

Sui delitti contro l'eguaglianza

di Elisa Pazè

sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino

L'accantonamento del disegno di legge Zan impone di riprendere da capo una riflessione sulla qualità della protezione normativa che è necessario introdurre per favorire fra le persone relazioni comprensive delle diversità e avversare i comportamenti discriminatori e violenti.

L'accantonamento, nel passaggio al Senato, del disegno di legge Zan, così conosciuto dal cognome di uno dei promotori, contenente “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 di riprendere da capo una riflessione sulla qualità della protezione normativa che è necessario introdurre per favorire fra le persone relazioni comprensive delle diversità e avversare i comportamenti discriminatori e violenti nei confronti di omosessuali, transessuali e disabili, superando paradigmi esclusivamente biologici e integrando variabili psicologiche, sociali e culturali.

1. Occorre chiedersi anzitutto se sia opportuno introdurre nella legislazione antidiscriminatoria norme definitorie delle nozioni di sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere, partendo da un'analisi del complessivo quadro ordinamentale.

Nel diritto civile, penale e amministrativo le disposizioni che contengono delle definizioni non sono poche. Esse assolvono alla funzione di fornire nozioni di carattere tecnico o, più semplicemente, di chiarire il significato di termini di uso quotidiano per ridurre la discrezionalità dell'interprete nell'applicazione della legge. In ambito penale si ritrovano così, accanto a norme specialistiche¹, altre che estendono il significato letterale di taluni vocaboli ed espressioni² o lo puntualizzano³. Viceversa, le leggi non si preoccupano di definire concetti incontrovertibili (nessuna norma spiega cosa sia il suicidio) o in relazione ai quali si vuole mantenere una elasticità nell'interpretazione (come la buona fede, l'ordine pubblico e il buon costume) o, ancora, il cui senso è palesato dal contesto (sebbene la norma sull'omicidio punisca chiunque cagioni la morte di un “uomo”, al legislatore non è mai venuto in mente di evidenziare che il termine ricomprende anche donne e bambini). In un ordinamento farraginoso come il nostro, caratterizzato da una rindondanza legislativa e regolamentare, l'introduzione di definizioni inutili, che nulla aggiungono a quanto già ragionevolmente evincibile dal testo del precetto, rischia infatti solo di creare confusione quanto alla loro portata e di entrare in collisione con altre definizioni contenute altrove, aggrovigliando ulteriormente il ginepraio normativo.

¹ Norme siffatte, oltre che nelle normative di settore (come il recentissimo D. L.vo 8 novembre 2021 n. 184 sulla moneta elettronica), si rinvengono anche nel codice penale: si pensi agli artt. 357-358-359 c.p. sulle categorie dei “pubblici ufficiali”, “incaricati di un pubblico servizio” ed “esercenti un servizio di pubblica necessità”, o all'art. 644, comma 3, c.p. sugli “interessi usurari”.

² Tali l'art. 242, comma 3 per “cittadino”, l'art. 310 c.p. per “tempo di guerra”, l'art. 392, commi 2 e 3 per la “violenza sulle cose”, l'art. 431, comma 3, per “strade ferrate”, l'art. 472, comma 3, c.p. per le “misure” e i “pesi”, l'art. 585, comma 2, per le “armi”, l'art. 616, comma 4, c.p. per la “corrispondenza”, l'art. 624, comma 2, c.p. per “cosa mobile”.

³ Così l'art. 292, comma 3, c.p. per la “bandiera”, l'art. 266, comma 4, per l'avverbio “pubblicamente”, l'art. 307, comma 4, c.p. per i “prossimi congiunti”, l'art. 458, comma 2, c.p. per le “carte di pubblico credito”, l'art. 459, comma 2, c.p. per i “valori di bollo”, l'art. 529, comma 1, c.p. per gli “atti e oggetti osceni”, l'art. 721 c.p. per il “giuoco d'azzardo” e le “case da giuoco”.

Ecco perchè nella sezione del codice penale dedicata ai delitti contro l'eguaglianza, inserita nel 2018⁴ e composta da due soli articoli, il 604 bis e il 604 ter, che riprendono il testo della L. 13 ottobre 1975 n. 654 così come successivamente modificato, incriminando le condotte d'odio o discriminatorie e prevedendo una speciale aggravante per tutti i reati, si evita di chiarire cosa si debba intendere per "razza", "etnia" (che pure si presta a qualche dubbio maggiore), "religione" e "nazione", trattandosi di nozioni scontate. Viceversa, ad essere enucleata nella norma di cui all'art. 1 della L. n. 654/1975 tuttora in vigore⁵, è unicamente la "discriminazione razziale", che consiste in "ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica". Da questa definizione si evince che la condotta non presuppone necessariamente l'intenzione di affermare una propria supposta superiorità (può, più semplicemente, essere determinata dalla volontà di frequentare solo coloro che si considera simili a sé), anche se poi nella giurisprudenza di legittimità si è sostenuto che la discriminazione sottintende la convinzione che esistano razze superiori e razze inferiori⁶.

2. Nell'ampliare il catalogo dei delitti contro l'eguaglianza, a tutela della diversità sessuale, il disegno di legge Zan non approvato focalizzava invece l'attenzione non sulla condotta, ma sui concetti di "sesso", "genere", "orientamento sessuale" e "identità di genere", per un verso fissando nozioni assolutamente pacifiche, per altro verso torcendo termini che nel nostro ordinamento hanno un differente significato⁷. L'idea di introdurre, sia pure in un settore circoscritto del diritto penale, queste definizioni, che potrebbero essere riproposte in un prossimo futuro, merita qualche considerazione.

Le nozioni di "sesso" e "orientamento sessuale", delineate rispettivamente come "il sesso biologico o anagrafico" e "l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso o di entrambi i sessi"⁸, sono entrambe assodate. Nessuna legge si è mai preoccupata di chiarire cosa sia il "sesso", neppure quelle sulla rettificazione della attribuzione di sesso e sulle unioni civili⁹. Parimenti nessuna disposizione spiega che cosa debba intendersi per "orientamento sessuale", pur trattandosi di espressione che si ritrova in diversi testi legislativi che vietano di discriminare per tale motivo, come lo statuto dei lavoratori, il codice sulla riservatezza e il decreto sul lavoro pubblico¹⁰.

C'è allora da chiedersi perché si sia avvertito il bisogno di puntualizzare il significato di termini scontati. La ragione la si coglie nella contrapposizione fra la nozione di sesso e quella di genere, definito dal disegno di legge Zan come "qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso"¹¹. Si tratta di una definizione distante da quello che è l'uso corrente, pur non frequente, del termine in ambito giuridico: non solo

⁴ Art. 2 del D. L.vo 1 marzo 2018, n. 21 ("Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103).

⁵ Analoga definizione si rinviene nell'art. 43, comma 1 del D. L.vo 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero).

⁶ Cass. pen, sez. I, 29 ottobre 1993, n. 3791.

⁷ Altri termini ancora sono stati utilizzati nel disegno di legge Zan senza considerare la loro radice semantica. Come evidenziato da Paolo Flores D'Arcais, l'art. 7 prevedeva l'istituzione di una giornata contro "l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia", trascurando che la lesbofobia è già ricompresa nell'omofobia, dove "omo" sta non per "uomo" ma per "simile" (dal greco ὅμοιος) ed indica la preferenza per persone del proprio sesso sia da parte degli uomini che da parte delle donne (*Caro Letta, una legge sull'omofobia serve*, Il fatto quotidiano, 3 novembre 2021). La Risoluzione del Parlamento Europeo del 24 maggio 2021 sull' "Lotta all'omofobia in Europa" specifica infatti che per omofobia deve intendersi "la paura e l'avversione irrazionali provate nei confronti dell'omosessualità femminile e maschile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender" (considerando B).

⁸ Art. 1, lett. a) e c) del DDL Zan.

⁹ L. 14 aprile 1982 n. 164 ("Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso"); L. 20 maggio 2016 n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze").

¹⁰ Art. 15 L. 20 maggio 1970 n. 300 (così come modificato dal D. L.vo 9 luglio 2003 n. 216); art. 60 D. L.vo 30 giugno 2003 n. 196 (così come modificato dal D. L.vo 10 agosto 2018 n. 101); art. 7 D. L.vo 30 marzo 2001 n. 165.

¹¹ Art. 1, lett. b) del DDL Zan.

nelle norme sulle quote rosa¹², ma anche nelle leggi volte a contrastare la violenza nei confronti delle donne¹³, il genere è sinonimo di sesso. La definizione introdotta nel disegno di legge Zan recepiva viceversa la nozione, che si è affermata nel linguaggio comune, di genere inteso come tipizzazione sociale e culturale delle differenze tra maschi e femmine, che ne condiziona ruolo e comportamento¹⁴.

Il riferimento alle “aspettative sociali connesse al sesso”, sia pure circoscritte alle “manifestazioni esteriori”, è però lessicalmente infelice, e non a caso è stato aspramente criticato da una parte dei movimenti femministi. In un contesto in cui la moda propone sempre di più abbigliamento e stili uniformi per entrambi i sessi (perfino l’epilazione e il trucco, tradizionalmente riservati alle donne, stanno diventando appannaggio anche degli uomini), il richiamo ad un aspetto in linea con i canoni maschili e femminili consolidati appare paradossale e rischia di riportare indietro le lancette dell’orologio della storia. Quello descritto come genere ricorda molto da vicino la costruzione sociale del maschio e della femmina, con caratteristiche stereotipate e in gran parte indotte, che nulla hanno a che vedere con la diversità di conformazione fisica e con le differenze psicologiche legate alla sfera riproduttiva.

Ma è la definizione della identità di genere a destare le maggiori riserve. La nozione di “identità di genere” non è una novità assoluta: è presente da tempo nelle fonti comunitarie¹⁵ ed è menzionata dalla L. 26 luglio 1975 n. 354 sull’ordinamento penitenziario, che all’art. 1, a seguito delle modifiche apportate dal D. L.vo 2 ottobre 2018 n. 123, distingue fra sesso e identità di genere. Quella che è di nuovo conio è la sua enunciazione nel disegno di legge Zan come “identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrisponde al sesso, indipendentemente dall’aver concluso un percorso di transizione”¹⁶), influenzata dall’affermazione della Corte costituzionale (sentenza 5 novembre 2015 n. 221) che per ottenere all’anagrafe la rettificazione della attribuzione di sesso non c’è bisogno di sottoporsi ad un intervento, che costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l’adeguamento dei caratteri sessuali.

L’intenzione di comprendere nella protezione la identità di genere è commendevole: evitare che siano oggetto di scherno e di atti di bullismo gli adolescenti che sentono di appartenere ad un sesso diverso da quello anagrafico ma non hanno ancora affrontato alcun percorso di trasformazione, né chirurgico, né ormonale, limitandosi ad adottare stili e abbigliamento che considerano propri del sesso percepito¹⁷. La definizione rischia però di andare ben oltre la considerazione di quei casi in cui una persona vive con sofferenza l’appartenenza ad un sesso ma non si sente di affrontare interventi chirurgici (è a queste ipotesi che fa riferimento la sentenza della Corte costituzionale), legittimando una sorta di autoattribuzione che prescinde dalla corporeità e dal malessere psicologico ed è legata ad una semplice manifestazione di volontà. Il rischio è che, per quanto si specifichi che, questa come le altre definizioni, valgono “ai fini della presente legge”, siccome il diritto è un tutt’uno e i vari settori non sono compartimenti stagni, questa nozione di identità di genere crei confusione e abbia ricadute a livello più generale nell’ordinamento.

3. C’è una ulteriore ragione per cui, nel porre il divieto di discriminare, il disegno di legge Zan, ha fatto riferimento semplicemente ai parametri del “genere” e della “identità di genere”: evitare di menzionare esplicitamente le due categorie a cui si vuole dare una tutela rafforzata, degli

¹² Ad esempio l’art. 18 bis, comma 3 del DPR 30 marzo 1957 n. 361 (“Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati”), così come modificato dalla L. 3 novembre 2017 n. 165, prevede per la Camera che all’interno delle liste i candidati siano collocati “secondo un ordine alternato di genere”.

¹³ Il D. L. 14 agosto 2013 n. 93, convertito nella L.15 ottobre 2013, n. 119, si intitola “Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere”

¹⁴ *Il Devoto-Oli Vocabolario della lingua italiana*, Le Monnier, Milano 2012, p. 1205.

¹⁵ L’espressione è stata inserita per la prima volta nella Direttiva 2011/95/UE, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

¹⁶ Art. 1, lett. d) del DLL Zan.

¹⁷ Così J. Rosatelli, *Se la scuola difende l’identità di genere*, Il manifesto, 27 maggio 2021.

omosessuali e dei transessuali. Il retroterra culturale è quello del cosiddetto “gender fluid”, in cui si passa da un sesso a un altro seguendo le proprie mutevoli inclinazioni e nessuno è necessariamente per sempre uomo, donna o transessuale ovvero, sotto altro profilo, eterosessuale, omosessuale o bisessuale. E qui si innestano ulteriori riflessioni.

I delitti contro l’eguaglianza sono preposti a conferire una maggiore protezione a gruppi socialmente deboli: la tutela al singolo viene accordata in quanto appartenente ad uno di essi¹⁸. La persona offesa non diventa bersaglio di odio per la sua individualità ma per la sua identità collettiva. La vittima è fungibile e potrebbe essere sostituita da qualunque altra abbia analoghe caratteristiche; non lo è solo chi è direttamente preso di mira, ma indirettamente tutti coloro che vivono nella stessa condizione.

Le disposizioni contenute negli artt. 604 bis e 604 ter c.p., recependo le pregresse stratificazioni normative, sanzionano le condotte discriminatorie sorrette da motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi¹⁹, a cui devono aggiungersi, in virtù dell’art. 18 bis della L. 15 dicembre 1999 n. 482 (introdotto dalla L. 23 febbraio 2008 n. 31), le manifestazioni di violenza e intolleranza nei confronti degli appartenenti a minoranze linguistiche.

Esse non esauriscono però il catalogo delle forme di discriminazione prese in considerazione dall’ordinamento: l’art. 3 della Costituzione sancisce infatti l’eguaglianza di tutti di fronte alla legge – e quindi il divieto di discriminare – rispetto a sei parametri: sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali²⁰. C’è dunque una sfasatura rispetto alle categorie protette dai delitti contro l’eguaglianza, perchè per questi ultimi non rilevano il sesso, le opinioni politiche e le condizioni personali e sociali.

Viene allora da chiedersi perchè in ambito penalistico si sia deciso di accordare un sovrappiù di protezione solo a quei gruppi sociali che sono contraddistinti dalla razza, dall’etnia, dalla nazionalità o della religione. Una prima, immediata, risposta potrebbe fare richiamo a due loro caratteristiche: a differenza di altri (quali ad esempio i giovani o i militanti di un partito politico) questi gruppi sono tendenzialmente stabili e si configurano come microcosmi, con un substrato culturale comune. In realtà la ragione essenziale della loro tutela penale differenziata risiede nelle nefaste ideologie e nelle tragiche esperienze di annientamento e sopraffazione di vasti strati della popolazione che hanno contrassegnato la prima metà del secolo scorso e al rischio, sempre persistente, che esse si ripresentino sotto nuove sembianze.

Ciò nonostante le norme penali non indicano espressamente – salvo che per la lingua – chi siano i beneficiari della normativa antidiscriminatoria, che quindi in astratto parrebbe applicabile anche quando le manifestazioni d’odio si dirigano verso componenti della società largamente maggioritarie, come le persone dalla pelle bianca o di religione cattolica, che non hanno alle spalle una storia di persecuzioni. Certamente però i delitti contro l’eguaglianza, costituendo un presidio per categorie socialmente deboli, di fatto si rivolgono a delle minoranze: non avrebbe senso una tutela rafforzata di una maggioranza. La Corte di cassazione ha perciò escluso l’aggravante speciale oggi prevista dall’art. 604 ter c.p. nei confronti di una persona che aveva detto “italiano di merda”, con la motivazione che l’essere italiano non può essere correlato ad una situazione di inferiorità, e

¹⁸ Questo non significa che la persona verso cui si indirizza l’aggressione debba fare parte delle categorie protette. Il reato sussiste anche quando è indirizzato a coloro che, per le più diverse ragioni, siano accomunati al gruppo tutelato, cosicché si è ritenuta integrata la minaccia aggravata nella condotta di chi fa telefonate minatorie a una docente di storia delle persecuzioni razziali esternando sentimenti di odio verso il popolo ebraico (Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2012 n. 563). È la cosiddetta “discriminazione per associazione”.

¹⁹ Nel codice penale sono poi specificamente sanzionate le offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403) e le offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose (art. 404).

²⁰ Per l’art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo “Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”.

quindi l'espressione – a differenza di quella “negro di merda” – doveva essere intesa come diretta al singolo individuo e non al gruppo di appartenenza²¹.

4. Se queste sono le coordinate, pur non ancora consolidate²², può allora ragionevolmente affermarsi, oggi ancora in una prospettiva *de iure condendo*, che transessuali e omosessuali sono senz'altro minoranze meritevoli di protezione rafforzata, trovandosi nella nostra società a condividere lo stesso rischio di ghettizzazione e di aggressione che vivono coloro che fanno parte di razze e di etnie di colore. Non c'è dubbio che in questa materia, che attiene ai diritti, oltre a pensare ad un progetto educativo ed etico, occorre anche colmare gli attuali vuoti di tutela penalistica, ampliando l'area dei comportamenti perseguibili e aggravando le sanzioni.

Più problematica è invece l'introduzione fra i delitti contro l'eguaglianza del riferimento al sesso, sia pure dando per scontato che destinatario della protezione sia unicamente quello femminile. Non c'è solo il rilievo che le donne costituiscono più di metà della popolazione italiana e che, pur permanendo nella nostra legislazione regole vetuste come quelle sulla trasmissione del cognome, non si può certo sostenere che vi sia nei loro confronti la stessa avversione socialmente diffusa che c'è contro gli zingari o i mussulmani.

Le maggiori perplessità sono destinate dall'esistenza di una fitta rete di norme contro la violenza di genere, le cui vittime sono di fatto di sesso femminile, e di numerose altre disposizioni che prevedono consistenti aumenti di pena quando si attenta all'incolumità fisica di una donna in stato di gravidanza²³, cosicché l'estensione dell'aggravante dell'art. 604 bis c.p. ai reati con movente legato al sesso o al genere verrebbe a sovrapporsi in parte ad esse, porrebbe non pochi problemi esegetici ed applicativi (non tutte le aggressioni hanno un retroterra maschilista, i loro autori dirigono la loro carica di violenza anche contro gli uomini) e condurrebbe a massimi edittali sproporzionati.

Ancora più complesso ragionare su possibili discriminazioni dovute al sesso o al genere. La discriminazione presuppone che si trattino in modo differenziato due situazioni equiparabili senza che vi sia una ragionevole giustificazione. Si tratta di vicende che trovano la loro naturale sede di trattazione davanti al giudice civile. Eppure in astratto, in gran parte dei casi, dovrebbe scattare anche la normativa penale: non solo nell'ipotesi classica dell'imprenditore che decida di assumere unicamente uomini, ma anche in quella di associazioni che siano immotivatamente precluse al sesso femminile (tali erano fino a qualche tempo fa il Rotary o il Lion's). Solo che a questo punto, per coerenza, andrebbe sanzionato anche chi apra un circolo, o una chat su Internet, riservata esclusivamente alle donne.

Analoghi interrogativi porrebbe una modifica normativa in cui si faccia generico riferimento a motivi fondati sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere. C'è in astratto la possibilità che finisca davanti al giudice penale il titolare di una agenzia matrimoniale che accetti solo le adesioni di eterosessuali o, all'inverso, si corre il rischio che le giuste rivendicazioni da parte delle comunità

²¹ Cass. pen., Sez. V, 25 marzo 2010 n. 11590: “non si può ritenere che il riferimento all'italiano”, nel comune sentire, nel nostro territorio, in cui l'italiano è stragrande maggioranza e classe dirigente, sia correlato ad un sentimento che può dare luogo ad un pregiudizio corrente di inferiorità. Per cui il termine “italiano”, accoppiato alla parola ingiuriosa, può essere letto come individualizzazione di una persona singola (per fatti relativi ad una situazione eminentemente personale e familiare), nei cui confronti si ha disistima, piuttosto che come riferimento ad una identità etnica in quanto facente parte di una comunità nazionale, quella italiana, che proprio nel nostro paese non può essere correlata ad una situazione di inferiorità o suscettibile di essere discriminata”.

²² Qualche perplessità desta ad esempio la pronuncia di Cass. pen., sez. I, 21 febbraio 2020 n. 6933, in relazione alla vicenda di una donna che aveva pubblicato in rete un'immagine dell'Italia senza le regioni meridionali accompagnata dal commento “Forza Etna”, che si è limitata a sostenere che sussisteva la finalità discriminatoria, senza considerare non solo che i meridionali non costituiscono una etnia in senso stretto, ma che nel Mezzogiorno vive un terzo abbondante della popolazione italiana.

²³ Accanto alla fattispecie di interruzione colposa di gravidanza (art. 593 bis c.p.) sono previste aggravanti dagli artt. 61 n. 11 quinquies c.p.; art. 572, comma 2, c.p.; art. 609 ter, comma 1 n. 5 ter; art. 612 ter, comma 4, c.p.

omosessuali di spazi esclusivi, finalizzati alla socializzazione (si pensi a locali gay nei quali sia precluso l'accesso alle donne), possano essere considerate forme di discriminazione.

In definitiva, non è agevole, quando viene in rilievo la sfera intima delle persone, bilanciare il valore-eguaglianza e la libertà di associazione, che trovano entrambi espressione nella Carta costituzionale agli artt. 3 e 18, non essendo scontato quale dei due debba di volta in volta soccombere. Se la stessa norma dell'art. 604 bis, comma 2, c.p. vieta organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che abbiano come scopo l'incitamento alla discriminazione, come potrebbe considerarsi lecita una associazione che pratichi la discriminazione al proprio interno?

5. C'è un ultimo aspetto problematico, messo in luce dalla prospettiva di un ampliamento dei delitti contro l'eguaglianza a tutela, oltre che di omosessuali e transessuali, delle persone affette da disabilità. La disabilità rientra senz'altro fra le "condizioni personali" di cui all'art. 3 Cost. e, per ovviare alle condizioni di difficoltà di chi è portatore di handicap, c'è una apposita legge, la L. 5 febbraio 1992 n. 104, che all'art. 36 prevede una apposita aggravante con aumento della pena da un terzo alla metà, per i reati commessi in danno di disabili²⁴, da considerarsi speciale rispetto a quella generale prevista dall'art. 61 n. 5 c.p. (approfittamento di circostanze di persona tali da ostacolare la pubblica o la privata difesa). Se – come prevedeva il disegno di legge Zan – venisse estesa ai reati commessi in danno dei disabili l'aggravante di cui all'art. 604 ter c.p., che da un lato prevede un aumento di pena fino alla metà, dall'altro non è bilanciabile con le attenuanti, da un punto di vista tecnico-giuridico ci troveremmo di fronte a qualche problema di coordinamento.

Ma non è questo il punto nodo centrale. Il problema che piuttosto si pone attiene alla disparità di trattamento che verrebbe a crearsi rispetto a reati commessi in danno di persone offese che non rientrano nella categoria dei disabili in senso stretto ma sono di fatto ancora più vulnerabili, per i motivi più disparati: l'obesità abnorme, il volto sfregiato o butterato, una statura eccessivamente alta o eccessivamente bassa (pur non sfociante nel nanismo), una grave balbuzie, e così via. Condizioni non tutte transeunti (si può dimagrire, non ci si può allungare o abbassare) e che possono cagionare a chi è oggetto di scherno una sofferenza ben maggiore di quella inflitta a chi ha una lieve handicap. Perché allora punire le due condotte in modo differenziato, applicando ad una un'aggravante e all'altra no, oppure punendo una e non un'altra?

Queste difficoltà inducono ad una conclusione: non tutti i comportamenti di odio o discriminatori si attagliano a tutti i moventi e, nello sforzo di catalogare razionalmente i motivi criminosi che meritano di essere più severamente repressi, si rischia sempre di lasciarne fuori qualcuno²⁵. Si pone allora l'interrogativo se proposte di legge come quella Zan e altre analoghe non conducano ad un eccesso di particolarizzazione, con il rischio che alla fine, a furia di ampliare la sfera di applicazione dei delitti contro l'eguaglianza, si puniscano più gravemente condotte meno gravi. Sarebbe paradossale che norme introdotte per assicurare un trattamento sanzionatorio proporzionato alla situazione di vulnerabilità delle vittime finiscano per produrre l'effetto opposto.

Meglio sarebbe allora rivedere radicalmente la sfera di applicazione dei delitti contro l'eguaglianza, facendone un baluardo per tutte le discriminazioni, un po' sulla falsariga dell'ordinamento tedesco, dove nel codice penale (§ 130) è punito chi istiga all'odio o alla violenza contro elementi della

²⁴ "Per i reati di cui agli articoli 519, 520, 521, 522, 523, 527 e 628 del codice penale, nonché per i delitti non colposi contro la persona, di cui al titolo XII del libro II del codice penale, e per i reati di cui alla legge 20 febbraio 1958, n. 75, qualora l'offeso sia una persona handicappata la pena è aumentata da un terzo alla metà".

²⁵ Per l'art. 225, comma 1, del codice penale francese "Costituisce discriminazione qualsiasi distinzione operata tra persone fisiche sulla base della loro origine, del loro sesso, del loro stato civile, della loro gravidanza, del loro aspetto fisico, della loro particolare vulnerabilità derivante dalla loro situazione economica, apparente o nota, del loro cognome, del luogo di residenza, dello stato di salute, della perdita di autonomia, di un handicap, delle caratteristiche genetiche, dei costumi, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere, dell'età, delle opinioni politiche, dell'attività sindacale, della capacità di esprimersi in una lingua diversa dal francese, della propria appartenenza o meno, reale o presunta, a un gruppo etnico o a una nazionalità, a una cosiddetta razza o a una determinata religione".

popolazione, rimettendo al giudice di valutare se nel caso concreto la persona offesa sia stata colpita per la sua identità o per ciò che rappresenta.

De iure condito, per ovviare almeno in parte al ristretto perimetro delle disposizioni, in passato in giurisprudenza si è proposta una ardita lettura estensiva dell'aggravante speciale prevista dall'art. 604 ter c.p., valorizzando la disgiuntiva "o": essa dovrebbe applicarsi ai reati commessi per finalità di discriminazione di qualsiasi natura (e quindi anche ai reati sorretti da pregiudizio nei confronti degli omosessuali), mentre il riferimento al movente etnico, nazionale, razziale o religioso varrebbe solo per i reati commessi con finalità d'odio²⁶. È una esegesi che forza il dato letterale e conduce ad una analogia *in malam partem*, ma è segno del malessere di chi è chiamato nelle aule giudiziarie a calare le norme nelle situazioni reali.

²⁶ Ordinanza del Tribunale di Trieste del 2 dicembre 2011, in <http://www.articolo29.it>