posto che nel caso di specie si renderebbe il giudice valutatore dei con-

²³ Così, ancora, L. Stortoni, *Qualche cosa dev'esser mi sfuggita a proposito del ddl Zan*, cit., p. 2. Si tratta, osserva G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione degli “atti di discriminazione” non violenti nei delitti contro l'egualianza. Una riflessione a partire da d.d.l. Zan e altri in materia di misure di prevenzione e contrasto delle discriminazioni omo-transfobiche*, in www.giustiziasieme.it, 10 novembre 2020, n. 2, di «nozioni conformi a letture *mainstream*, tutt'altro che esaustive e condivise nel dibattito scientifico».

²⁴ Così G. De Simone, in G. Forti – S. Seminara – G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, 6a ed., *sub art.* 414 c.p., Milano 2017, p. 1275, con riferimento a G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano 1988, p. 205.

²⁵ Ove, in altre parole, «il contenuto istigatorio è perfino agganciato (non solo) ad atti di discriminazione di per sé non penalmente rilevanti né altrimenti determinati o determinabili se non con formule definitorie del tutto generiche e a volte davvero imprevedibili»: così C. Visconti, *Ancora bigotti? Noterelle anti-penalistiche su libera prostituzione e omofobia*, in www.sistemapenale.it, 4 febbraio 2021, p. 9.

tenuti di una manifestazione del pensiero, e con ciò dei limiti da apporre alla medesima il cui superamento la renderebbe penalmente illecita, senza alcuna criteriologia legislativa o logicamente predefinita disponibile ai fini di simile accertamento²⁶.

«Tuttora alquanto controverso» – così s'è sinteticamente affermato – risulta inoltre «il concetto di violenza, di cui manca, nel codice, una definizione di carattere generale»: per cui «si può ben dire che la sua storia sia quella di un progressivo ampliamento attraverso la svalutazione di quelli che in origine furono considerati i suoi fondamentali requisiti: l'estrinsecazione di forza fisica e l'influsso corporeo»²⁷.

5. (segue) d) *il nodo relativo alla punibilità degli atti discriminatori e l'attribuzione al principio di libera manifestazione del pensiero*

Già s'è detto che la carenza di determinatezza risulta particolarmente delicata, tuttavia, con riguardo al rilievo che dovrebbero assumere, secondo il testo del ddl Zan, gli atti di discriminazione (oltre che di istigazione alla medesima) posti in essere per motivi «fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale [o] sull'identità di genere»²⁸. Ciò in quanto il concetto di discriminazione, non risultando come tale definito nel nostro

²⁶ Appare utile riprendere in proposito l'intera argomentazione proposta da G. Fiandaca, *Cosa non va nel ddl Zan*, cit.: «Il lettore non digiuno di diritto sa bene che, in proposito, il ddl recepisce il principio giurisprudenziale da tempo elaborato in termini anche più generali, secondo cui una condotta istigatrice punibile, per distinguersi da una legittima manifestazione del pensiero, deve risultare idonea – secondo un giudizio *ex ante* e in concreto – a provocare il compimento degli atti vietati. Ma deve trattarsi di un pericolo “concreto” in senso stretto o basta, ai fini della punibilità, anche un pericolo “astratto”? Chi conosce la materia, è consapevole almeno di due cose: cioè che la stessa giurisprudenza al riguardo si mostra oscillante, continuando talvolta persino a propendere per un concetto di pericolo meramente “presunto”; e che, obiettivamente, non è facile operare con ragionevole certezza una simile distinzione, poiché non sempre il giudice è in condizione di apprezzare e tenere nel debito conto l'insieme delle circostanze fattuali capaci di incidere sulla valutazione del tipo e grado di pericolosità delle espressioni o delle condotte in questione. Ancora una volta, dunque, non poco dipende dalla perizia e dalla sensibilità garantista dei magistrati inquirenti e giudicanti». In senso analogo, a tal proposito, C. Visconti, *Ancora bigotti?...*, cit., pp. 9 s., in dialogo critico con L. Goisis, *Brevi riflessioni sulla recente proposta di legge in materia di crimini d'odio omotransfobico, di genere, per disabilità*, in *www.giustizainsieme.it*, 10 novembre 2020. Osserva, del pari, che nel caso di specie l'incriminazione dell'istigazione continua «ad entrare in tensione con l'art. 21 Cost.» G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione degli “atti di discriminazione” non violenti...*, cit., n. 2.

²⁷ Così M. Caputo, in G. Forti – S. Seminarà – G. Zuccalà, cit., *Commentario breve al codice penale*, cit., *sub* art. 610 c.p., p. 2064, con riferimento a G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano 1993, p. 893.

²⁸ Cfr. G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione degli “atti di discriminazione” non violenti...*, cit., n. 2: «nell'incriminazione dell'art. 604-bis, lett. a), c.p. rimane irrisolta la questione relativa a cosa debba intendersi per “discriminazione”, e a quali condizioni si possa ritenere che la discriminazione di una persona raggiunga la soglia dell'offensività penalmente rilevante».

ordinamento giuridico²⁹, finisce per porre inevitabili problemi di confine con l'esercizio della libera manifestazione del pensiero, garantita *a tutti* dall'art. 21 Cost.³⁰: a maggior ragione in quanto, come già si rilevava trattando dell'istigazione, le finalità di cui al ddl Zan renderebbero delittuosi anche atti che, di regola, risultano leciti³¹.

Lo ammette del resto, implicitamente, lo stesso ddl Zan, ricomprendendo un articolo 4 che intenderebbe dirimere la questione, ma che in realtà, come diremo, addirittura la acuisce³².

Ora, il principio espresso dall'art. 21 Cost. costituisce senza dubbio caratteristica identificativa di un ordinamento liberale, delineando uno dei diritti umani fondamentali. Tanto che la sua erosione per un aspetto, eventualmente ritenuta accettabile in un certo contesto storico, apre all'infrangersi di quel medesimo principio dinnanzi a deroghe circa il suo vigore che fossero fatte valere, nel futuro, da angolazioni politico-culturali opposte³³. I principi liberali, infatti, o valgono trasversalmente rispetto all'una o all'altra *Weltanschauung*, o si sgretolano, rendendosi pericolosamente disponibili. Ragione non ultima delle perplessità a suo tempo sollevate, come già s'è detto, in merito allo stesso impianto della c.d. legge Mancino³⁴.

E pertanto non è un caso che la Costituzione, nel momento in cui si fa carico dell'interrogativo circa eventuali confini di quel diritto, li ravvi-

²⁹ L'unica formalizzazione nota del concetto di *atti discriminatori* è contenuta, per i fini di tale disciplina, all'art. 15 del c.d. Statuto dei lavoratori: v. in proposito A. di Martino, *Osservazioni sul D.D.L. «Misure di prevenzione e contrasto...»*, cit., p. 13. Né «risulta possibile stabilire una nozione unitaria di discriminazione»: così G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione degli «atti di discriminazione» non violenti...», cit., n. 4.*

³⁰ Cfr. G. Dodaro, *ibidem*: «La distinzione tra discorsi leciti e atti vietati non sembra riuscire a superare in maniera convincente e risolutiva le critiche più severe mosse contro la proposta di riforma, la quale sembra rappresentare, anche per ulteriori ragioni (ad es. perseguibilità d'ufficio, irrigidimento della disciplina delle circostanze del reato), l'ennesima dimostrazione di un uso simbolico e particolaristico del diritto penale».

³¹ Circa la problematicità «di atti, normalmente leciti, che [assumerebbero] natura penale in quanto motivati da sesso, genere, orientamento sessuale o identità di genere», poiché «potenzialmente in grado di essere ricondotti al delitto dell'art. 604-bis, lett. a), c.p.», cfr., ancora, G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione degli «atti di discriminazione» non violenti...», cit., n. 3*, il quale prosegue osservando che «per quanto [simile] incriminazione abbia carattere residuale, la sua sfera applicativa è potenzialmente molto estesa, corrispondente al significato che si ritiene corretto assegnare al termine discriminazione».

³² «Questo articolo 4 – osserva G. Fiandaca, *Cosa non va nel ddl Zan*, cit. – sovrabbonda di parole mal assortite, al punto da rischiare addirittura di produrre – paradossalmente – un effetto contrario (cioè di estensione del penalmente rilevante) rispetto a quello perseguito (cioè di restrizione della punibilità)»: v. in proposito *infra*, nel testo.

³³ Osserva L. Stortoni, *Qualche cosa dev'essermi sfuggita a proposito del ddl Zan*, cit., p. 4: «Cosa diremo domani se al mutare del clima delle egemonie culturali, delle ideologie, verranno proposte norme penali che puniscono manifestazioni del pensiero di segno inverso? Se si conculcherà in senso vettorialmente opposto o diverso quella libertà?».

³⁴ V. riferimenti *supra*, nota 19.

si esclusivamente nel divieto di manifestazioni del pensiero «contrarie al buon costume», secondo un orientamento che preclude soltanto modalità delle medesime di per sé offensive o ripugnanti, e dunque tali da non risultare necessarie per un'espressione compiuta del pensiero stesso: senza in alcun modo ravvisare, dunque, un limite all'espressione di quest'ultimo in una categoria generale della *discriminazione*, quale possibile (e per molti profili inevitabile) effetto dei distinguo operati attraverso l'esprimere determinate idee.

Come non è un caso che la magistratura, nel momento in cui ha derivato dal principio di cui all'art. 21 Cost., esplicitandolo attraverso la riconosciuta liceità dei diritti di *cronaca*, di *critica* e di *satira*, un ambito di liceità più vasto dell'offesa arrecata all'altrui reputazione *ex art. 595 c.p.* rispetto a quello di cui all'art. 596, comma terzo, c.p. introdotto con d.lgs.lt. n. 288/1944, ha fatto sì riferimento, per circoscrivere il corretto esercizio di quei diritti, ai criteri ben noti di veridicità, pertinenza e continenza, ma – a sua volta – non ha certamente individuato un limite di tale esercizio, in particolare per quanto concerne il diritto di critica, nel sostanzarsi quest'ultima in atti di discriminazione o nel sollecitare a compierli. Posto che la *critica* si concretizza nel distinguere e nel proporre valutazioni che comportano diversità di approccio a un dato tema. E che la *discriminazione*, secondo il vocabolario Treccani, consiste proprio nella «distinzione, diversificazione o differenziazione operata fra persone, cose, casi o situazioni».

Dal che si evince come non possa esservi spazio giuridico per una clausola generale della discriminazione sulla quale fondare limitazioni indefinite, e addirittura penalmente presidiate, del manifestare opinioni o dello stesso agire³⁵.

Piuttosto, potrà giuridicamente parlarsi di una discriminazione solo allorquando si proponga o si attui la deprivatione di un diritto che risulti specificamente riconosciuto a taluno dalla legge: per cui si tratterà di attivare ed eventualmente di migliorare gli strumenti giuridici adeguati a che ogni diritto negato sia ristabilito.

Invece l'introduzione per legge del riferimento agli effetti discriminatori quale nozione in grado di istituire, come un concetto-valvola, condotte di fatto innominate penalmente rilevanti³⁶ costituirebbe uno iato sia in

³⁵ Cfr. anche L. Eusebi, 'Omofobia' e diritto penale, cit., n. 3.

³⁶ Cfr. F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *www.sistemapenale.it*, 11 gennaio 2021, p. 5: «Si tratta indubbiamente di previsione di grande impatto poiché destinata a criminalizzare ogni possibile atto discriminatorio che non costituisca altrimenti reato, da un licenziamento ingiustificato a un mancato riconoscimento della progressione in carriera: potenzialmente la genericità della previsione è in grado di coprire qualunque atto discriminatorio sia esso in sé già anti-giuridico oppure no».

merito al canone della determinatezza delle fattispecie penali, sia in merito alla salvaguardia della libera circolazione delle opinioni³⁷.

Se dunque simile strada scivolosa è pur stata percorsa dalla l. n. 654/1975 e dal d.l. n. 122/1993 nonché, *a fortiori*, dall'attuale disposto dell'art. 604-bis c.p. – per quanto in rapporto a situazioni meno problematiche sul piano accertativo di quelle costituenti oggetto del ddl Zan, non venendo in gioco nei casi ivi previsti (salvo in minima parte con riguardo alla religione) scelte comportamentali delle parti offese e, conseguentemente, presupposti in merito ai quali sussistano sul piano sociale differenti valutazioni etiche –, non per questo tale percorso dev'essere generalizzato o esteso a situazioni molto diverse da quelle cui simile normativa fa riferimento.

Né può dirsi risolutivo, come si accennava, quanto previsto dall'art. 4 ddl Zan: «Ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti».

Con una simile norma avremmo un vero e proprio stravolgimento nella gerarchia delle fonti: una norma di legge che fa salvo, rispetto a un divieto generale di discriminazione del tutto evanescente nei suoi contenuti, un principio costituzionale – quello sancito dall'art. 21 Cost. – come se costituisse rispetto a quel divieto, date certe condizioni, un'eccezione giustificante: sebbene, è ovvio, una norma costituzionale vige a prescindere da qualsiasi limite che le assegni una legge ordinaria.

Date certe condizioni: per cui il principio costituzionale che in apparenza risulta fatto salvo dall'art. 4 verrebbe reso incerto nella sua portata e sottomesso a valutazioni, fra l'altro assolutamente indefinite, da parte del giudice ordinario³⁸. Che cosa significherebbe «condotte *legittime* riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte» (corsivo nostro)? In che modo sarebbe da compiersi simile giudizio? E come potrebbe accertarsi che tali condotte, pur in sé legittime, non sarebbero più tali perché «idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti»?

Si dirà che il tutto verrebbe rimesso alla saggezza dei giudici. Ma ciò significherebbe calpestare *in toto* il principio di legalità, senza che *ex ante*,

³⁷ Tanto che L. Stortoni, *Qualche cosa dev'essermi sfuggita a proposito del ddl Zan*, cit., p. 4, può chiedersi: «Quale altro pezzo del già disasttrato nostro sistema penale dovremo ancora sacrificare sull'ara del giustizialismo, del populismo, dell'incultura e – perché no? – del politicamente corretto?».

³⁸ Cfr., ancora, F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, cit., p. 7, il quale, pur dichiarando di apprezzare l'intento di non perdere di vista il necessario bilanciamento tra beni sommi della democrazia, dichiara *ineludibile* «la constatazione che tale obiettivo si è voluto realizzare affidando in definitiva quel bilanciamento al giudizio in concreto del giudice».

peraltro, si possa far conto su prassi giurisprudenziali omogenee. Per cui il cittadino che parli di certi temi, perfino a livello privato, o anche lo studioso che scriva di certe materie o le affronti nell'insegnamento, come pure il singolo o l'ente che compiano scelte libere implicanti la relazione con persone (sempre che tali scelte non siano vincolate da norme di diritto del lavoro) potrebbe sempre temere un'iniziativa penale nei suoi confronti, incidente già di per sé sulla sua reputazione e, comunque, a esito completamente incerto³⁹.

Non pare davvero che tutto questo possa contribuire a consolidare un clima di fiducioso rispetto di *tutti verso tutti* nel nostro contesto sociale. Ed è la centralità esclusiva di questo obiettivo che forse si tratta di recuperare anche per una prevenzione migliore delle tipologie di offesa che possano essere motivate da convincimenti, scelte o condizioni altrui inerenti alla sfera della sessualità.

6. *Ipotesi per interventi normativi condivisibili sulla materia di cui al ddl Zan: le risorse, in particolare, della giustizia riparativa*

Nel senso da ultimo indicato, appare opportuno abbandonare la strada di modifiche legislative inerenti a condotte del tipo di quelle cui ha riguardo il ddl Zan fondate sull'estensione delle fattispecie penali applicabili e sull'introduzione di una nuova circostanza aggravante: agendo piuttosto sulle caratteristiche della risposta sanzionatoria prevista dalla legge e applicata in presenza di determinati moventi dei reati posti in essere⁴⁰.

Con ciò migliorando la capacità motivazionale dell'intervento penale, che non è effettiva se si fonda sull'intimidazione, tanto meno rispetto a contesti nei quali operano fattori irrazionali o comunque segnati da quadri psicologici per lo più problematici (ed anzi è tale perfino da indurre, come già si segnalava, effetti di radicalizzazione in certi sentimenti di ostilità),

³⁹ È senza dubbio suggestivo, nel suo titolo, il contributo di E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 7 ss., attraverso il quale l'Autore analizza le proposte legislative in materia, allo stato in cui risultavano formulate alcuni anni orsono, in senso adesivo ma non senza evidenziarne delle criticità. Il problema, peraltro, è che le norme penali come oggi delineate nel ddl Zan appaiono in grado di colpire anche persone che *omofobe* davvero non sono: e ciò non va bene, perché rischia di creare inutili incomprensioni le quali non favoriscono la finalità di un rispetto convinto e incondizionato dei soggetti che quelle norme vorrebbero meglio tutelare.

⁴⁰ Auspica peraltro «un significativo e complessivo ripensamento del diritto penale antidiscriminatorio italiano», G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione degli "atti di discriminazione" non violenti...*, cit., n. 4. Giudicava a suo tempo «non strettamente "necessaria"» e «in potenza inopportuna» la risposta verso il problema sociale dell'omofobia affidata al diritto penale, così come prevista nel ddl n. 235/2013 poi in parte trasfuso nel cit. ddl S 1052, F. Pesce, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 marzo 2015 (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>), p. 35.

bensì se cerca di orientare a comportamenti rispettosi per scelta personale, vale a dire per l'aver fatto proprio uno stile del rapporto con ogni altra persona, a prescindere dalle sue caratteristiche, conforme alla sua dignità inalienabile.

Finalità che in tal modo verrebbe perseguita sia in termini di prevenzione generale, attraverso il messaggio desumibile *erga omnes* dal contenuto delle sanzioni, sia in termini di prevenzione speciale, mirando a un effettivo mutamento nella visione dell'*altro* in chi lo abbia offeso per ragioni non già d'interesse materiale, bensì finalizzate a un'affermazione di sé stesso contro di lui.

Il che consentirebbe, altresì, di dare quel risalto oggi richiesto da molti all'esigenza di rispetto verso ogni *altro* nell'ambito specifico di ciò che riguarda l'approccio personale alla sfera della sessualità, senza alcun utilizzo improprio del diritto penale per avvalorare determinati stili di vita nella società. Ma consentirebbe anche di estendere un simile approccio, onde evitare discipline differenziate non giustificabili, a quei reati comunque commessi sulla base di una svalutazione delle peculiarità esistenziali altrui.

Il riferimento è, come può ben comprendersi, agli strumenti della giustizia riparativa, del resto particolarmente adeguati proprio con riguardo a fatti criminosi che riflettono incomprensioni o fratture nel rapporto personale fra determinati individui o gruppi⁴¹. A maggior ragione, se si considerano le caratteristiche ricorrenti in coloro che li commettono: i quali non sembrano davvero poter trovare giovamento, ai fini di uno stile comportamentale corretto nel futuro, da un'ulteriore desocializzazione attraverso inasprimenti della pena detentiva inflitta, ma necessitano semmai di essere guidati ad acquisire le regole fondamentali di una convivenza sociale pacifica e, se possibile, solidaristica⁴². Anche attraverso modalità d'incontro, di reciproca conoscenza e di riflessione sull'inaccettabilità di date condotte tra chi le abbia tenute e le parti offese, come si rende possibile attraverso quelle procedure di mediazione penale che ora, fra l'altro, risultano fortemente valorizzate, come si accennava, dalla legge delega n. 134/2021.

⁴¹ Per un impulso nella medesima direzione di M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit., p. 1021, v. *supra*, nota 9.

⁴² Valga ancora quanto osservava G. Fiandaca, *Cosa non va nel ddl Zan*, come riportato *supra*, nota 17. Si veda anche A. di Martino, *Osservazioni sul D.D.L. «Misure di prevenzione e contrasto...»*, cit., p. 22: «I reati di discriminazione in generale, e senz'altro qualora siano riempiti dei motivi di cui si discute, sono radicati o in contesti di scarsa cultura e socializzazione o, viceversa, nella convinzione di difendere un orizzonte culturale ed antropologico di largo respiro, per quanto ritenuto criticabile o addirittura spregevole. Ora, il ricorso alla sanzione detentiva (in astratto) per questa tipologia di situazioni e di autori – delinquenti per convinzione, si potrebbe dire – è destinata ad approfondire le divisioni, a stracciare quel “rapporto di riconoscimento” che si pretenderebbe a fondamento della stessa richiesta di tutela».

Quelle medesime istanze intese a far valere l'esigenza incondizionata del rispetto fra le persone che hanno portato molti a ravvisare una risposta convincente nel ddl Zan potrebbero dunque essere gestite non sulla base delle forme più discutibili e, si diceva, *retrive* del ricorso allo strumento penale⁴³, bensì attraverso quelle risorse nuove che, pur nell'ambito di tale materia, sono orientate a responsabilizzare, a ristabilire rapporti, ad attivare impegni riparativi e, se possibile, a riconciliare. Secondo l'intento della costruzione di una società pacificata e non conflittuale⁴⁴.

In questa prospettiva il fulcro di un intervento legislativo circa il tema in esame potrebbe essere imperniato su una norma del seguente tenore, eventualmente estensibile al caso di condotte parimenti riconducibili a motivi che investano le scelte di vita o la condizione esistenziale altrui: «*Nel caso di condanna a seguito di un reato commesso per motivi riguardanti la condizione, le condotte o le opinioni di taluno relative ai contesti della affettività o della sessualità è sempre disposto un percorso rieducativo finalizzato al rispetto delle categorie di persone cui siano riferibili i motivi suddetti, anche attraverso modalità riparative ed eventuali procedure di mediazione con la persona offesa*»⁴⁵.

Trattandosi di specificare, poi, in che modo simile percorso debba essere attuato nel caso di effettiva reclusione, oppure di applicazione di una misura alternativa o della stessa sospensione condizionale della pena,

⁴³ «Divieti penali anche apprezzabili come messaggio normativo, per la loro valenza simbolica, sul piano operativo possono risultare ben poco utili, se non controproducenti, spostando sul penale problemi che dovrebbero essere seriamente affrontati in altre sedi. Un serio impegno culturale e politico su temi come condotte discriminatorie e discorsi d'odio potrebbe probabilmente dispiegarsi meglio in un orizzonte meno segnato dal penale, ed anche meno segnato da un *politically correct* censorio»: così D. Pulitanò, *Sulla discussione sul ddl Zan*, cit., p. 8. V. anche Id., *Essere Charlie, o politicamente corretto? Manifestazioni espressive e diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 20 gennaio 2021, pp. 16 s.

⁴⁴ «Ben intenzionate proposte ipotizzano sanzioni che, in assenza (o col minimo) di profili afflittivi, consistano nella pronuncia del rimprovero, nella affermazione del disvalore del fatto commesso. La valutazione e il rimprovero sono più importanti d'un risposta punitiva concreta, anzi sono le risposte che meglio possono riaffermare le condizioni della convivenza, in un ambito assai più ampio di quello qui considerato»: così D. Pulitanò, *Sulla discussione sul ddl Zan*, cit., p. 14, in riferimento a 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*, Torino 2007, pp. 95 ss. e a L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 13 gennaio 2021.

⁴⁵ Per le medesime ragioni esposte nel testo non è condivisibile l'aumento obbligatorio della pena fino alla metà (per giunta escluso, come s'è detto, dal giudizio di prevalenza ed equivalenza rispetto a circostanze attenuanti in concorso), cui il ddl Zan darebbe luogo circa i reati commessi per i motivi ivi contemplati. Non si trascuri, d'altra parte, che già sussiste l'aggravante relativa ai motivi *abbietti o futili*, di cui all'art. 61, comma primo, c.p., che potrebbe configurarsi rilevante circa talune delle casistiche in oggetto. In via subordinata sarebbe pertanto preferibile, ove si volesse comunque prevedere il ricorso a un'aggravante nei casi di cui al ddl Zan, che si specifichi l'applicabilità anche in tali casi della medesima aggravante ora richiamata, piuttosto che coniare una previsione aggravante nuova (con problemi di rapporto, fra l'altro, rispetto a quella predetta).

come altresì, in assenza della condanna, nel caso del ricorso alla sospensione del processo con messa alla prova. Fatto salvo il coordinamento con quanto verrà stabilito in sede di attuazione della legge delega n. 134/2018 (specie per quanto concerne le nuove sanzioni sostitutive ivi previste).

Il contrasto degli atti discriminatori, a sua volta, andrebbe effettuato valutando l'esigenza di un coordinamento delle legislazioni vigenti onde garantire in modo attendibile e in tempi credibili il reintegro nei diritti violati quando taluno venga privato, per qualsiasi motivo, di specifici diritti che gli siano riconosciuti dalla legge. Come pure con riguardo alle sanzioni, di diversa natura, già oggi applicabili nei confronti di chi, in tal senso, abbia violato la legge. Risultando invece del tutto inaccettabile, per i motivi esposti in precedenza, la creazione di un illecito, penale o anche soltanto amministrativo, fondato sul concetto indefinito di discriminazione.

Nel contempo, nulla osterebbe – ove non si volessero perseguire intenti promozionali più o meno impliciti di determinate scelte o concezioni di vita – a promuovere nelle sedi più diverse, anche educative, il valore del rispetto che senza riserve dev'essere garantito a chiunque: al fine di coniugare il pluralismo in quanto linfa della democrazia con il senso di un'appartenenza solidale alla comunità civile e, auspicabilmente, di una *fratellanza* (in tutte le dimensioni di genere) condivisa.