Il disegno di legge in materia di omo-lesbo-bi-transfobia e abilismo. L'analisi delle nuove fattispecie incriminatrici. Verso un diritto penale antidiscriminatorio?

di Fabrizio Filice, giudice del Tribunale di Milano

Nel contributo qui pubblicato si esamina il c.d. d.d.l. – Zan (in materia di omo-lesbo-bi-transfobia) dall'angolo visuale penalistico; si considera pertanto il rilievo costituzionale del bene giuridico protetto con le nuove previsioni incriminatrici, delineando quindi la fisionomia e i contenuti delle fattispecie che si intende introdurre con la novella. Il contributo si chiude con una interessante riflessione sull'uso del diritto penale in chiave antidiscriminatoria.

Con l'approvazione alla Camera, il 4 novembre scorso, del disegno di legge Zan e altri (d'ora in avanti, d.d.l.) e nell'attesa del passaggio in Senato, i tempi sono maturi per un'analisi tecnica del testo normativo, lasciando sullo sfondo l'aspro dibattito politico tra i sostenitori e i detrattori della legge, sulle cui opposte ragioni sono peraltro già stati pubblicati ampi ed esaustivi contributi tra i quali si segnala, su questa rivista, *Discriminazione, orientamento sessuale e identità di genere: riflessioni a margine della proposta di legge Zan*, di Locati e Guarnieri¹; e *aliunde*, tra i più recenti, *L'omo-transfobia diventa reato: la Camera dà il via libera*, di Liberali, Schillaci, Goisis e Dodaro².

Questo contributo intende invece, innanzitutto, esaminare le nuove norme incriminatrici con gli strumenti propri dell'analisi del reato, senza omettere di dare anche conto, in ottica strettamente penalistica, dei rilievi critici evidenziati dai detrattori della norma.

Per onestà intellettuale anticipo sin da ora (per argomentarlo poi nel corpo della trattazione) che, secondo la mia opinione, tali rilievi si rivelano in ultima analisi ampiamente superabili e comunque inidonei a scalfire la validità del risultato normativo il quale potrebbe consegnare al nostro ordinamento giuridico una norma molto attesa per il contrasto ai crimini d'odio; norma che peraltro, nel primo passaggio d'Aula, si è progressivamente arricchita di una tutela ad ampio spettro, capace di dare copertura oltre che ai crimini di matrice razziale, nazionale, etnica e religiosa (già prevista nella versione vigente degli articoli 604 *bis* e *ter* del codice penale, i.e. la ex Legge Mancino Reale con le successive modifiche), anche ai crimini di matrice misogina, omo-lesbo-bi-transfobica e abilista.

1. Le nuove fattispecie incriminatrici; 2. Il bene giuridico protetto; 3. Le condotte penalmente rilevanti; 3.1. La violenza; 3.2. La discriminazione; 4. Rapporti con altre fattispecie di reato e natura interpretativa dell'articolo 4; 5. Una breve riflessione sull'uso del diritto penale in chiave antidiscriminatoria.

1. Le nuove fattispecie incriminatrici

La prima nota di utilità consiste nella lettura in chiaro delle nuove norme incriminatrici nella versione che aspira a essere quella definitiva, ciò è a dire i nuovi articoli 604 *bis* e *ter* del codice penale insieme

¹ <https://www.questionegiustizia.it/articolo/discriminazione-orientamento-sessuale-e-identita-di-genere-riflessioni-a-margine-della-proposta-di-legge-zan>

² <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-processo-penale/1387-i-delitti-di-omo-transfobia-e-altre-forme-di-discriminazione-nel-testo-approvato-in-prima-lettura-dalla-camera-il-4-novembre-2020>

alle disposizioni di compendio destinate a restare esterne al codice, in particolare gli articoli 1 e 4 del d.d.l.

Sezione I bis

Dei delitti contro l'eguaglianza

Art. 604 bis

Propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, istigazione a delinquere e atti discriminatori e violenti per motivi razziali, etnici, religiosi o fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

Art. 604 ter

Circostanza aggravante

Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, oppure per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti

rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.

Art. 1. (Definizioni)

1. Ai fini della presente legge:

- a) per sesso si intende il sesso biologico o anagrafico;*
- b) per genere si intende qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso;*
- c) per orientamento sessuale si intende l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi;*
- d) 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.*

Art. 4. (Pluralismo delle idee e libertà delle scelte)

1. 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.

2. Il bene giuridico protetto

L'intervento legislativo intende assicurare il riconoscimento e la protezione della persona con riferimento a specifiche dimensioni di vita e di esperienze di relazione che colgono il nesso tra l'aspirazione a riconoscersi, e a essere riconosciuti*, in modo conforme alla propria anima e alla propria psiche, e la manifestazione esteriore, relazionale, del sé.

Il *sesso*, quantomeno per le donne, il *genere*, per le persone che si discostano in qualche modo dal paradigma etero normativo, e la *disabilità* sono indubbiamente condizioni della persona che (al pari della nazionalità, dell'etnia e della religione) attingono primariamente al riconoscimento e alla manifestazione del sé e che tuttavia, a causa di dinamiche socio culturali (ampiamente riconosciute e studiate dalla letteratura scientifica, etnologica e antropologica) imperniate sui dogmi della virilità – cui fa anzitutto da corollario la strutturale subalternità delle donne rispetto agli uomini -, dell'eterosessualità e della competizione fisica e sociale, il tutto in chiave esasperatamente occidentocentrica, sono diventate sistematiche occasioni di marginalizzazione, di esclusione e di violenza; tanto nelle relazioni di prossimità quanto nella sfera sociale ed economica, sino a trasformarsi, paradossalmente, da condizioni neutre della persona a fattori di particolare vulnerabilità, e a interrogare quindi attivamente l'obbligo dello Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana; obbligo chiaramente espresso dall'articolo 3 della nostra Costituzione.

Siamo quindi in presenza di un bene giuridico, quello della libertà della persona di autodeterminarsi, non solo costituzionalmente riconosciuto ma anche costituzionalmente vincolato dalla prefissazione, nel citato articolo 3, di un espresso obbligo statale di attivazione; il che, in termini di *oggettività giuridica* penalisticamente intesa, porta a ritenere la scelta legislativa di dotare tale bene giuridico (anche) di una tutela penale non solo fondata *in Costituzione* ma forse persino vincolata *dalla Costituzione*; almeno nel momento in cui gli strumenti giuridici prioritariamente deputati ad assicurare il libero sviluppo della persona nella sfera economica e sociale (*in primis* il diritto

antidiscriminatorio, ovviamente) non si sono dimostrati sufficienti a evitare una diffusione sistemica – accentuata, negli ultimi vent’anni, dall’avvento dei *social* – dell’odio, della violenza e della discriminazione, nonché dell’incitamento all’odio, alla violenza e alla discriminazione, in primo luogo contro le donne, che chiaramente non rappresentano una categoria o un gruppo sociale bensì la metà della specie umana; e, in secondo luogo, contro categorie o gruppi di persone (di cui fanno parte donne e uomini) impropriamente accomunate dal fatto che determinate caratteristiche individuali del tutto neutre (come appunto il genere, l’identità di genere, l’orientamento sessuale; la nazionalità, l’etnia e la religione; la disabilità in senso ampio) siano diventate invece occasioni ricorrenti, e strutturalmente accettate, di vittimizzazione violenta e discriminatoria, in ambito domestico e prossimale così come nelle relazioni sociali e nei rapporti economici, tanto nella sfera privata quanto in quella pubblica³.

Focalizzando, sempre sotto l’aspetto dell’individuazione del bene giuridico protetto, i significanti di *sex* e *gender* troviamo nella norma un primo riferimento importante costituito dalle definizioni contenute nell’articolo 1 del d.d.l. il quale, con una tecnica definitoria resa estremamente chiara all’uso di un linguaggio rigorosamente connotativo, implementa le definizioni scientifiche ufficiali e istituzionalizzate dalle più alte autorità scientifiche mondiali, in primo luogo l’Organizzazione mondiale della sanità.

L’aspirante legislatore si è infatti dimostrato abbastanza accorto e consapevole del proprio ruolo di garanzia *erga omnes* da evitare di prendere parte al vivace (e del tutto legittimo) dibattito in materia di *sex* e *gender*; dibattito che, per le rilevanti implicazioni culturali, sociali e politiche che sottende, vede coinvolti, e spesso contrapposti, ampi settori della cultura, dell’accademia, della società civile e dell’associazionismo: dal variegato universo dei femminismi e dei *gender* e *women’s studies*, sino all’altrettanto eterogeneo formante religioso e teologico (non solo cattolico).

Rispettando la vocazione costituzionale all’universalità e all’equidistanza del potere legislativo, il d.d.l. si attesta quindi sulle definizioni consegnate dalla ricerca antropologica ed etnologica, focalizzata sugli aspetti strettamente scientifici e non schierata né politicizzata in alcun senso, come dimostra chiaramente l’essenziale richiamo, quale base concettuale del significante di *gender*, alla distinzione tra il *sex* inteso come dato biologico e il *gender* inteso come dato sovrastrutturale, implicante le manifestazioni esteriori di una persona che siano percepite come conformi o contrastanti con le aspettative sociali connesse al suo sesso biologico; i.e. la definizione recepita negli *Health Topics* dell’Organizzazione mondiale della sanità⁴ e, consequenzialmente, nella letteratura medica e psicologica⁵ specialistica.

Una volta inquadrata l’autodeterminazione della persona in relazione al sesso, al genere, all’orientamento sessuale e all’identità di genere (si parla, in proposito, di *autodeterminazione sessuale* e di *gender*) giova chiarire una volta per tutte un dato, di tutta evidenza giuridica, che è rimasto oscurato dal dibattito politico in materia, a tratti volutamente fuorviante sul punto; e cioè che,

³ Si confrontino i risultati della Commissione "Jo Cox" sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio, istituita il 10 maggio 2016 con il compito di condurre attività di studio e ricerca su tali temi, anche attraverso lo svolgimento di audizioni e il cui *report* finale accerta l’esistenza di una vera e propria *piramide dell’odio* che vede in posizione apicale, come catalizzatori dell’odio sociale, le donne, soprattutto se politicamente esposte su temi sensibili come il riconoscimento dei diritti civili; e, a seguire, la comunità l.g.b.t.q.i.a.+ e le persone migranti; i lavori della commissione sono reperibili qui <https://www.camera.it/leg17/1264>

⁴ https://www.who.int/health-topics/gender#tab=tab_1

⁵ <https://www.sipsis.it/il-genere-una-guida-orientativa/>

oggi, non c'è una questione se l'autodeterminazione sessuale e di genere goda o meno di una specifica legittimazione, e quindi di copertura, costituzionale; perché è una questione già ampiamente risolta in senso affermativo da almeno cinque anni, essendo stato espressamente affermato da una sentenza della Corte costituzionale, la n. 221 del 2015, il pieno riconoscimento del diritto all'identità di genere come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU) e, al tempo stesso, come strumento per la piena realizzazione del diritto alla salute psicofisica.

Una presa di posizione, quella della Corte, che non giunge peraltro improvvisa o isolata ma, al contrario, certifica – ratificandolo costituzionalmente – un percorso giuridico denso, meditato e articolato che era già stato espresso, sempre nel 2015 ma prima della pronuncia costituzionale, dalla giurisprudenza di legittimità. In particolare la Corte di cassazione, con la sentenza della prima sezione civile, 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 o modificativo dei caratteri sessuali, aveva svolto un'interpretazione costituzionalmente orientata - e conforme alla giurisprudenza della CEDU – della legge n. 164 del 1982 e della normativa successiva e correlata; a seguito della quale era giunta alla conclusione che 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; al che consegue la soccombenza dell'interesse pubblico alla certezza della distinzione tra i generi nella misura in cui esso sia perseguito, a qualsiasi livello (sia familiare che istituzionale), non già al fine di promuovere l'autodeterminazione dell'individuo/o negli aspetti essenziali della sua persona; bensì al fine di promuovere su di essa/o un'indebita coercizione, qual era appunto l'incondizionata obbligatorietà di sottoporsi a trattamenti demolitivi che non fossero utili al proprio processo autodeterminativo ma valessero solo a renderla/o conforme a un'esigenza pubblica di netta separazione dei generi, non rispondente alle sue più complesse connotazioni individuali.

Ed è proprio questa conclusione che la Corte costituzionale, con la 221 del 2015, intende recepire ed elevare a interpretazione costituzionalmente qualificata; e lo fa – non potendo essere più chiara – citando espressamente il precedente di legittimità in questo modo: (testuale) *“Nella sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, la Corte di cassazione, sezione prima civile, ha affermato, infatti, che la scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali non può che essere il risultato di «un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso». (...) D'altra parte, sottolinea la Corte di cassazione, «La complessità del percorso, in quanto sostenuto da una pluralità di presidi medici [...] 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”*. Segue la citazione, e chiude la pronuncia costituzionale, l'implementazione del *dictum* di legittimità su quello di costituzionalità, anche in questo caso con una chiarezza che non lascia spazio a diverse interpretazioni: (ancora testuale) *“Il percorso ermeneutico sopra evidenziato riconosce, quindi, alla disposizione in esame il ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU) e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch'esso di copertura costituzionale, alla salute”*.

In conclusione, l'autodeterminazione sessuale e di genere, in uno all'autodeterminazione correlata alla nazionalità, etnia e religione - sulla quale non ci si è soffermati perché è già dotata di tutela penale, anzi costituisce proprio la base legale su cui si innesta l'estensione al significante sessuale e di genere -, e a quella correlata alla condizione di disabilità - sulla quale non ci si è invece soffermati perché su di essa vi è un consenso trasversale e non rappresenta quindi una criticità del d.d.l. nemmeno sotto il profilo della definizione di disabilità, valendo al riguardo il dato giuridico già acquisito della Legge

n. 104 del 1992 –, costituisce un bene giuridico di carattere certamente costituzionale, di tipo individuale e di ispirazione personalistica, che si muove sulla linea di raccordo tra i principi e diritti costituzionali interni e i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti umani e (veicolati anche) dal diritto dell'Unione, con particolare riguardo ai principi espressi negli articoli 1 (*dignità umana*), 21 (principio di *non discriminazione*) e 23 (*parità tra uomini e donne*) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

3. Le condotte penalmente rilevanti

La fattispecie incriminatrice che risulterà dall'innesto del d.d.l. sull'articolo 604 *bis* del codice penale sarà, in materia di omofobia, omotransfobia e disabilità, differenziata per sottrazione rispetto a quella già vigente in materia di discriminazione etnico razziale; in quanto i proponenti hanno scelto di limitare l'intervento penale additivo alle condotte di **a) istigazione a commettere o commissione atti di discriminazione;** **b) istigazione a commettere o commissione di violenza o di atti di provocazione alla violenza.**

La scelta di non includere le condotte di propaganda - che restano penalmente rilevanti solo in relazione alle *idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico* – appare anch'essa coerente all'interno del progetto legislativo, sia dal punto di vista della linea di politica criminologica che l'ha ispirato sia dal punto di vista della struttura della fattispecie.

Sotto il primo profilo è noto che la principale critica mossa, a livello politico, al progetto di legge è quella di voler introdurre, di fatto, un reato di opinione che potrebbe avere quale risultato di impedire la libera manifestazione del pensiero a quanti si facciano portatori (per le ragioni più varie, che siano di carattere etico o religioso, piuttosto che socio-antropologico) di una cultura per così dire “tradizionale” e pregiudizialmente (ma legittimamente) ostile a forme di relazione affettiva, sessuale e familiare che mettano in discussione il paradigma etero normativo; e intendano quindi esporsi, privatamente e pubblicamente, in questi termini e a maggior ragione avversare pubblicamente processi di evoluzione giuridico legislativa che tendano a conferire a tali modelli, non etero normativi, porzioni crescenti di legittimazione sociale.

L'argomento è estremamente serio perché con esso si intende preservare la genuinità del dibattito pubblico e la libera circolazione delle idee come architrave dello Stato democratico, laico, liberale e di diritto; in via generale e, in particolare, su ogni possibile questione che sia oggetto di dibattito, ivi incluse le delicate (e non certo nuove) questioni che attengono alle *politiche di riconoscimento*.

Un esempio recente del dibattito pubblico in tema di politiche di riconoscimento, che ha riguardato proprio la comunità l.g.b.t.q.i.a.+, è quello che ha preceduto l'approvazione della Legge n. 76 del 2016 in materia di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e di disciplina delle convivenze.

Argomenti tuttora all'ordine del giorno e al centro del dibattito attuale, e prossimo, sono quelli che attengono alle possibili forme di riconoscimento della *genitorialità intenzionale* nella coppia omosessuale, dalla *step child adoption*, attualmente non normata ma riconosciuta in via interpretativa, alla validazione dell'atto di nascita formato in un altro Stato con le procedure della *gestazione per altri*, ivi legalmente ammessa e disciplinata.

La preoccupazione che l'approvazione del d.d.l. possa condizionare il dibattito pubblico su queste materie, ponendo un limite all'espressione di opinioni di segno contrario, è stata avvertita non solo

in ambito politico ma anche da alcuni settori della società civile, che si riconoscono nel *coté* femminista, e dell'associazionismo, sia cattolico che laico.

Dell'importanza della questione, già a livello simbolico e prefigurativo, l'aspirante legislatore si è dimostrato, anche questa volta, pienamente consapevole; e la scelta di escludere in radice la rilevanza penale della *propaganda di idee fondate sull'odio per motivi attinenti al sesso, al genere, all'identità di genere e all'orientamento sessuale* si dimostra un chiaro segno del fatto che non si voglia nemmeno correre il rischio teorico che la norma possa introdurre una qualche forma occulta di criminalizzazione delle opinioni.

E infatti, in lineare coerenza con questa scelta fatta già nettamente sul piano simbolico, quello delle parole utilizzate, si muove anche la struttura della fattispecie che assume chiaramente, e inconfutabilmente, i tratti del *reato di evento* alternativamente a quelli del *reato di pericolo concreto*.

Il reato è principalmente d'evento in quanto criminalizza, e punisce, innanzitutto due condotte materiali attive che nulla hanno a che fare con l'espressione di proprie opinioni e che sono la *commissione di atti di discriminazione* e la *commissione di atti violenza*.

Discriminazione e violenza – sulle cui nozioni torneremo meglio fra poco – sono certamente eventi del reato in senso proprio, di carattere pregiudizievole per la vittima, che vengono cagionati da altrettante condotte materiali e proattive: la condotta discriminatoria e la condotta violenta, palesemente estranee al perimetro della manifestazione del pensiero e delle opinioni.

Al di fuori della realizzazione effettiva e materiale di uno degli eventi alternativi del reato, l'evento discriminatorio e/o l'evento violento, il discorso d'odio che sia fondato su motivi legati al sesso, al genere, all'identità di genere, all'orientamento sessuale e alla disabilità, per acquisire rilievo penale ai fini del d.d.l. dovrà necessariamente essere contenutisticamente e metodologicamente tale non solo da istigare altri alla commissione di un atto discriminatorio o violento, ma anche da cagionare il *pericolo concreto* che l'atto discriminatorio o violento sia effettivamente compiuto.

Il che significa che il Giudice dovrà accertare non solo l'idoneità in astratto dell'istigazione a determinare altri a commettere atti violenti o discriminatori (i.e. la parte *prognostica* del giudizio di verifica) ma dovrà anche accertare le condizioni concrete reali ed effettive, anche quelle che esulino dalla sfera di controllo del soggetto agente, in base alle quali ritenere che l'istigazione abbia avuto la concreta possibilità di essere accolta e che l'atto violento o discriminatorio abbia quindi corso il *pericolo concreto* di essere compiuto (i.e. la parte *postuma* del giudizio di verifica).

Si pensi al caso, tristemente noto, della ricorrente istigazione sui *social* a commettere atti di stupro violento in danno ad esponenti politiche donne che si esprimano a favore di politiche migratorie di accoglienza o di non respingimento⁶. Il caso è particolarmente noto per avere visto, a livello nazionale, come vittima l'ex Presidente della Camera, Onorevole Boldrini; ma sono molto diffusi casi analoghi anche a livello locale, che vedono come vittime Sindache e componenti donne delle Giunte e dei Consigli comunali e regionali.

Definire la politica donna come *puttana troia* e invitare *qualche negro a stuprarla a sangue* (sono tra le frasi più ricorrenti in casistiche simili, per rendersene conto è sufficiente una breve navigazione sui *social*, in *topics* o *discussioni* sul tema dell'immigrazione⁷) rappresenta certamente una chiara istigazione a commettere violenza sessuale nei confronti di una politica donna proprio in ragione del

⁶ Cfr. nota 3.

⁷ Cfr., ancora, nota 3.

suo sesso (giacché simili istigazioni non vengono rivolte a politici uomini eterosessuali e lo stupro violento viene concepito come primaria forma di soggiogamento sessuale dell'uomo nei confronti della donna, in questo caso da punire per le opinioni politiche espresse).

La pubblicazione su un profilo *social* pubblico di tale istigazione, l'immediata visualizzazione da parte degli altri utenti e la condivisione espressa – con *like* o altri *post* - di alcuni (spesso molti) di essi, realizzerebbe d'altro canto il pericolo concreto che tale istigazione sia accolta e che siano quindi realizzati atti concreti di violenza e minaccia, come dimostra il fatto che molto spesso, in queste discussioni, l'odio monta esponenzialmente e si moltiplicano velocemente i *post* di minacce di morte e stupro indirizzati direttamente al profilo *social* della vittima che la maggior parte delle volte, per proteggere sé e la propria famiglia, si trova costretta a chiudere il proprio profilo.

Se tuttavia, per un malfunzionamento di rete, il *post* di incitamento alla violenza non venisse pubblicato nonostante l'invio per la pubblicazione dell'agente, tale condizione di *pericolo concreto* non si realizzerebbe, perché l'istigazione non è in realtà mai diventata pubblica nonostante l'intenzione dell'agente di renderla tale.

L'ancoraggio della norma al *pericolo concreto* è poi chiarito definitivamente dall'articolo 4 del d.d.l. il quale per l'appunto prevede che *ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti* (anche sull'articolo 4 si tornerà meglio tra breve, per approfondire il rapporto tra la nuova fattispecie incriminatrice e altre già esistenti).

Chiarito dunque, in via definitiva, che la fattispecie incriminatrice non ha nulla a che vedere con un reato di opinione e che oggetto di incriminazione sono, da un lato, la materiale commissione di atti di violenza o di discriminazione in danno alla vittima e, dall'altro, l'istigazione o la provocazione a commettere tali atti quando, avuto riguardo alle condizioni concrete che fanno da contesto all'istigazione o alla provocazione, sia riscontrabile il *pericolo concreto* che tali atti siano commessi⁸, occorre ora dare uno sguardo più da vicino ai due eventi del reato: la *violenza* e la *discriminazione*.

3.1. La violenza

La violenza, fenomeno criminale già ampiamente noto (il più noto forse) al diritto penale, può essere di molti tipi: violenza verbale, fisica, psicologica e sessuale; può svolgersi in ambito domestico, all'interno delle relazioni strette, oppure nella sfera sociale, lavorativa ed economica.

⁸ La norma si pone in coerenza con la struttura del delitto generico di *istigazione a delinquere*, previsto dall'articolo 414 del codice penale e in ordine al quale la Corte costituzionale, già con la sentenza del 23 aprile 1970, n. 65, ha escluso la sussistenza di profili di incostituzionalità afferenti alla lesione della libertà di manifestazione del pensiero, statuendo come idonea a integrare la fattispecie non fosse (e non sia) *“la manifestazione di pensiero pura e semplice ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti”*.

In conformità con questa impostazione, del reato di *pericolo concreto*, si è mossa anche la successiva giurisprudenza di legittimità; tra le più recenti, Cassazione, Sez. 5, sentenza n. 48247 del 12/09/2019, Rv. 277428, la quale ancora ribadisce come quello previsto dall'articolo 414 sia reato di pericolo concreto e non presunto e richieda, di conseguenza, per la sua configurazione un comportamento concretamente idoneo, sulla base di un giudizio *ex ante*, a provocare la commissione di delitti.

E' poi importante considerare che la violenza personale per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'identità di genere e sull'orientamento sessuale assume connotazioni tipiche del tutto peculiari che ne fanno una forma di violenza a sé, correttamente denominata *violenza di genere* e come tale già definita da fonti normative sovranazionali a loro volta già recepite nel nostro ordinamento.

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, e che è già stata recepita dall'Italia con decreto legislativo n. 212 del 2015 (che ha apportato numerose modifiche al nostro sistema processuale, *in primis* l'introduzione della nozione di *vittima in condizione di particolare vulnerabilità*, contenuta nell'articolo 90 *quater* del codice di procedura) definisce la violenza di genere come 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 (*considerando* 17).

Aggiunge poi che bisogna 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, nonché del tipo o della natura e delle circostanze dei reati, ad esempio se si tratti di reati basati sull'odio o commessi con la discriminazione quale movente (*considerando* 56).

La Corte di cassazione, Sezioni unite penali, con la sentenza n. 10959 del 29/01/2016, ha poi affermato che l'espressione *violenza alla persona* deve oggi essere intesa anche alla luce del concetto di *violenza di genere* risultante dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale e di diritto comunitario già recepite nell'ordinamento, così attestando che il concetto di violenza di genere è già immanente al diritto interno a seguito dell'opera di assimilazione al diritto sovranazionale: intendendo per esso tanto il diritto dell'Unione (proprio in riferimento alla Direttiva 2012/29/UE) quanto il Consiglio d'Europa (in riferimento alla 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, anch'essa ratificata dall'Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77, e la quale pure contiene, sotto lo specifico aspetto della violenza maschile contro le donne, la definizione di *genere* come insieme di ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini; i.e. la stessa definizione ufficiale, a conferma della sua autorevolezza scientifica e della sua trasversalità, adottata dal d.d.l.).

Una corretta conoscenza della violenza di genere come forma del tutto peculiare di violenza alla persona sarà più che mai necessaria ai fini della corretta applicazione delle nuove fattispecie perché la violenza di genere, essendo ontologicamente finalizzata a colpire la vittima nella propria identità sessuale e/o di genere, seleziona tendenzialmente alcune forme di violenza verbale, fisica, psicologica e sessuale, e alcune dinamiche, relazionali e/o sociali, che si prestano maggiormente alla volontà di colpire proprio il versante sessuale e di genere della vittima.

La violenza *social* nei confronti delle donne, come si è appena visto nell'esempio riportato, si esprime prioritariamente come istigazione e provocazione alla commissione di crimini violenti contro le vittime, e non di crimini comuni ma di crimini che sono simbolicamente associati al dominio maschile sulle donne; innanzitutto le istigazioni e le minacce sono sempre accompagnate a ingiurie di carattere marcatamente sessista, fra tutti *troia*, *puttana*, *zoccola* e simili, che hanno il compito di introdurre la discussione già definendo la vittima come un semplice oggetto sessuale a disposizione del piacere maschile, senza alcuna dignità propria. E poi le istigazioni sono appunto indirizzate allo stupro violento, al dare fuoco o a bruciare con l'acido, insomma ad atti che rappresentano, ancora sul versante simbolico, la completa disponibilità del corpo femminile alla discrezionalità dell'uomo. E

quando, all'apice dei *post* violenti, si augura e/o minaccia la morte della vittima, lo si fa sempre al termine di un crescendo che passa attraverso i passaggi di brutalizzazione sessuale, proprio a dimostrazione che l'omicidio della vittima si porrebbe proprio come atto di disponibilità ultima e finale sul suo corpo di donna, ed è per questo che in questi casi si parla più correttamente di *femminicidio* piuttosto che di semplice omicidio.

Parimenti la violenza diretta nei confronti della comunità l.g.b.t.q.i.a + , segue schemi molto simili⁹. Nei confronti delle donne lesbiche o bisessuali la violenza di genere diventa intersezionale (cioè le colpisce sia come donne sia come lesbiche o bisessuali) in quanto la colpa della vittima consiste proprio nell'essersi sottratta all'eterosessualità e la punizione deve consistere in un'affermazione violenta di quella soggezione all'uomo a cui la vittima vorrebbe sottrarsi, sì che la tipologia di ingiurie e minacce sui *social* è del tutto simile a quella appena vista. Una caratteristica invece tipica della violenza lesbofobica è che essa accentua la possibilità di aggressioni verbali e fisiche e dirette in luoghi pubblici; quando cioè l'*hater* individua una donna (spesso sono giovani donne, molte volte appena adolescenti) in cui riconosce i tratti (per l'abbigliamento, il taglio di capelli o le movenze) che associa all'omosessualità femminile, diventa più frequente che esso passi immediatamente all'azione con un'aggressione in luogo pubblico, a volte solo di carattere di verbale, altre volte con spintoni e provocazioni fisiche e, in alcune occasioni (specie se l'*hater* è ubriaco e/o la vittima reagisce), anche con atti più gravi.

Nei confronti degli uomini percepiti generalmente come gay gli insulti *social* sono immediatamente più violenti senza però il passaggio di tipo sessuale, perché l'*hater* omofobo raramente si espone a minacciare uno stupro nei confronti di altro uomo in quanto ciò potrebbe valere come implicita ammissione di interesse sessuale; sì che agli insulti che tendono a sminuire la persona come *feccia*, *frocio*, *checca* e altri, seguono istigazioni e minacce alla violenza cruenta di carattere non sessuale ma volta a far soffrire la vittima il più possibile (*torturare*, *ammazzare di botte*, *randellare*, *bruciare*, *fare a pezzi*) oppure a rievocare la deportazione (frequenti sono infatti anche i riferimenti ai campi di concentramento), per fargli pagare il tradimento al proprio sesso. Nel caso degli uomini, inoltre, le aggressioni in luoghi pubblici sono più frequenti e in media più violente, specie se realizzate in gruppo.

3.2. La discriminazione

Venendo al concetto di discriminazione, il discorso si fa più complesso.

Da un lato il formante giuridico, di carattere extra-penale e di origine sovranazionale, del diritto antidiscriminatorio dota l'interprete di uno strumentario completo e molto articolato per l'individuazione della nozione di *atto discriminatorio*.

Senza alcuna pretesa di completezza ci si limita a indicare che dagli anni duemila in avanti l'Unione europea ha adottato una serie di direttive in materia antidiscriminatoria progressivamente recepite dal diritto interno.

⁹ La notevole dimensione della cifra nera emerge alla sola lettura della mappatura dell'odio curata dall'Osservatorio Italiano sui diritti, che testa i contenuti d'odio diffusi nei *social* e secondo il quale l'omo-lesbo-bi-transfobia è tra le prime ragioni dell'odio ed è regolarmente in aumento quando l'opinione pubblica discute sui diritti civili delle persone LGBTI e, in particolare, sul riconoscimento delle famiglie omogenitoriali. La presenza di un significativo sommerso è confermata anche dalle indagini condotte dalla FRA (European Union Agency for fundamental rights). Cfr. *il Report FRA Hate crime recording and data collection practice across the EU*, scaricabile all'indirizzo <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/hate-crime-recording-and-data-collection-practice-across-eu>.

La 2000/43/CE del 29.6.2000, recepita con decreto legislativo n. 215 del 2003, in materia di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; tema sul quale è importante anche l'azione antidiscriminatoria disciplinata all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo unico dell'immigrazione*), che peraltro contempla anche il fattore nazionale e religioso e alle cui forme il decreto legislativo n. 215 del 2003 rinvia.

La 2000/78/CE del 27.11.2000, recepita dal decreto legislativo n. 216 del 2003, in materia di parità di trattamento, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale.

Le direttive successive in materia di pari opportunità, usualmente definite come *gender mainstreaming*, poi attuate con decreto legislativo il d.lgs. n. 198 del 2006, e successive modifiche e integrazioni, noto come *Codice delle pari opportunità*.

La *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 13 dicembre 2006, entrata in vigore il 3 maggio 2008 e ratificata dall'Italia con Legge n. 18 del 3 marzo 2009; e, sempre in materia di disabilità, la legge 1 marzo 2006, n.67, recante misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni.

Le definizioni di discriminazione che si sono via via affermate in questo slancio legislativo consentono oggi di ritenere acquisite all'ordinamento nel suo complesso alcune tipologie di discriminazione giuridicamente qualificate e riconosciute; innanzitutto la *discriminazione diretta*, che si verifica quando una persona è trattata in modo meno favorevole di un'altra a causa di uno dei fattori vietati. La *discriminazione indiretta*, che si ha quando un criterio o una prassi apparentemente neutri sono in realtà idonei a porre una persona appartenente a gruppi tutelati in posizione di svantaggio. Le *molestie*, che consistono nella sottoposizione della vittima a un comportamento indesiderato, direttamente correlato a uno dei fattori vietati e avente lo scopo di violare la dignità della persona e di creare intorno a lei un clima intimidatorio e ostile. E le *ritorsioni*, che consistono nel sottoporre la persona a trattamenti pregiudizievoli o sfavorevoli proprio in reazione a una sua istanza (interna o, a maggior ragione, veicolata a livello sindacale o legale) volta a ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento.

Se quindi il *coté* del diritto antidiscriminatorio consegna all'interprete penale un completo bagaglio concettuale (e giurisprudenziale) per l'individuazione dell'atto discriminatorio, non sarebbe tuttavia corretto dedurre un'automatica coincidenza tra le discriminazioni rilevanti per il diritto antidiscriminatorio e quelle rilevanti per il diritto penale.

In caso di approvazione delle legge sarà certamente la giurisprudenza di legittimità a chiarire progressivamente (come in parte ha già fatto, del resto, nella casistica relativa alla Legge Mancino in materia di discriminazioni etnico razziali, per cui v. *infra*) i tratti distintivi dell'atto discriminatorio correlato (anche) al sesso, al genere, all'orientamento sessuale, all'identità di genere e alla disabilità che sia penalmente rilevante.

In questa sede di prima lettura l'elemento comune tra la discriminazione rilevante per il diritto antidiscriminatorio e quella rilevante per il diritto penale sembra risiedere nell'idoneità dell'atto a ledere il bene giuridico protetto, da indentificare nel *principio di parità di trattamento* come corollario della - o meglio, *bene giuridico strumentale* alla - *autodeterminazione sessuale e di genere* (che si è visto essere il *bene giuridico finale*); ciò che indica, quindi, la libertà della persona di manifestare pubblicamente la propria identità sessuale e di genere senza subire, per questo, trattamenti differenziati di carattere pregiudizievole.

Proprio sull'idoneità, in sé e per sé, dell'atto a produrre effetti discriminatori è infatti sempre più focalizzato anche il diritto antidiscriminatorio in senso stretto, come è particolarmente evidente nelle recenti nozioni di *molestie*, le quali focalizzano l'effetto dell'atto sulla – e per la – vittima, senza necessità di istruire un giudizio necessariamente comparatistico.

In questo senso anche la recente, e assolutamente nuova nel suo genere, sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea resa dalla Grande Camera il 23 aprile 2020, in causa C-507/18, su rinvio pregiudiziale relativo al caso NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford; nella quale il *focus* sull'effetto discriminatorio dell'atto porta la Corte a riconoscere natura di atto discriminatorio anche all'atto linguistico *tout court*; cioè la *mera dichiarazione*, quando questa, correttamente rapportata al contesto in cui è pronunciata e quindi alle sue ripercussioni effettive, venga a costituire, al pari dell'atto materiale o giuridico, un *fatto discriminatorio* in ragione della *forza illocutoria* dell'atto linguistico medesimo.

Il divieto penale è inoltre posto come un divieto a trecentosessanta gradi, in quanto comprensivo non solo di tutti i possibili atti discriminatori ma anche di tutti i possibili settori e agenzie in cui questi possano verificarsi: dall'ambiente lavorativo, pubblico e privato, all'accesso a beni e servizi.

L'elemento che pare invece caratteristico del divieto penale rispetto a quelli antidiscriminatori consiste nell'evidenza di un nesso immediato, e bi-univoco, tra l'atto di discriminazione e i *motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità* (analogamente ai *motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, già previsti) che lo sorreggono.

L'interposizione di un nesso così evidente tra atto discriminatorio e motivo legato alla condizione personale protetta della vittima, se da un lato focalizza l'individuazione della condizione protetta in sé – e in termini del tutto neutri (l'appartenenza a qualsiasi sesso, orientamento sessuale, genere, identità di genere e tipo di disabilità) - rispetto al movente (misoginia, omo-lesbo-bi-transfobia e abilismo) dall'altro lato richiede, per l'attivazione della tutela penale, anche la manifestazione esteriore della finalità discriminatoria correlata al fattore vietato.

Sono interessanti, sotto questo aspetto, alcuni precedenti in tema di discriminazione etnico razziale resi dalla giurisprudenza in materia di Legge Mancino (oggi articolo 604 *bis* attuale versione).

Ad esempio, con le sentenze della terza sezione penale, n. 46783 del 05/12/2005, Rv. 232817, e n. 37733 del 11/10/2006, Rv. 236274, la Cassazione ha stabilito che integra gli estremi del reato di commissione di atti di discriminazione per motivi razziali ed etnici, e non già dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 187 T.U.L.P.S., la condotta del gestore del bar che si rifiuti di servire le consumazioni richieste da avventori extracomunitari senza che costoro abbiano tenuto alcun comportamento scorretto e ove il rifiuto stesso sia caratterizzato dall'aspetto discriminatorio.

Nelle rispettive motivazioni si evidenzia che la condotta del gestore del bar era stata, in entrambi i casi, esplicitamente discriminatoria, avendo egli dichiarato di non avere intenzione di servire cittadini extracomunitari; e che proprio tale *significazione discriminatoria*, di carattere razziale ed etnico, rende penalmente rilevante l'atto discriminatorio, in quei casi consistente nel rifiuto di prestazione di un servizio da parte di un pubblico esercente.

Ne discende che se non è l'effetto discriminatorio in sé a determinare il rilievo penale dell'atto bensì la *significazione discriminatoria* (in questo caso di carattere etnico razziale) che vi è sottesa e lo caratterizza, allora tale significazione deve necessariamente atteggiarsi a consapevole esteriorizzazione, percepibile dall'esterno, di un sentimento connotato dalla volontà di escludere la

vittima dalla fruizione di condizioni di parità per ragioni fondate sull'appartenenza della vittima stessa a una condizione protetta (in questo senso anche la sentenza della Cassazione, Sez. F, n. 38877 del 20/08/2015, Rv. 264786, sempre in tema di discriminazione etnico razziale).

Da un lato quindi, e riassumendo, il divieto antidiscriminatorio penalistico comprende, per tutti i fattori vietati elencati all'articolo 604 *bis*, qualsiasi tipo di atto discriminatorio che sia commesso in qualsiasi settore sociale, lavorativo o di accesso a beni e servizi, commerciale, economico, pubblico o privato, finendo con l'integrare quel che si dice un *divieto orizzontale*¹⁰ per tutti i fattori di protezione contemplati dalla norma e senza distinzione tra gli stessi.

Dall'altro lato, però, il potenziale rilievo penale dell'atto diverrà attuale non (solo) in ragione del compimento dell'atto discriminatorio in sé, condizione necessaria ma non sufficiente, ma (anche) quando tale compimento riveli in modo chiaro e percepibile, perché in qualche modo esteriorizzato, la significazione discriminatoria che lo determina.

Ciò detto, l'interprete dovrà d'altro canto stare attento a non conferire a questo elemento della condotta tipica, cioè la connotazione discriminatoria dell'atto, che si attegga a suo *presupposto* (motivo discriminatorio) e al tempo stesso anche a suo *connotativo* (significazione esteriorizzata del motivo discriminatorio correlato a una condizione protetta), una pregnanza ermeneutica eccessiva che potrebbe adombrare pericoli di interpretazione abrogante.

Per essere chiari, non dovranno essere introdotti in via interpretativa elementi aggiuntivi non previsti dalla norma e che tendano a ridurre aprioristicamente la portata incriminatrice: parlare di *esteriorizzazione* e di *percepibilità* del significato discriminatorio dell'atto in relazione a un fattore vietato, non significa richiedere che la condotta abbia necessariamente connotazioni di pubblicità (cioè che sia commessa alla presenza di più persone) o di oralità (cioè che l'intento discriminatorio sia verbalmente e chiaramente profferito), che la norma del resto non contempla. La condotta potrà essere perfettamente commessa senza la presenza di terze persone e in qualsiasi ambito (eventualmente l'assenza assoluta di riscontri costituirà, esattamente come per gli altri reati, un problema di prova da risolvere attuando i criteri giurisprudenziali usuali in tema di valore probatorio delle dichiarazioni della vittima); e l'intento discriminatorio, parimenti, potrà essere (ritenuto) chiaramente percepibile dall'esterno anche in virtù del contesto, che andrà chiaramente ricostruito in modo serio e completo, e senza un'esplicita professione verbale promanante dal soggetto agente.

4. Rapporti con altre fattispecie di reato e natura interpretativa dell'articolo 4.

Un aspetto decisamente rilevante dell'introduzione della nuova fattispecie sta nell'individuazione della sua interrelazione con altre già presenti nell'ordinamento, almeno sotto due profili d'immediata evidenza.

Il primo, che riguarda la fattispecie nella sua dimensione di *reato di pericolo concreto* (istigazione alla discriminazione e istigazione o provocazione alla violenza), attiene al rapporto con il reato di diffamazione, autonomamente punito all'articolo 595 del codice penale e che, avendo una diversa

¹⁰ Da questo punto di vista la struttura del divieto antidiscriminatorio penalistico appare ispirata a una logica di tutela avanzata ed egualitaria per tutti i fattori di protezione contemplati; rifiutando l'opposta logica *selettiva* – i.e. della differenziazione, tra fattori discriminanti egualmente vietati, dell'ambito di estensione della tutela – che invece ispira il diritto antidiscriminatorio puro, in ragione della diversità di ambiti di applicazione delle direttive e delle normative di recepimento (ad esempio, si noti proprio la differenza dei rispettivi ambiti applicativi tra i decreti legislativi 215 e 216 del 2003, quest'ultimo limitato all'occupazione e alle condizioni di lavoro).

obiettività giuridica (coincidente con la tutela dell'onore), continuerà ad avere una propria autonomia applicativa sulla quale potrà eventualmente innestarsi, quando ne ricorrano i presupposti, l'aggravante speciale, ad effetto speciale e privilegiato, prevista dall'articolo 604 *ter* per i reati punibili con pena diversa dall'ergastolo, se commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, oppure (nella nuova versione) per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità.

Lo scioglimento di questo nodo ci porta necessariamente ad analizzare l'articolo 4 del d.d.l. il quale, come si è già avuto modo di notare, prevede che *ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti.*

Due locuzioni della norma devono essere in particolare focalizzate: “*ai fini della presente legge*” e “*sono fatte salve*”. Perché sono due locuzioni che ne svelano, in modo chiaro e inequivocabile, la natura di norma di carattere interpretativo senza alcun effetto scriminante.

L'espressione *ai fini della presente legge* introduce, e indica, lo scopo di chiarire ulteriormente, a beneficio dell'interprete, quali condotte siano idonee a integrare quella stessa (e quella sola) fattispecie di reato contestualmente introdotta, cioè l'articolo 604 *bis*; dal che discende agevolmente come nulla escluda che una condotta non rilevante *ai fini* di questa legge possa essere invece rilevante *ai fini* di norme incriminatrici diverse, pregresse o future, in relazione alle quali il d.d.l. non potrà spiegare alcun effetto esimente, come indica chiaramente il seguito dell'espressione: “*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*”.

Il “*sono fatte salve*” si riferisce chiaramente alle sole condotte che sono già *legittime* in quanto non eccentriche al – né esorbitanti dal – principio costituzionale garantito *del pluralismo delle idee e della libertà delle scelte.*

Proprio l'esempio della diffamazione ci aiuta a chiarire la questione. Si pensi al caso di chi diffonda a più persone, via *chat* e *social*, commenti ingiuriosi, volgari e sessisti su una persona a causa di uno dei fattori vietati, senza che tuttavia a ciò sia ricollegabile un concreto pericolo di compimento di atti discriminatori o violenti; ad esempio la diffusione, all'interno di una cerchia di conoscenti adulti, in ambito quindi extra scolastico, e anche extra-lavorativo, e quindi al riparo da possibili dinamiche di bullismo o da possibili effetti discriminatori, commenti del tipo (di una donna): “*si sa che è una zoccola, guarda che va che non tutti, manco ci devi provare*” e simili; oppure (di una persona l.g.b.t.q.i.a.+): “*lo sanno tutti che è frocio, l'hai visto come si veste, quella checca ... quanto è uoma la lesbicon, c'ha le palle più grosse delle tue, tienile lontana tua moglie ..ahahah...*”; o ancora (di una persona disabile): “*hai visto la mongola, a me mi fa schifo solo a guardarla quella faccia di ...*”¹¹.

Una volta accertato che tali contenuti, certamente offensivi della reputazione della vittima, non costituiscono istigazione alla violenza o alla discriminazione e che non si è creato un concreto pericolo di atti discriminatori o violenti in danno alla vittima – non a caso si è fatto l'esempio di un contesto esclusivamente amicale, extra lavorativo e quindi senza possibili ripercussioni

¹¹ Le espressioni riportate negli esempi sono tratte da casi di cronaca riportati negli ultimi mesi da quotidiani di informazione cartacei e *online*, di cui non si riportano i riferimenti per evitare qualsiasi possibilità di identificazione delle vittime.

discriminatorie, e in un ambito adulto ed extra scolastico, e quindi al riparo da dinamiche di bullismo e cyber bullismo -, l'articolo 4 vale esclusivamente a segnare la non integrazione della fattispecie di cui all'art. 604 *bis*; ma non anche l'irrilevanza penale in assoluto di quelle dichiarazioni, le quali non possono rientrare tra quelle *fatte* (cioè mantenute) *salve* in quanto si collocano comunque al di fuori delle condotte dichiarative legittime, perché integrano (in presenza della relativa condizione di procedibilità) il reato di diffamazione, arrecando una chiara offesa alla reputazione della vittima; reato di diffamazione che sarà, in seguito all'approvazione della legge, aggravato ai sensi dell'articolo 604 *ter* per essere stato commesso per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità della vittima; motivi chiaramente esteriorizzati dall'essere le offese (negli esempi fatti) espressamente rivolte all'identità sessuale e di genere, all'orientamento sessuale o alla disabilità della vittima.

E' quindi chiaro che le condotte *fatte salve* dalla norma – la quale, è bene ribadirlo un'ultima volta, non è una scriminante ma solo una norma di carattere interpretativo – sono quelle già in sé legittime perché non integrative di illeciti penali (come la diffamazione) né di illeciti civili (come l'ingiuria); in quanto la norma – proprio perché non scriminante – non potrebbe in alcun modo restringere l'area di illiceità derivante da norme diverse e vigenti nel settore penale come negli altri settori dell'ordinamento.

Ancora una precisazione in tema di aggravante speciale dell'articolo 604 *ter*.

Nei casi in cui essa si applichi (che non sono tutti, come si è visto, restando esclusi i reati puniti con l'ergastolo e quindi anche l'omicidio già aggravato ai sensi degli articoli 576 o 577 del codice penale) e nei quali siano state commesse condotte violente già penalmente rilevanti – a titolo esemplificativo e non esaustivo, maltrattamenti (articolo 572 del codice penale), atti persecutori (articolo 612 *bis*), diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti (articolo 612 *ter*), lesioni comuni (articoli 582, 583, 585), mutilazioni genitali femminili (articolo 583 *bis*), lesioni permanenti al viso con deformazione dell'aspetto (articolo 583 *quinquies*) -, l'applicazione dell'aggravante speciale esaurirà la portata applicativa della norma, non potendo la stessa condotta violenta essere contestata sia come fattispecie comune (ad esempio la lesione) sia come *commissione di atto violento* ai sensi dell'articolo 604 *bis*. Sarà quindi applicata, in forza dei principi del *ne bis in idem sostanziale* e di *specialità* - in tutte le rispettive declinazioni, ivi compresa quella del *reato complesso*, disciplinata all'articolo 84 del codice penale - la sola fattispecie comune, che potrà essere aggravata (ove ne siano dimostrati i presupposti, ovviamente) dalla circostanza speciale di cui all'articolo 604 *ter*.

Diversamente, nell'ambito dei reati esclusi dall'applicazione dell'aggravante, ad esempio proprio l'omicidio punibile con l'ergastolo in quanto già aggravato da una delle circostanze contemplate dagli articoli 576 e 577 del codice, l'inapplicabilità dell'aggravante dell'art. 604 *ter* potrebbe aprire alla possibilità, nel caso in cui sia accertato che il reato sia stato commesso (anche) per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità della vittima, al *concorso reale, e non apparente*, della fattispecie comune con quella dell'articolo 604 *bis*, sotto il profilo della commissione di un atto violento; considerata la diversità dell'oggettività giuridica di quest'ultima (coincidente, si è visto, con l'autodeterminazione sessuale e di genere della vittima) rispetto a quella della fattispecie comune (vita e incolumità individuale).

5. Una breve riflessione sull'uso del diritto penale in chiave antidiscriminatoria

Ho lasciato volutamente alla fine una riflessione, più che di diritto penale in senso proprio direi di filosofia del diritto penale, che riguarda la legittimità del suo utilizzo in materie culturalmente sensibili.

Le riserve da questo punto di vista sono molte e onestamente non provengono solo dal fronte politico di attacco alla d.d.l. ma anche dalla dottrina e da diversi settori della società civile e dell'associazionismo che, pur dichiarando di condividere l'impegno in senso antidiscriminatorio, nutrono però dubbi sullo strumento penalistico.

Personalmente ritengo questi dubbi non solo infondati ma anche fuorvianti, per una serie di ragioni che cercherò di esprimere molto sinteticamente.

Il problema del rapporto tra diritto penale e cultura viene usualmente posto non in modo realistico, cioè guardando a come il diritto penale funziona quando riesce a essere efficace nel contrasto del crimine, ma in modo distopico: paventando un diritto penale elefantiaco che cresca a dismisura sino a invadere le sfere intoccabili del nostro pensiero e delle nostre idee per obbligarci a un pensiero unico mediante la punizione esemplare del dissenziente. Credo che sia qualcosa del genere ad animare le paure di chi parla di *dittatura del politicamente corretto* o, in modo ancor più evocativo, di *tirannia del bene*.

La realtà è tuttavia molto diversa in quanto il legame tra diritto penale e cultura dovrebbe invece essere inquadrato proprio come condizione di efficacia dello strumento penalistico nel contrasto del crimine che, soprattutto in determinati settori, richiede una comprensione chiara e profonda del contesto culturale che fa da sfondo e da nutrimento a un fenomeno criminale (si parla, in criminologia, di *subcultura criminale*); perché solo in questo modo sarà possibile, *in primis* per il legislatore penale e poi per l'interprete, attivare una risposta di tutela che sia efficace nel cogliere gli obiettivi del diritto penale moderno, i quali non si esauriscono certamente nella sfera punitiva ma, particolarmente nel settore della violenza di genere, comprendono la tutela cautelare (che è anzi la sede principale di attivazione delle tutela della vittima), l'assunzione anticipata della prova dichiarativa della vittima in fase di indagini e lo stimolo responsivo all'autore di violenza, perseguito sempre più frequentemente con lo strumento della *condizionalità* della sospensione condizionale della pena nei reati di genere¹².

Nessuno dubita che ai fini della strutturazione di una risposta penale realmente efficace nel contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso sia stata (e sia tuttora) necessaria la comprensione della realtà e della subcultura criminale mafiosa, intuita e perseguita storicamente, in Italia, con la collaborazione di giustizia.

Allo stesso modo per quanto riguarda il terrorismo politicizzato degli anni settanta e, per venire all'attualità, una sfida analoga ci pone oggi il terrorismo globale: cercare di diramare il crocevia di condizioni di marginalità, influenze economiche e suggestioni politiche e religiose che rende drammaticamente possibile la diffusione "a macchia", via radicalizzazione, di atti terroristici a scopo dimostrativo dentro l'Europa, anche da parte di cittadini europei, è una *condicio sine qua non* per

¹² In questo senso il nuovo quinto comma dell'articolo 165 del codice penale, introdotto dalla Legge n. 69 del 2019 (*Codice rosso*) il quale introduce, per i casi di condanna per i delitti di cui agli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis, nonché agli articoli 582 e 583-quinquies nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, c.p.p. - che costituiscono le principali fattispecie incriminatrici in materia di violenza domestica e di genere - l'obbligo, per il Giudice, di subordinare la sospensione condizionale della pena alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupino di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati, cioè di recupero dei c.d. *sex offenders*.

Il d.d.l. Zan e altri, muovendosi sulla stessa linea, introduce un'analogia facoltà (ma non l'obbligo, essendo previsto il necessario consenso del condannato) all'articolo 5, in modifica al decreto legge n. 122 del 1993, convertito con Legge n. 205 del 1993, i.e. la parte della Legge Mancino Reale non inserita nel codice penale, agli articoli 604 bis e ter, e tuttora vigente.

cercare di impostare, con i mezzi di cui lo Stato dispone – dalle *intelligence* alle Autorità di polizia e giudiziarie – una risposta preventiva e trattamentale efficace nei confronti di questo fenomeno, il quale (l'abbiamo visto ancora in tempi recentissimi, con la decapitazione di un insegnante che aveva mostrato una vignetta satirica a suoi studenti, parlando loro della libertà di critica e di satira) intende realmente intaccare i fondamenti delle nostre libertà civili, tra cui in particolare la libera manifestazione del pensiero e delle opinioni e la laicità dello Stato.

Anche la violenza di genere rappresenta una delle emergenze criminali sul campo dell'attualità. Da un decennio a questa parte si susseguono, spesso sotto la spinta delle fonti sovranazionali, interventi normativi sempre più repressivi per arginare il fenomeno in quella che è la sua rappresentazione più diffusa, dal rilievo statistico impressionante, che è la violenza maschile contro le donne, soprattutto in ambito domestico e nelle relazioni strette.

Nonostante le continue addizioni repressive (in termini di aumenti di pena e di aggiunta di nuove fattispecie di reato) il tasso di violenza e di uccisioni di donne da parte di partner ed ex partner continua a crescere e negli ultimi mesi è stato favorito anche dall'impatto delle restrizioni governative rese necessarie dall'emergenza epidemiologica.

Questo succede quando il diritto penale, nonostante un innegabile e faticoso impegno legislativo (l'ultima riforma, di aspirazione sistematica, è la legge n. 69 del 2019, nota come *Codice rosso*) e giudiziario (come dimostrano gli sforzi perseguiti, anche con protocolli interni agli Uffici giudiziari e buone prassi, per affrontare in modo sempre più tempestivo, sin dalla fase investigativa e cautelare, l'enorme mole di lavoro portato da questa casistica), non riesce a funzionare in modo ottimale.

Uno dei motivi di questa fallacia del diritto penale in materia di violenza di genere, è in realtà proprio il persistente rifiuto della classe politica di entrare davvero nelle ragioni culturali che ne determinano la proliferazione, a cominciare dalla violenza maschile contro le donne.

Perché entrare in queste ragioni significherebbe ammettere che esse hanno a che fare con una strutturale disparità tra i sessi e con retaggi patriarcali che sembrano ineliminabili e che forse non si vuole davvero eliminare, perché ciò richiederebbe di ripensare l'intero tessuto sociale e di ammettere che esso è il frutto di una costruzione sociale progressiva non neutra ma viziata da un chiaro squilibrio che ha posto i maschi in posizione di dominio; e che l'aspirazione, veicolata dall'educazione attraverso gli stereotipi di genere, a mantenere questo dominio genera inevitabilmente la violenza degli uomini contro le donne; perché la cultura dominante tende a rimuovere tutte le differenze che intacchino l'equilibrio gerarchico di cui essa è il vertice.

Così comincia a farsi chiaro anche il nesso tra la violenza di genere e l'omo-lesbo-bi-transfobia. In quanto la cultura dominante, proprio perché di retaggio patriarcale, inevitabilmente adotta strategie di rimozione, di delegittimazione sociale e di violenza ritorsiva contro qualsiasi *bios* che testimoni la messa in discussione degli stereotipi di genere su cui essa fonda, e che devii dal paradigma sessista e dai suoi necessari corollari, tra i quali la dedizione delle donne in via prioritaria al lavoro riproduttivo e ai compiti di cura, il paradigma etero normativo - che ha sempre fornito una base sociale accettata come *naturale* alle rivendicazioni maschili sul corpo delle donne, anche quando integranti atti di violenza sessuale - e, ultima ma non per importanza, la rigida distinzione dei generi, che aborre come incubi distopici il *tertium genus* e il passaggio di genere.

E però, cercare di contrastare l'effetto rifiutandosi di indagare la causa rende il tentativo inconsistente indipendentemente dalla quantità dei mezzi spiegati; sarebbe come tentare in tutti i modi di abbassare la febbre rifiutandosi di fare accertamenti su cosa la stia provocando.

E' per questo che, anche in materia di violenza di genere e di discriminazione di genere – due facce della stessa medaglia che chiaramente si tengono insieme -, il diritto penale non solo è certamente necessario, perché le condotte lesive attaccano il nucleo primario dei diritti della persona, come ha chiarito la Corte costituzionale; ma è anche chiamato a interrogarsi e a cercare di capire le ragioni culturali che determinano le condotte devianti, proprio per rendere il più possibile efficace la sua opera di contrasto.

Dietro alcune riserve formalmente espresse in modo neutro e chiamanti in causa argomenti come *può davvero esistere un diritto penale antidiscriminatorio?* si scorge, a ben vedere, il rifiuto di molti - e molte, anche nella magistratura e nell'avvocatura - a mettere realmente in discussione questa cultura di base, insieme a un certo fastidio nel doverlo fare per forza perché *accidentalmente* genera violenza.

Ed è per questo che il disegno di legge di cui si discute va, a mio avviso, nella direzione giusta: per almeno **tre motivi** che dovrebbero costituire l'asse di riequilibrio della risposta dell'ordinamento giuridico in tutti i suoi settori, non escluso quello penale, alla violenza e alle discriminazioni.

Il primo motivo è che, con il d.d.l., per la prima volta la legge chiama in causa quella cultura di base, la nomina, la definisce; e dà finalmente all'interprete gli strumenti, a cominciare proprio dalle definizioni, per cogliere in fondo tutte le implicazioni della tipologia di crimine che si vuole contrastare.

Il secondo motivo è che il d.d.l. si discosta in modo consapevole dal modello della *tutela selettiva*, raggruppa in modo unitario i diversi fattori di protezione - *i motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi oppure fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità* - e ne equipara l'ambito e il livello di tutela senza introdurre differenziazioni tra i diversi gruppi o categorie protette, nel senso della piena *orizzontalità* della protezione.

La scelta di un modello *a-differenziale* dei fattori di protezione è di fondamentale importanza perché la pretesa di selezionarli in funzione escludente piuttosto che inclusiva – pretesa che ha molto spesso una natura esclusivamente politica senza plausibili ragioni giustificative sul piano costituzionale - corre il rischio di generare paradossali effetti discriminatori all'interno di normative antidiscriminatorie.

Molto significativo, a questo proposito, è che uno degli esempi più ricorrenti, nelle audizioni in Commissione giustizia preliminari alla presentazione del testo in Aula e anche successivamente, in molte interviste divulgative, tra quelli usati da esponenti politici e da giuristi contrari al d.d.l., sia stato il seguente: *se un'associazione di famiglie eterosessuali volesse organizzare un convegno pubblico per parlare delle ragioni per cui non riconoscono come "famiglie" quelle tra persone omosessuali, e impedissero l'ingresso al convegno a persone omosessuali, allora questa sarebbe discriminazione?*

Questo esempio, nonostante sia formulato in modo apparentemente neutro (perché sembra chiedere, in generale, quale siano i caratteri della discriminazione penalmente rilevante) in realtà, se osservato con attenzione, non si dimostra affatto interessato all'individuazione generale dei caratteri della discriminazione penalmente rilevante, bensì tutto focalizzato sul singolo fattore di discriminazione, come dimostra la semplice constatazione che gli *atti discriminatori* sono già penalmente rilevanti, come abbiamo visto, in base all'attuale articolo 604 *bis* in relazione alla matrice etnico razziale. Quindi il problema non è la rilevanza penale dell'atto discriminatorio in sé ma la sua estensione alle discriminazioni sessuali e di genere, visto che nessuno dei detrattori della norma ha mai affermato apertamente che intenderebbe rimuovere dall'ordinamento anche l'attuale versione dell'articolo 604 *bis*.

E però, se il problema non è il rilievo penale della discriminazione ma il singolo fattore discriminante, allora anche l'obiezione, per quanto messa in modo generale, sull'uso del diritto penale in chiave

antidiscriminatoria potrebbe essere null'altro che uno schermo dietro cui si cela la pretesa politica di selezionare i fattori di discriminazione vietati, riconoscendone alcuni, come quello etnico razziale, ed escludendone altri come appunto il sesso, il genere, l'identità di genere e l'orientamento sessuale; in ordine ai quali, evidentemente, riesce più difficile – e questo testimonia la forza enorme che tuttora ha la cultura di base – rinunciare al *diritto di poter anche discriminare*.

Proviamo a riformulare la domanda per vedere come suona in questo modo: *se un'associazione di famiglie bianche e sane volesse organizzare un convegno pubblico per parlare delle ragioni per cui non riconoscono come "famiglie" quelle fra persone nere o disabili, e impedissero l'ingresso al convegno a persone nere e disabili, allora questa sarebbe discriminazione?*

Il terzo motivo è che la norma penale non si limita al divieto antidiscriminatorio ma lo affianca al divieto di compiere violenza, essendo gli atti discriminatori e la violenza i due eventi alternativi su cui è incentrata la fattispecie, tanto nella sua forma di *reato di evento* – quando gli atti discriminatori o la violenza siano effettivamente compiuti – , quanto nella sua forma di *reato di pericolo*, quando invece sussista il pericolo concreto che i medesimi atti di discriminazione o di violenza siano compiuti.

La discriminazione e la violenza generate nei confronti delle persone a causa dalla loro appartenenza a uno dei fattori protetti non solo hanno un'origine comune, in quanto allignano nella stessa cultura stereotipata di base, ma traggono anche forza l'una dall'altra.

Nella casistica di violenza maschile contro le donne consumata in ambito domestico e nelle relazioni strette, la violenza, fisica e psicologica, è quasi sempre correlata a *motivi fondati sul sesso e sul genere*, i quali non solo sono evidenti ma vengono anche apertamente dichiarati dall'autore di violenza nei confronti della vittima: il sospetto, in molti casi una vera ossessione, che la partner lo possa tradire con altri uomini; la pretesa di controllarne i movimenti e le comunicazioni con il cellulare (frequentissimo, in casistica, è il ricorso ad applicazioni *smartphone* di monitoraggio degli spostamenti); la pretesa di consumare rapporti sessuali "a richiesta", che si intensifica quando l'autore di violenza sente vacillare la propria sicurezza; gli accessi di rabbia nei quali l'autore di violenza si lascia andare a ingiurie sessiste (*troia, puttana* e simili) affiancate a svalutazioni, spesso esibite anche davanti ai figli, del ruolo di madre (*non sai neanche fare la madre, guarda come fai vivere i tuoi figli, guarda in che condizioni è la casa*).

Per qualunque Pubblico ministero e giudice penale di merito, questi rappresentano capi di imputazione "standard" nella casistica di violenza di genere.

E non è francamente possibile – almeno che non lo si voglia deliberatamente – evitare di cogliere il nesso tra questa tipologia di violenza contro le donne e il contesto di discriminazione strutturale e di stereotipi di genere in cui le donne tuttora si trovano a vivere le proprie vite, le proprie famiglie e le proprie occupazioni e professioni.

La nuova frontiera del diritto, non solo del diritto penale ovviamente, è quella di utilizzare l'evidente nesso tra discriminazione e violenza per invertirne la direzione; e cercare di realizzare, attraverso un'efficace e consapevole tutela della vittima di discriminazioni e di violenza, una società meno discriminatoria, che sarà naturalmente anche meno violenta.