

LA TUTELA PENALE DELL'IDENTITÀ SESSUALE NELLE «DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CONTRASTO DELL'OMOFOBIA E DELLA TRANSFOBIA»

SOMMARIO: 1. La proposta in esame. – 2. La nozione di identità sessuale. – 3. Orientamento sessuale e teoria del *gender*. – 4. Omofobia e principio di determinatezza. – 5. Relativismo etico e principio di laicità. – 6. Identità sessuale e diritti umani. – 7. La legge contro l'omofobia e il diritto penale simbolico. – 8. I beni giuridici tutelati. – 9. La c.d. clausola di salvaguardia. – 10. Conclusioni.

1. Da diversi anni si discute in Parlamento dell'opportunità di introdurre norme penali a tutela delle persone omosessuali e transessuali, allo scopo di contrastare le violenze e le discriminazioni a loro danno¹. L'ultimo atto di questa tormentata vicenda, ma certamente non il definitivo, è rappresentato dalle «Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia»², approvate in prima lettura dalla Camera dei Deputati al termine di una laboriosa mediazione tra la maggioranza governativa e parte dell'opposizione, e successivamente riposte nei cassetti della Commissione giustizia del Senato a seguito del cambiamento degli equilibri politici.

La proposta di legge interviene innanzitutto sull'art. 3, l. 13 ottobre 1975, n. 654 (da ora, legge Reale³), aggiungendo ai motivi che rendono punibili una serie di condotte violente o discriminatorie quelli fondati sull'o-

1 Un'analisi dettagliata delle diverse proposte legislative in E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 28 ss.

2 CAMERA DEI DEPUTATI, *Disegno di Legge C. 245, testo unificato con C. 280 e C. 1071*, 19 settembre 2013, incardinato presso il Senato con la numerazione S. 1052. La documentazione sui lavori preparatori che si citerà è disponibile sui siti istituzionali www.camera.it e www.senato.it.

3 Tale attribuzione, benché invalsa nel recente dibattito parlamentare e scientifico, forse non è del tutto meritata: la l. 13 ottobre 1975, n. 654, fu in effetti approvata quando l'on. Oronzo Reale ricopriva la carica di ministro della Giustizia, ma il corrispondente disegno di legge era stato presentato nel 1972 dai ministri Medici, Rumor, Gonella e Malagodi, ed ebbe come relatori gli on. Marchetti e Albertini. Inoltre, non va dimenticata la più nota «legge Reale», ossia la l. 22 maggio 1975,

mofobia o sulla transfobia; poi, sull'ambito applicativo della circostanza aggravante prevista dall'art. 3, d. l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con l. 25 giugno 1993, n. 205 (da ora, legge Mancino).

Mentre il reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale o etnico resterebbe inalterato, la riscrittura delle altre fattispecie consentirebbe di incriminare: chi istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi *o fondati sull'omofobia o sulla transfobia* [art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale]; chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi *o fondati sull'omofobia o sulla transfobia* [art. 3, comma 1, lett. b), l. Reale]; chi promuove o dirige organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi *o fondati sull'omofobia o sulla transfobia*, ovvero chi partecipa a tali compagini, o ancora chi presta assistenza alla loro attività [art. 3, comma 3, l. Reale]; chi, in pubbliche riunioni, compie manifestazioni esteriori o ostenta emblemi o simboli propri o usuali delle suddette compagini [art. 2, comma 1, l. Mancino]; chi accede a una competizione agonistica con tali emblemi o simboli [art. 2, comma 2, l. Mancino].

Escludendo la commissione di atti di violenza, i fatti previsti dalla l. Reale non sono punibili ad altro titolo. Di conseguenza, l'introduzione dei motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia determinerebbe numerose nuove incriminazioni: è il caso della commissione di atti discriminatori⁴; delle ipotesi di istigazione alla commissione di atti discriminatori, di istigazione alla violenza e di provocazione alla violenza, che costituiscono una deroga all'115 c.p.⁵; delle condotte partecipative alle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i loro scopi l'incitamento alla discriminazione e alla violenza, laddove non si ritenga configurabile l'art.

n. 152 (cfr. per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 926).

4 Cfr. § 8.

5 Così, tra gli altri, G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1*, in *Leg. pen.*, 1994, 186 e 188 (con spunti problematici sull'istigazione alla commissione di atti discriminatori); C.D. LEOTTA, *Razzismo*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento *****, L-Z, Torino, 2008, 867 e 871; con toni spiccatamente critici, L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 17; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, 105-106.

416 c.p.⁶; infine, dei reati relativi alle manifestazioni esteriori, ai simboli e agli emblemi di tali compagini associative.

La proposta in esame modifica anche la c.d. aggravante della discriminazione prevista dalla l. Mancino, rendendola applicabile a tutti i reati «punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso *o fondata[e] sull'omofobia o sulla transfobia*⁷, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità».

In questo caso la proposta di legge, pur non ampliando il novero delle incriminazioni, inasprirebbe sensibilmente il carico sanzionatorio dei reati motivati dall'omofobia o dalla transfobia, perché l'aggravante della discriminazione comporta: a) un aumento della pena fino alla metà, sottratto all'ordinario giudizio di bilanciamento *ex art.* 69 c.p.; b) la procedibilità d'ufficio, e non più su querela [art. 6, comma 1, l. Mancino]; c) la competenza del Tribunale, in composizione collegiale [art. 6, comma 3, l. Mancino; art. 33-*bis*, c.p.p.]⁸; d) l'instaurazione del rito direttissimo, anche al di fuori dei casi previsti dagli artt. 449 ss. c.p.p. [art. 6, comma 5,

6 In merito, G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1, cit.*, 188 ss.; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 872. Parte della dottrina teme che il riferimento ai movimenti e ai gruppi consenta di criminalizzare il mero accordo, ancora una volta in deroga all'art. 115 c.p.: così, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 191; L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, in F. C. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1037-1038; E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura della fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, 107 ss., 113 ss., il quale dubita che le affermazioni di principio della giurisprudenza (ad esempio quella secondo cui «un'interpretazione costituzionalmente corretta deve prevedere, e pretendere, un minimo di struttura stabile»: Corte app. Venezia, 2 maggio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 2198) trovino riscontro nella prassi.

7 La modifica dell'aggravante è stata frettolosamente approvata in assemblea (emendamento 1.61, Verini e altri), senza accorgersi che la formula «fondata[e] sull'omofobia o sulla transfobia» si adatta ai «motivi» di cui all'art. 3, l. Reale, ma non alle «finalità» di cui all'art. 3, l. Mancino.

8 Sicché la competenza per alcuni reati, ad esempio la diffamazione (art. 595, comma 1, c.p.) o la minaccia (art. 612, comma 1, c.p.) commesse per finalità fondate sull'omofobia o la transfobia, passerebbe dal Giudice di pace al Tribunale, con tutto ciò che ne consegue sul piano dei meccanismi conciliativi, estintivi, ecc. Il Tribunale collegiale è competente anche per i reati previsti dall'art. 3, l. Reale.

l. Mancino]⁹; senza dimenticare che i reati aggravati ai sensi dell'art. 3, l. Mancino sono stati esclusi dall'ultimo provvedimento di indulto¹⁰.

Per placare i timori di quei partiti politici che paventavano un'eccessiva compressione della libertà di manifestazione del pensiero, e in particolare la criminalizzazione delle opinioni più vicine al Magistero cattolico¹¹, la proposta in esame ha apposto in chiusura dell'art. 3, l. Reale una clausola di salvaguardia secondo la quale ai «sensi della presente legge» – letteralmente, ai sensi della sola l. Reale, e non anche della l. Mancino – «non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni».

Il compromesso politico al quale si accennava all'inizio ha portato ad altre modifiche dell'impianto originario¹²: si è così rinunciato a estendere la portata del reato che si pone maggiormente in tensione con la libertà di espressione, e cioè la propaganda di «idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico»¹³; si è lasciato inalterato il trattamento sanzionatorio

9 Sulle disposizioni speciali in tema di giudizio direttissimo atipico, perquisizioni, sequestro e confisca previste per i reati aggravati dall'art. 3, l. Mancino e per quelli previsti dall'art. 3, comma 1, lett. b) e comma 3, l. Reale, cfr. C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 882 ss.; G. PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Arch. pen.- Rivista web*, 3/2014, 23 ss.; volendo, G. GENTILE, *Criminalità politica*, in R. Tartaglia (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri*, Roma, 2012, 512 ss.

10 Ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. e), l. 31 luglio 2006, n. 241, l'indulto non si applica «per i reati per i quali ricorre» l'aggravante in esame. Tra l'altro, Cass., sez. V, 16 ottobre 2008, n. 41266, Tomboli, pretendendo di evidenziare il «contenuto sostanziale» della disposizione citata (ma con esiti che sconfinano nell'analogia *in malam partem*), ha affermato che essa «non si riferisce esclusivamente all'avvenuta formale contestazione ed operatività dell'aggravante in relazione a reati comuni», ma anche ai reati puniti dall'art. 3, l. Reale. In mancanza di precisazioni, le sentenze della Cassazione sono reperite su www.italgiure.giustizia.it.

11 Sul quale cfr. § 5.

12 Oltre alla *Proposta di legge n. 245*, Scalfarotto e altri, 15 marzo 2013, cfr. anche la *Proposta C. 280*, Fiano e altri, 15 marzo 2013. Di diversa impostazione, invece, la *Proposta C. 1071*, Brunetta e altri, 28 maggio 2013, che si limitava a introdurre una nuova circostanza aggravante comune.

13 Analoga prudenza mostrò la l. Mancino quando, riscrivendo il previgente art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale, si limitò ad aggiungere alla superiorità e all'odio razziale solamente quello etnico, e non anche quello religioso o nazionale [si sof-

previsto dall'art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale¹⁴ e dall'art. 3, l. Mancino¹⁵; si è preferito parlare di motivi «fondati sull'omofobia o sulla transfobia» piuttosto che di reati «motivati dall'identità sessuale della vittima».

Se è trasparente l'istanza sottesa alle prime due opzioni, e cioè contenere il rigore della proposta di legge, la terza rinvia ad alcune nozioni sui temi della sessualità che non sono di immediata comprensione, e pertanto richiedono di essere esaminate più da vicino.

2. Nella sua formulazione originaria, la proposta in esame si incentrava sul costrutto «identità sessuale», oggetto per esigenze di determinatezza di una specifica norma definitoria¹⁶. In questa prospettiva, l'identità sessuale comprendeva «l'insieme, l'interazione o ciascuna delle seguenti compo-

ferma criticamente su questa opzione, G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1, cit.*, 179-180], senza considerare che, ai sensi dell'art. 2, comma 5, l. 8 marzo 1989, n. 101, il «disposto dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si intende riferito anche alle manifestazioni di intolleranza e pregiudizio religioso» [anche se inserita in una legge che regola i rapporti tra Stato e Comunità ebraiche, riconosce a tale disposizione portata generale, G. CASUSCELLI, *Il diritto penale*, in G. Casuscelli (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Torino, 2015, 398 nota 91].

14 L'attuale quadro sanzionatorio prevede la reclusione fino a un 1 anno e 6 mesi, o in alternativa la multa fino a 6.000 euro. Nella Proposta Scalfarotto si eliminava l'alternativa della pena pecuniaria e si introduceva la pena accessoria dell'obbligo di prestare un'attività non retribuita in favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, da scontarsi dopo l'espiazione della pena detentiva; in quella Fiano alla reclusione fino a 3 anni si affiancava in alternativa la pena del lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi.

15 Mentre nella disciplina attuale l'aggravante in esame non può soccombere o essere dichiarata equivalente alle circostanze attenuanti diverse da quella prevista dall'art. 98 c.p., e le diminuzioni di pena «operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante», nella *Proposta C. 245* si introduceva un automatismo sanzionatorio che, alla luce della giurisprudenza costituzionale (cfr. ad esempio Corte cost., 18 aprile 2014, n. 105 e n. 106, in *Giur. cost.*, 2014, 1849 ss., con nota di C. BERNASCONI), sarebbe stato di dubbia legittimità: «La circostanza aggravante prevista dal comma 1 è sempre considerata prevalente sulle ritenute circostanze attenuanti, ai fini del bilanciamento di cui all'articolo 69 del codice penale».

16 Nel corso della XVI Legislatura proposte affini a quella in esame sono naufragate a causa di pregiudiziali di costituzionalità fondate, tra l'altro, sulla scarsa determinatezza del sintagma «orientamento sessuale»: sull'infondatezza teorica e sul carattere strumentale di tali obiezioni, cfr. E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1393 ss. Più in generale, in tema di definizioni legislative, cfr. per tutti P. SIRACUSANO, *Principio di precisione e definizioni legislative di parte speciale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di),

nenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale»¹⁷. A sua volta, per identità di genere si intendeva «la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico»; per ruolo di genere, «qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna»; per orientamento sessuale, «l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi»¹⁸.

Tale definizione riprendeva un paradigma proposto in ambito socio-psicologico¹⁹, anche se l'erroneo riferimento a «ciascuna» delle componenti dell'identità sessuale tradiva un profilo essenziale del modello teorico di riferimento, ossia la multifattorialità²⁰. A prescindere da questa svista, l'aspirante

Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale, Milano, 2006, 740 ss., e qui altri rinvii.

- 17 Così l'art. 1 della *Proposta C. 245*, Scalfarotto e altri, cit., 5. Nell'art. 2 della *Proposta C. 280*, Fiano e altri, cit., 4, si parlava invece di «discriminazioni motivate dall'identità di genere, dall'orientamento sessuale o dalla disabilità delle persone». Ancora più comprensiva la formulazione dell'art. 1 della *Proposta C. 1071*, Brunetta e altri, cit., 3, che richiamava tutti i motivi di discriminazione menzionati dall'art. 10 del *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, ossia il «sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».
- 18 Anche se non lo qualificava espressamente, la definizione alludeva plausibilmente al sesso biologico. Forzando il dato testuale, l'alternativa sarebbe data dal sesso psicologico (ciò che nel lessico della definizione in esame è l'identità di genere): in quest'ottica sarebbe omosessuale chi, biologicamente donna, si percepisca di genere maschile e sia attratto da uomini che a loro volta si identificano nel genere maschile (su questa nozione medico-psicologica di orientamento sessuale, F. BILOTTA, *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv. – sez. civile, Aggiornamento ******, Torino, 2013, 735). La nozione di orientamento sessuale, e il suo referente, resta però discussa: sul tema, ampiamente E. STEIN, *The Mismeasure of Desire: The Science, Theory, and Ethics of Sexual Orientation*, Oxford-New York, 1999, 39 ss.; S.M. VAN ANDERS, *Beyond Sexual Orientation: Integrating Gender/Sex and Diverse Sexualities via Sexual Configurations Theory*, in *Arch. Sex Behav.*, 2015, 1177 ss.
- 19 Cfr. tra gli altri M. G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components of Sexual Identity*, in *J. Homosexuality*, 1977, 41 ss.; J. BALDARO VERDE, R. NAPPI, *Donne nuove. L'universo femminile nel terzo millennio*, Milano, 2002, 23 ss.; A.I. LEV, *Transgender Emergence: Therapeutic Guidelines for Working with Gender-Variant People and their Family*, New York-London, 2004, 79 ss. Nella dottrina giuridica, F. BILOTTA, *Transessualismo*, cit., 735.
- 20 L'identità sessuale è multifattoriale, in essa confluiscono componenti biologiche, psicologiche e sociali; evolutiva, in quanto non si costituisce al momento della nascita; dinamica, perché può andare in crisi e ristrutturarsi su nuove basi: per tutti, J. BALDARO VERDE, R. NAPPI, *Donne nuove*, cit., 23 ss.

legislatore si riferiva a concetti che, seppure con variazioni terminologiche²¹, appartengono al patrimonio comune delle scienze mediche e sociali.

La prima componente dell'identità sessuale, quella del sesso biologico, è apparentemente la meno problematica, perché è legata a fattori oggettivi quali il corredo cromosomico (46, XX per le donne/46, XY per gli uomini), le gonadi (ovaie per le donne/testicoli per gli uomini), l'attività ormonale (estrogeni per le donne/androgeni per gli uomini), gli organi genitali (utero e vagina per le donne/testicoli e pene per gli uomini)²².

Sennonché, ognuno di questi fattori può assumere forme atipiche, ossia non immediatamente riconducibili alla dicotomia uomo/donna. Si parla in questi casi di Disordini della Differenziazione Sessuale (dall'inglese *Disorders of Sex Development*, in acronimo DSD)²³, anche se da più parti si invita a sostituire il termine «disordini» con «differenze», oppure a parlare di intersessualità²⁴. Vanno ricordati, a tal riguardo, l'iperplasia surrenale congenita e la sindrome di Morris, dove gli squilibri a livello ormonale determinano la discordanza tra cromosomi e genitali (nel primo caso, virilizzazione dei genitali nelle persone con corredo 46, XX; nel secondo, caratteri sessuali femminili nelle persone con corredo 46, XY); o ancora le sindromi di Klinefelter e di Turner, nelle quali il peculiare corredo cromosomico (uomini con corredo 47, XXY nel primo caso; donne con corredo

21 Cfr. ad esempio K. ZUCKER, *Il disturbo dell'Identità di Genere in età evolutiva*, in P. Valerio, R. Vitelli, R. Romeo e P. Fazzari (a cura di), *Figure dell'identità di genere. Uno sguardo tra psicologia, clinica e discorso sociale*, Milano, 2013, 18, il quale inquadra identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale nel paradigma «differenziazione psico-sessuale».

22 Sul punto, con ulteriori classificazioni, M. G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components*, cit., 42-43; J. BALDARO VERDE, R. NAPPI, *Donne nuove*, cit., 20 ss.; L. PALAZZANI, *Sex/gender: gli equivoci dell'uguaglianza*, Torino, 2011, 100-101; P. BAIMA BOLLONE, *Medicina legale*, Torino, 2013, 637 ss.

23 Tale dizione è stata adottata a seguito di un importante convegno internazionale tenutosi a Chicago nel 2006, sostituendo le precedenti «*intersex*», «*hermaphroditism*», «*pseudohermaphroditism*», ecc., ritenute scientificamente imprecise e dispregiative per i pazienti: si veda P. A. LEE, C.P. HOUK, S.F. AHMED, A. HUGHES, *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*, in *Pediatrics*, 2006, 488 ss.

24 Cfr. ad esempio M. DIAMOND, *Human Intersexuality: Difference or Disorder?*, in *Arch. Sex. Behav.*, 2009, 172; F. DICÉ, M. AURICCHIO, I. PARISI, M. SALERNO, F. SANTAMARIA, P. VALERIO, *Disorders of sex development: the Frontiers in a Scientific, Bioethical and Social Debate*, in AA. VV., *Bioethical Issues by the Interuniversity Center for Bioethics Research*, Napoli, 2013, 183-184; M. BALOCCHI, *The Medicalization of Intersexuality and the Sex/Gender Binary System: a Look on the Italian Case*, in *LESONline*, 2014, 66-67.

45, X nel secondo) si riflette sulla funzionalità dei genitali, sui caratteri sessuali secondari, sulla *libido*, sulla fertilità, ecc.

Il trattamento medico delle differenze dello sviluppo sessuale, e soprattutto le procedure di assegnazione del sesso ai neonati attraverso l'adeguamento chirurgico del sesso anatomico ambiguo a quello cromosomico o ormonale²⁵, sollevano delicatissime questioni bioetiche sulle quali non è possibile soffermarsi²⁶.

In questa sede bisogna almeno segnalare che l'inquadramento degli stati intersessuali nell'ICD-10 (*International Classification of Diseases*), la classificazione delle malattie stilata dall'Organizzazione mondiale della sanità²⁷, non è pacifico: lungi dal costituire un'anomalia dello sviluppo sessuale, gli intersessuali metterebbero in discussione «la forza descrittiva delle categorie sessuali disponibili», e più precisamente la «descrizione dei corpi in termini di sesso binario»²⁸; la normalizzazione medico-chirurgica di tali condizioni risponderebbe più alla necessità culturale di mantenere ferma la differenza tra i due sessi che a reali esigenze terapeutiche²⁹; infine, non ci sarebbero dati empirici sull'effettiva utilità degli interventi correttivi³⁰, né sarebbe adeguatamente valorizzato il sostegno psicologico al pa-

25 Riferisce M. P. FAGGIONI, *Gli stati intersessuali*, in AA., VV., *Dalla parte della vita*, II, *Itinerari di bioetica* ~ 2, Torino, 2008, 369-370 che nei neonati con corredo 46, XX si adegua il sesso anatomico a quello cromosomico, mentre in quelli con corredo XY affetti da sindrome di Morris (che comporta l'insensibilità agli androgeni) si preferisce tener conto del sesso ormonale.

26 Per un primo approccio, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, 25 febbraio 2010, in www.governo.it.

27 Nella quale gli stati intersessuali sono collocati, a seconda dei casi, tra i Disturbi endocrini, nutrizionali e metabolici, tra le Malformazioni congenite, deformazioni e anomalie cromosomiche, o ancora tra le Anomalie cromosomiche non altrimenti classificate.

28 J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York, London, 1999, 139 (trad. it., *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Roma-Bari, 2013). Sugli stretti rapporti tra la logica del binarismo sessuale e la convinzione «che ciò che conta principalmente nel sesso è la riproduzione», si veda G.G. BOLICH, *Crossdressing in Contest. Dress, Gender, Transgender and Crossdressing*, 1, *Dress & Gender*, Raleigh, 2006, 112-113.

29 A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body. Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, 2000, 58 ss., 77 ss. Per una classificazione degli interventi di chirurgia genitale a seconda della finalità perseguita (salvare la vita, migliorarne la qualità, eliminare un difetto estetico), cfr. S. J. KESSLER, *Lessons from the Intersexed*, New Brunswick, New Jersey, 1998, 34.

30 Cfr. S. J. KESSLER, *Lessons*, cit., 53 ss.

ziente precocemente operato³¹, il quale diventando adulto potrebbe anche non riconoscersi nel sesso assegnatogli³².

La problematica dell'intersessualità, si è detto, è solo «la punta di un iceberg bioculturale – l'iceberg del *gender* – che continua a turbare sia la medicina sia la cultura in generale»³³.

La nozione di *gender*/genere è stata introdotta nel dibattito scientifico in contrapposizione a quella di sesso, declinando la seconda in chiave biologica, e connotando la prima in termini psicologico-culturali: da qui le affermazioni che mentre «i termini appropriati per il sesso sono 'maschio' e 'femmina', i termini corrispondenti per il genere sono 'maschile' e 'femminile'»; che l'identità di genere può «essere totalmente indipendente dal sesso (biologico)»; che tale costrutto riguarda la percezione, conscia o inconscia, di appartenere a un sesso e non a un altro, e può aversi una rappresentazione di sé «non solo come uomo, ma anche come uomo maschile, uomo effeminato, o persino come uomo che vagheggia di essere donna»³⁴.

31 In merito, A. D. DREGER, *Ambiguous Sex – or Ambivalent Medicine? Ethical Issues in the Treatment of Intersexuality*, in *Hast. Cent. Rep.*, May-June 1998, 30 ss.

32 A. TAMAR-MATTIS, *Exceptions to the Rule: Curing the Law's Failure to Protect Intersex Infants*, in *Berkeley J. Gender L. & Just.*, 2006, 60 ss., 68 ss., al quale si rinvia anche per l'approfondimento delle altre critiche accennate nel testo. Cita-tissimo, anche se non si tratta di intersessualità, il caso di Bruce Reimer: evirato per errore alla nascita durante un intervento di circoncisione, egli fu cresciuto e educato come «Brenda» a seguito di trattamenti chirurgici e ormonali funzionali a modellare il corpo in direzione femminile; Bruce manifestò grave disagio nei confronti del genere assegnatogli, e a 14 anni decise di sottoporsi a interventi di mascolinizzazione, assumendo il nome di David; purtroppo le sue sofferenze lo portarono al suicidio. Su questa tragica vicenda, cfr. per tutti A. FAUSTO-STERLING, *Sexing*, cit., 66 ss.; J. BUTLER, *Undoing Gender*, New York, 2004, 58 ss. (trad. it., *Fare e disfare il genere*, Milano, Udine, 2014).

33 A. FAUSTO-STERLING, *The Five Sexes, Revisited*, in *The Sciences*, July/August 2000, 19.

34 R. J. STOLLER, *Sex and Gender. The Development of Masculinity and Femininity*, London, 1968, 9-10. Per contestualizzare l'importante opera di Stoller, cfr. R. VITELLI, *Transessualismo e identità di genere. L'opera di Robert J. Stoller*, in P. Valerio, M. Bottone, R. Galliani e R. Vitelli (a cura di), *Il transessualismo. Saggi psicoanalitici*, Milano, 2001, 29 ss. In precedenza, J. MONEY, *Hermaphroditism, Gender and Precocity in Hyperadrenocorticism: Psychologic Findings*, in *Bull. Johns Hopkins Hosp.*, June 1955, 254, aveva elaborato un concetto di «ruolo di genere» (*gender role*) sganciato dal dato biologico, e comprensivo di «tutto ciò che una persona dice o fa per mostrare di avere lo *status* di ragazzo o di uomo o, rispettivamente, di ragazza o di donna» (sul punto, cfr. da ultimo T. GOLDIE, *The Man who Invented Gender. Engaging the Ideas of John Money*, Vancouver, 2014, 39 ss.). Sulla successiva emersione dei costrutti «identità di genere», «ruolo di genere» e «orientamento sessuale», si veda K.J. ZUCKER, S.J. BRADLEY, *Gender*

All'identità di genere si lega la questione del transessualismo, ossia la condizione di chi, identificandosi in un genere diverso da quello legato al sesso biologico, intraprende un lungo e impegnativo percorso volto ad adeguare il proprio aspetto fisico e il proprio sesso anatomico al genere percepito. Nell'ICD-10, il transessualismo rientra tra i Disturbi dell'identità di genere, mentre l'ultima versione del sistema nosografico delle malattie mentali elaborato dall'*American Psychiatric Association*, il DSM-5 (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), ha introdotto un sintagma meno connotato in chiave patologica, ossia quello di Disforia di genere³⁵.

Non tutti però concordano con tali classificazioni³⁶: l'etichetta di malattia mentale non sarebbe meritata³⁷, e la sofferenza provata dalle persone transessuali dipenderebbe non tanto dalla loro condizione interiore, quanto dalla suddetta etichetta³⁸, nonché dallo «stigma espresso a livello sociale nei confronti di coloro che vengono a porsi al di là del binarismo sessuale»³⁹.

Identity Disorder and Psychosexual Problems in Children and Adolescents, New York, 1995, 2 ss. e qui altri riferimenti.

- 35 Su queste tematiche, J. DRESCHER, *Gender Identity Diagnoses: History and Controversies*, in B.P.C. Kreukels, T.D. Steensma, A.L.C. de Vries (a cura di), *Gender Dysphoria and Disorders of Sex Development: Progress in Care and Knowledge*, New York, 2014, 141 ss; tra i giuristi, A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2014, 50, ss., 88 ss., 218 ss.
- 36 Un equilibrato quadro di sintesi del dibattito in F.J. SÁNCHEZ, E. VILAIN, *Transgender Identities: Research and Controversies*, in C.J. Patterson, A.R.D'Augelli (a cura di), *Handbook of Psychology and Sexual Orientation*, Oxford, 2013, 46-47.
- 37 P. MARCASCIANO, *Lo sguardo delle associazioni sulla questione transessuale*, in P. Valerio, R. Vitelli, R. Romeo e P. Fazzari (a cura di), *Figure*, cit., 79 ss. Per una serrata critica ai criteri diagnostici menzionati nel DSM-IV, sostanzialmente ripresi nell'edizione successiva, cfr. J. BUTLER, *Undoing*, cit., 75 ss., 93 ss.; P.T. COHEN-KETTENIS, F. PFAFFLIN, *The DSM Diagnostic Criteria for Gender Identity Disorder in Adolescents and Adults*, in *Arch. Sex. Behav.*, 2010, 500 ss., e qui altri riferimenti.
- 38 A. AULT, S. BRZUZY, *Removing Gender Identity Disorder from the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: A Call for Action*, in *Social Work*, 2009, 187-188.
- 39 Così, problematicamente, R. VITELLI, P. VALERIO, R. ROMEO, P. FAZZARI, *Introduzione*, in P. Valerio, R. Vitelli, R. Romeo e P. Fazzari (a cura di), *Figure*, cit., 10. Stimolante il dibattito tra S.J. LANGER, J.I. MARTIN, *How Dresses Can Make You Mentally Ill: Examining Gender Identity Disorder in Children*, in *Child Ad. Soc Work J.*, 2004, 11-12, che rimproverano al DSM (-IV) di non distinguere la sofferenza che è la conseguenza di una patologia da quella socialmente indotta, e K.J. ZUCKER, *Commentary on Langer and Martin's (2004) "How Dresses Can Make You Mentally Ill: Examining Gender Identity Disorder in Children"*, in *Child Ad.*

Da parte sua, il Parlamento europeo ha auspicato «la depsiichiatrizzazione del percorso transessuale e transgenere, la libera scelta del personale di cura, la semplificazione del cambiamento d'identità e una copertura da parte della previdenza sociale», invitando al contempo «l'Organizzazione mondiale della sanità a depennare i disturbi dell'identità di genere dall'elenco dei disturbi mentali e comportamentali e a garantire una riclassificazione non patologizzante in sede di negoziati relativi all'undicesima versione della classificazione internazionale delle malattie (ICD-11)»⁴⁰.

Tali istanze intendono promuovere un processo analogo a quello che, sul finire del secolo scorso, portò all'esclusione dell'omosessualità dalle patologie elencate nel DSM e nell'ICD, auspicando per le persone transessuali una svolta paragonabile a quella che si ebbe per i diritti delle persone omosessuali nel momento in cui il sapere medico cessò di legittimare le pratiche discriminatorie a loro danno⁴¹.

Non va dimenticato, però, che il parallelismo tra omosessualità e transessualismo è valido fino a un certo punto, perché la prima chiama in causa, a differenza del secondo, l'orientamento sessuale, ossia quel costruito

Soc Work J., 2006, 543, secondo il quale la suddetta distinzione «potrebbe semplicemente essere una dicotomia falsa».

40 *Risoluzione del Parlamento europeo del 28 settembre 2011 sui diritti umani, l'orientamento sessuale e l'identità di genere nel quadro delle Nazioni Unite.*

41 Sul punto, J. DRESCHER, *Queer Diagnoses: Parallels and Contrasts in the History of Homosexuality, Gender Variance, and the Diagnostic and Statistical Manual*, in *Arch. Sex. Behav.*, 2010, 428 ss., 443 ss. L'omosessualità è stata definitivamente rimossa dalle categorie diagnostiche del DSM nel 1987 (DSM-III-R), dopo essere stata classificata prima tra i disturbi sociopatici della personalità (DSM-I, 1952), poi tra le deviazioni sessuali (DSM-II, 1968), e infine come categoria a sé stante nell'ipotesi dell'omosessualità egodistonica, ossia non accettata dall'Io (DSM-III, 1980). Quest'ultima era contemplata anche nell'ICD-9 nelle due forme del Disturbo di conflitto omosessuale e del Lesbismo egodistonico, ma l'attuale classificazione ICD-10, pubblicata nel 1990, parla in generale di Orientamento sessuale egodistonico, comprensivo pertanto sia della propensione omosessuale, sia di quella eterosessuale. La permanenza di tale categoria nell'ICD-11, atteso per il 2017, è però discussa: ne hanno proposto l'eliminazione S.D. COCHRAN, J. DRESCHER, E. KISMÖDI, A. GIAMI, C. GARCÍA-MORENO, E. ATALLA, A. MARAIS, E. MELONI VIEIRAH, G.M. REED, *Proposed Declassification of Disease Categories related to Sexual Orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)*, in *Bull. World Health Organ.*, 2014, 672 ss. Per approfondire il contesto storico della depatologizzazione dell'omosessualità, cfr. R. BAYER, *Homosexuality and American Psychiatry: The Politics of Diagnosis*, Princeton, 1987, 38 ss., 67 ss., 101 ss.; H.S. DECKER, *The Making of DSM-III: A Diagnostic Manual's Conquest of American Psychiatry*, Oxford, 2013, 31 ss., 149 ss., 208 ss.

che attiene all'«oggetto verso cui è rivolta l'attrazione erotica (maschi, femmine o entrambi)»⁴². Inoltre, la depatologizzazione dell'omosessualità «determinò una 'cura' liberatoria e immediata per i membri della comunità gay», mentre l'esclusione del transessualismo dal novero delle malattie rischia secondo alcuni di essere controproducente, essendo la diagnosi di disforia di genere necessaria per l'accesso gratuito agli interventi di transizione verso l'altro sesso⁴³.

L'ultima componente dell'identità sessuale è il ruolo di genere, che denota l'insieme dei «comportamenti, delle attitudini e dei tratti della personalità che la società, in un dato momento storico e culturale, designa come maschili o femminili – in altri termini come più 'appropriati' al o tipici del ruolo sociale maschile o femminile»⁴⁴.

La formazione del ruolo di genere avviene nella prima infanzia, durante la quale si apprendono quelle aspettative sociali secondo le quali i gesti, i tratti caratteriali, l'inflessione della voce, il vocabolario, gli interessi, i mestieri, ecc. andrebbero distinti in maschili e femminili e dovrebbero tendenzialmente corrispondere al sesso biologico⁴⁵.

Può anche accadere che la percezione di sé conforme al proprio sesso biologico si accompagni ad atteggiamenti esteriori tradizionalmente asso-

42 V. LINGIARDI, *La personalità e i suoi disturbi. Un'introduzione*, Milano, 2010, 93.

43 J. DRESCHER, *Queer Diagnoses*, cit., 446, al quale si rinvia anche per l'analisi degli altri profili differenziali tra omosessualità e transessualismo. Invita a riflettere sul binomio gratuità delle cure/malattia anche A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 221, osservando che lo Stato garantisce la copertura integrale delle spese per interrompere volontariamente la gravidanza, e allo stesso tempo nessuno «potrebbe ipotizzare un inquadramento dello stato di gravidanza quale malattia». L'esempio non è però conferente, perché nel nostro sistema la gratuità delle procedure di interruzione della gravidanza si spiega alla luce della loro *ratio*, quella di tutelare la salute fisica e psichica della madre: per tutti, M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978*, n. 194, Padova, 1992, 261 ss.; cfr. anche L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 128 ss., 133 ss., che evidenzia il divario tra le motivazioni assiologiche della legislazione italiana e la sua applicazione pratica; per una sintesi del dibattito filosofico sul tema, volendo, G. GENTILE, *Siamo uomini o persone? Critica alla teoria dell'«aborto post-nascita»*, in *Bioetica*, 2013, 650 ss.

44 K.J. ZUCKER, S.J. BRADLEY, *Gender Identity Disorder*, cit., 3, i quali però danno conto di quelle impostazioni che collegano il ruolo di genere a variabili biologiche, negandone la dimensione esclusivamente culturale. Secondo una nota definizione di J. MONEY, A. A. EHRHARDT, *Man & Woman, Boy & Girl: the Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, Baltimore, 1972, 4, il ruolo di genere è appunto l'«espressione pubblica dell'identità di genere».

45 M. G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components*, cit., 43-45.

ciati al sesso opposto⁴⁶. Un esempio particolarmente significativo è dato dal travestitismo⁴⁷, nel quale l'abbigliarsi con vestiti tipici dell'altro sesso si configura «come una riformulazione, più o meno elaborata, del ruolo di genere in contesti che vanno dalla pratica sessuale [...] alla provocazione sociale»⁴⁸.

3. Il tema dell'identità sessuale presenta ancora molti aspetti da esplorare. Si dibatte animatamente sull'interrelazione tra i fattori biologici, psicologici e culturali; su cosa sia innato, e cosa socialmente costruito; sulle categorie di disturbo mentale e di patologia⁴⁹, messe in discussione dalle istanze volte a depatologizzare il transessualismo e alcuni stati intersessuali; sul confine tra normalità e devianza, che si è modificato nel corso degli anni⁵⁰, riflettendo il passaggio da un paradigma che stigmatizzava tutte le

46 Per tutti, G.G. BOLICH, *Crossdressing in Contest*, cit., 121 ss.

47 Nell'ICD-10 si parla di travestitismo a ruolo doppio per indicare una condizione che, a differenza dal travestitismo feticistico, non è associata all'eccitazione sessuale, e diversamente dal transessualismo non presuppone il desiderio di cambiare permanentemente sesso. Invece, il DSM - 5 contempla solo la categoria del travestitismo feticistico, classificandola tra le parafilie. Con una semplificazione eccessiva e, spiace dirlo, stereotipata, P. BAIMA BOLLONE, *Medicina legale*, cit., 642-643, sostiene che l'inversione sessuale, «sinonimo di omosessualità», assume il nome di travestitismo quando la spinta verso persone del proprio sesso «implica modificazioni nella condotta sociale», e di transessualismo quando il travestito «tende veramente a diventare donna» (di solito «per utilizzare economicamente il risultato ottenuto talora in ambito artistico ma più spesso prostituendosi»).

48 V. LINGIARDI, *La personalità e i suoi disturbi*, cit., 112, il quale sottolinea che il «travestito esprime un conflitto con il proprio ruolo di genere, mentre il transessuale lo esprime con il proprio corpo sessuato». Analogamente, M. G. SHIVELY, J.P. DE CECCO, *Components*, cit., 45, distinguono il travestitismo legato al conflitto tra ruolo di genere e sesso biologico da quello, propedeutico al transessualismo, che deriva invece dal conflitto con l'identità di genere. Il travestitismo assume un ruolo centrale, seppure con esiti ricostruttivi profondamente diversi, nelle teorizzazioni di M. MIELI, *Elementi di critica omosessuale* (1977), Milano, 2002, 200 ss., e di J. BUTLER, *Gender Trouble*, cit., 174 ss.; ID., *Bodies that Matter. On the discursive limits of 'sex'*, New York-London, 1993, 124 ss. (trad. it., *Corpi che contano. I limiti discorsivi del "sesso"*, Milano, 1996); in merito, L. BERNINI, *Maschio e femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Milano, 2010, 11 ss., 25 ss.

49 Sul punto, R. VITELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO, *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?*, in F. Corbisiero (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013, 224 ss.

50 Ricostruiscono i diversi modi in cui la scienza psichiatrica ha concettualizzato la devianza sessuale nel corso degli ultimi 150 anni, A. DE BLOCK, P.R. ADRIAENS,

pratiche non riproduttive, e quindi anche l'omosessualità, a un altro che invece «patologizza l'assenza o la limitazione del consenso nelle relazioni sessuali»⁵¹; sull'intreccio tra scienza, etica e politica, ecc.

In ogni caso, le categorie del sesso biologico, dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale e del ruolo di genere fanno ormai parte del lessico della comunità scientifica internazionale, forniscono le coordinate essenziali per iniziare a orientarsi nel variegato universo della sessualità umana, e consentono di sfuggire a stereotipi grossolani che confondono l'orientamento sessuale con il ruolo di genere («i gay sono effeminati», «si travestono», ecc.), oppure con l'identità di genere («le lesbiche vorrebbero essere uomini», «i transessuali sono omosessuali», ecc)⁵².

Eppure, nel dibattito parlamentare si è sostenuto che le nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere andrebbero bandite per la loro intollerabile connessione con la «teoria del *gender*», così sintetizzata: «la natura in un certo senso è irrilevante e i generi possono essere infiniti, dal momento che separandoli dalla natura, non ha più senso nemmeno parlare di categorie»⁵³.

L'assunto è però criticabile da più prospettive. Per un verso, la paventata moltiplicazione dei generi era smentita dalla proposta legislativa originaria, che restava saldamente ancorata alla tradizionale dicotomia uomo/donna, tant'è vero che l'identità di genere era definita quale «percezione che una persona ha di sé *come uomo o donna*», il ruolo di genere si collegava alle «aspettative sociali connesse all'essere *uomo o donna*», e l'orientamento sessuale identificava «l'attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di *entrambi i sessi*». Per un altro, l'evocazione di una monolitica «teoria del *gender*», che ridurrebbe il corpo a una sorta di attaccapanni al quale appendere l'abito del genere

Pathologizing Sexual Deviance: A History, in *J. Sex Res.*, 2013, 276 ss. Cfr. anche R. GREEN, *Is Pedophilia a Mental Disorder?*, in *Arch. Sex Behav.*, 2002, 467 ss.

51 A. GIAIMI, *Between DSM and ICD: Paraphilias and the Transformation of Sexual Norms*, in *Arch. Sex Behav.*, 2015, 1128.

52 Confutano gli stereotipi sull'omosessualità, M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, 22 ss.

53 Così l'on. P. BINETTI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico 65, lunedì 5 agosto 2013*, 98, approvando la cancellazione dalla proposta in esame delle norme definitorie sull'identità sessuale. Il timore che la legge in discussione potesse «assumere un valore simbolico per plasmare la nostra società attorno all'ideologia del *gender*» è stato avanzato anche dall'on. P. G. GIGLI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico 65*, cit., 110. Analogamente, F. D'AGOSTINO, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Torino, 2014, 128.

o dell'orientamento sessuale di volta in volta desiderato⁵⁴, banalizza una categoria – quella del *gender* – che non è mai stata intesa in termini rigidi, ma al contrario «ha prodotto configurazioni teoriche, soggettività politiche e posizionamenti strategici differenti e spesso discordanti»⁵⁵.

Purtroppo, anche il dibattito scientifico non dà sempre conto di questa complessità, e alcune affermazioni polemiche ricordano piuttosto lo stratagemma argomentativo dell'ampliamento suggerito a suo tempo da Schopenhauer: «Portare l'affermazione dell'avversario al di fuori dei suoi limiti naturali, interpretarla nella maniera più generale possibile, prenderla nel senso più ampio possibile ed esagerarla»⁵⁶.

Ad esempio, si è detto che il termine *gender* avrebbe acquistato «una sua nuova e definitiva valenza, quella utile ad alludere a un'identità *voluta e costruita*, non *subita e attribuita*»⁵⁷; che le teorizzazioni *gender* vorrebbero affidare a un «diritto neutrale» il compito di legittimare «la volontà illimitata di realizzazione di tutto ciò che è possibile tecnologicamente e desiderato in modo edonistico, irrazionale, istintivo ed emotivo, ritenendo ogni scelta sempre modificabile, quale che sia, equivalente rispetto a qualsiasi altra possibile scelta»⁵⁸; che il crollo delle ideologie politiche, la conseguente «divinizzazione dei Diritti umani» e il supporto delle organizzazioni internazionali avrebbero favorito l'ascesa di un'ideologia del *gender* fondata su due assunti: la negazione della differenza sessuale e la

54 Tale immagine è utilizzata, tra gli altri, da L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 105, e da S. ZANARDO, *Gender e differenza sessuale. Un dibattito in corso*, in *Agg. sociali*, 2014, 380. Da parte sua, S. SALUCCI, *La differenza sessuale e l'ideologia del "genere" (Gender Theory): un excursus tra filosofia e diritto*, in *Iustitia*, 2011, 89, attribuisce a Judith Butler la tesi che «ciascuno debba poter scegliere il proprio *gender* plasmando a piacimento il suo sesso biologico», ma erroneamente, perché la filosofa statunitense nega che il *gender* sia «una costruzione che uno indossa, così come indossa gli abiti la mattina»: così, J. BUTLER, *Critically Queer*, in *J. Gay Lesb. Studies*, 1993, 21; più ampiamente, J. BUTLER, *Bodies*, cit., 230 ss.

55 L. BERNINI, *Uno spettro si aggira per l'Europa...Sugli usi e abusi del concetto di "gender"*, in *Cambio*, 8/2014, 85.

56 A. SCHOPENHAUER, *L'arte di ottenere ragione esposta in 38 stratagemmi*, Milano, 1995, 29.

57 F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, cit., 128.

58 L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 142-143. Per diritto neutrale si intende un «ordinamento giuridico caratterizzato da neutralità ed equidistanza rispetto alle scelte individuali che debbono essere tutte egualmente tollerate senza ombre di disvalore e senza incentivi precostituiti»: così, M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in F. D'Agostino (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, Milano, 2012, 61, e di seguito interessanti sviluppi sui rapporti tra i principi di autodeterminazione e non discriminazione.

«totale libertà di scelta individuale, mito fondante della società moderna, che può arrivare anche a cancellare quello che veniva considerato, fino a poco tempo fa, come un dato di costrizione naturale ineludibile»⁵⁹.

Si ritornerà in seguito sulla delicata tematica dei diritti umani, sul loro contenuto e sul loro rapporto con i valori⁶⁰. Per ora si vuole evidenziare che il bersaglio di tali critiche, ossia una pretesa teoria/ideologia che affiderebbe all'onnipotente volontà del singolo il dominio sul corpo e sulla natura⁶¹, non riflette la ricchezza degli studi sull'identità sessuale, talmente articolata che una rozza schematizzazione richiede almeno tre dicotomie concettuali: essenzialismo/costruttivismo, in merito alla questione della natura oggettiva o socialmente costruita dell'identità sessuale; natura/educazione, con riferimento all'origine di tale identità, o meglio al suo carattere innato o appreso; volontarismo/determinismo, per quanto attiene al ruolo riconosciuto alla volontà dell'individuo.

Ebbene, una prospettiva essenzialista può combinarsi con il volontarismo, e allo stesso tempo il costruttivismo non esclude una visione deterministica, tant'è vero che l'orientamento sessuale è stato inteso da alcuni quale connotato indipendente dai fattori culturali e relazionali (essenzialismo), e nondimeno suscettibile di una scelta personale (volontarismo), da altri quale costruito privo di una dimensione naturalistica (costruttivismo), e tuttavia cogente (determinismo)⁶².

Insomma, non esiste un'unitaria ideologia *gender* secondo cui «in tema di orientamento sessuale e di genere esisterebbero solo preferenze soggettivamente insindacabili e relativamente mutevoli»⁶³. Anzi, tale visione

59 L. SCARAFFIA, *Rincorrendo l'utopia dell'uguaglianza*, in *L'Osservatore romano*, 10 febbraio 2011, 5. I presupposti concettuali di questa posizione si trovano in E. ROCCELLA, L. SCARAFFIA, *Contro il Cristianesimo. L'Onu e L'Unione europea come nuova ideologia*, Casale Monferrato, 2005, 13 ss.

60 Cfr. § 6.

61 A tal riguardo, sia sufficiente replicare, con J. BUTLER, *Undoing*, cit., 63, che «il *gender* rappresenta un diverso tipo di identità, e la sua relazione con l'anatomia è complessa».

62 Si veda il quadro ricostruttivo tracciato da E. STEIN, *Conclusion: The Essentials of Constructivism and the Construction of Essentialism*, in E. Stein (a cura di), *Forms of Desire: Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy*, London, 1992, 327 ss.: quanto alla dicotomia natura/educazione, ci sarebbe una tendenziale incompatibilità tra il costruttivismo e l'idea che la sessualità sia innata, ma non tra l'essenzialismo e la tesi dell'apprendimento.

63 Così, invece, M. FERRARESI, *La legge sull'omofobia: un pericolo per la libertà di espressione?*, in *Iustitia*, 2013, 210. Cfr. anche l'on. A. PAGANO, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 18 luglio 2013, 45. Per inciso, le ricerche empiriche sull'identità sessuale sembrano dimo-

della sessualità si avvicina paradossalmente alla logica di quelle terapie psicologiche di conversione che mirano a reprimere l'orientamento omosessuale o addirittura a trasformarlo in eterosessuale⁶⁴, a quanto pare con risultati assai discutibili: secondo l'*American Psychiatric Association*, «le prove sull'efficacia delle terapie di conversione (*Sexual orientation Change Efforts*, in acronimo *SOCE*) a modificare l'orientamento sessuale sono insufficienti. Inoltre, ci sono alcune prove sui danni che tali terapie possono determinare»⁶⁵.

Infine, ricorre nel dibattito sulle leggi contro l'omofobia l'idea di una presunta ampiezza della nozione di orientamento sessuale, tale da consentire «la liberalizzazione nei confronti di qualsiasi scelta sessuale»⁶⁶.

La critica muove dal presupposto che la nozione di orientamento sessuale equivalga a quella di tendenza o preferenza sessuale⁶⁷. Viceversa, i sistemi nosografici più diffusi distinguono l'orientamento sessuale dai disturbi parafilici (DSM-5) o della preferenza sessuale (ICD-10), e di conseguen-

strare che l'identità di genere si costituisce tendenzialmente nella prima infanzia (V. LINGIARDI, *La personalità*, cit., 99; K.J. ZUCKER, S.J. BRADLEY, *Gender Identity*, cit., 11.), e che l'orientamento sessuale si stabilizza nel corso dell'età adulta (K.J. ZUCKER, *Commentary*, cit., 551; S. LEVAY, *Gay, Straight and the Reason Why*, Oxford-New York, 2011, 10-11).

64 Che la visione volontaristica fornisca un supporto ideologico alle terapie di conversione, è sottolineato da M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 36.

65 APA, *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, 2009, 66, in www.apa.org. Una riflessione più aggiornata è offerta da A. LEE BECKSTEAD, *Can We Change Sexual Orientation?*, in *Arch. Sex. Behav.*, 2012, 121 ss. Da noi, cfr. V. L. CASTELLAZZI, *L'omosessualità. Una lettura psicanalitica*, Roma, 2014, 199 ss., il quale ricorda che, secondo alcuni ordini professionali, le terapie di conversione contrastano con la deontologia dello psicologo.

66 L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 142, riferendosi a proposte di legge presentate nella XVI Legislatura. Di analogo tenore la pregiudiziale di costituzionalità approvata dalla Camera dei Deputati il 13 ottobre 2009, nella quale si denunciò l'indeterminatezza del concetto di orientamento sessuale in quanto quest'ultima avrebbe ricompreso «qualunque orientamento ivi compresi incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo eccetera». Su tale pregiudiziale, cfr. criticamente E. DOLCINI, *Omofobia*, cit., 31; M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 126.

67 Non a caso, L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 204, definisce l'orientamento sessuale come «attrazione sessuale o direzione della sessualità, a prescindere da *sex* e *gender*, preferenza rispetto all'oggetto del desiderio sessuale».

za l'omosessualità dalla pedofilia (che riguarda un interesse⁶⁸ rivolto all'età dell'altra persona, e non al sesso⁶⁹) e dalle altre pratiche sessuali, focalizzate su comportamenti particolari (sadismo, masochismo, voyeurismo, esibizionismo, ecc.) o su oggetti inanimati (feticismo, necrofilia).

Lo iato che sussiste tra l'orientamento omosessuale e le parafilie non consente pertanto di sostenere, evocando l'argomento retorico della «china scivolosa» (*slippery slope argument*)⁷⁰, che la proposta in esame ostacolerebbe «la libertà di manifestare il proprio pensiero contro la dittatura del relativismo, che vorrebbe l'equiparazione indistinta di tutte le pratiche sessuali, oggi dell'omosessualità, domani delle pratiche sadistiche e masochistiche e, infine, forse, della bestialità e di altre pratiche oggi ancora ritenute inaccettabili»⁷¹.

68 Merita di essere segnalato che la prima edizione a stampa del DSM-5 distingue tra disturbo pedofilico e «orientamento sessuale pedofilico» (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM-5*, Washington, 2013, 698), quest'ultimo consistente in una propensione sessuale verso i pre-adolescenti che non determina angoscia e resta confinata nella sfera psichica del soggetto. In un suo comunicato, pubblicato sul sito www.dsm5.org, l'*American Psychiatric Association* ha però riconosciuto l'errore terminologico, dichiarando che la dizione corretta (tra l'altro accolta nella traduzione italiana del DSM-5, Milano, 2014, 811) è quella di «interesse sessuale pedofilico»

69 Infatti l'«attrazione pedofilica può dirigersi in senso omosessuale, eterosessuale, o verso entrambi i sessi»: così, R. ROSSI, P. FELE, *Parafilie*, in G. Cassano, P. Pancheri (a cura di), *Trattato italiano di psichiatria*, Milano, 1999, 2446. Sui punti di contatto e sulle differenze tra parafilie e orientamento sessuale, cfr. di recente M.C. SETO, *Is Pedophilia a Sexual Orientation?*, e simmetricamente J.M. CANTOR, *Is Homosexuality a Paraphilia? The Evidence For and Against*, entrambi in *Arch. Sex Behav.*, 2012, 231 ss., 237 ss. Riconduce invece l'omosessualità alle parafilie, F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, cit., XVIII, osservando che l'opposta posizione della comunità scientifica è «molto discutibile sul piano epistemologico, almeno fino a quando non verrà costruita una *teoria generale del desiderio sessuale*».

70 Al di là delle differenti denominazioni, si tratta dell'argomento che fa leva sulle conseguenze, tanto indesiderabili quanto (assunte come) inevitabili, della tesi che si intende criticare: sulla struttura dell'espedito e sulle strategie di contrasto (tra le quali figura quella, impiegata del testo, della differenza significativa), basti il rinvio a C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966, 300 ss.; S. CASTIGLIONE, *Quando si scivola sulla china? Nuove fortune del vecchio sorite*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 111 ss.; J. CORVINO, *Homosexuality and the PIB Argument*, in *Ethics*, 2005, 503 ss.

71 M. RONCO, *Legge contro l'omofobia, violazione della libertà*, in *Cristianità*, 2013, § 3 (la rivista è disponibile in www.alleanzacattolica.org). Analogo argomento in M. RONCO, *Considerazioni su alcune proposte di legge sull'«omofobia»*, in *Cristianità*, 2009, § 4, dove si contestava a una proposta di legge che parlava di

Va piuttosto ricordato che le nozioni di orientamento sessuale e di identità di genere abbracciano non solo l'omosessualità e il transsexualismo, ma anche l'eterosessualità e la percezione di sé conforme al sesso biologico. Di conseguenza, l'estensione delle disposizioni della l. Reale e della l. Mancino alle «discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere della vittima»⁷² avrebbe ricompreso anche ambiti che, nell'attuale momento storico, non sembrano aver bisogno di una tutela rafforzata⁷³; se poi si fosse mantenuto il riferimento all'identità sessuale, sarebbero stati punibili ai sensi della l. Reale e della l. Mancino anche i reati motivati dal sesso biologico della vittima (uomo, donna o intersessuale) e dal ruolo di genere (ogni «manifestazione esteriore [...] conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all'essere uomo o donna»), concetto quest'ultimo che si riferisce a una serie di situazioni talmente eterogenea da essere inconciliabile con le esigenze della legalità penale.

4. A dire il vero, si è sostenuto che anche la formulazione adottata dalla proposta in esame presenterebbe profili di imprecisione, innanzitutto perché i termini «omofobia» e «transfobia» sarebbero «del tutto vaghi, indeterminati e indeterminabili nella loro portata applicativa», e pertanto tali da concedere «spazi eccessivamente ampi alla *discrezionalità* del giudice e ai suoi possibili *soggettivismi*»⁷⁴.

motivi fondati sull'identità di genere di impedire le critiche «nei confronti del discorso negazionista della alterità sessuale, nonché nei confronti di alcuni comportamenti sessuali, ancora oggi annoverati fra le parafilie, come, per esempio, il sadismo e il masochismo». In merito, basti ricordare che il DSM-5 distingue nettamente la disforia di genere dalle parafilie, e già il DSM-IV inquadrava il Disturbo dell'identità di genere nella stessa sezione delle parafilie (Disturbi sessuali e dell'identità di genere), ma in una categoria a parte (critica le tesi di Ronco anche M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *Genius*, 1/2015, 19). Sul problema della libertà di espressione, cfr. § 9.

72 Così, il Testo unificato approvato dalla Commissione Giustizia in data 9 luglio 2013.

73 Con riferimento ad altre proposte di legge, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 31. Cfr. però M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., 19, e soprattutto L. IMARISIO, *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*, in *Genius*, 1/2015, 31 ss.

74 Così, F. MANTOVANI, *I delitti di "omofobia" e transfobia e le inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2013, 222. Cfr. anche C. BRIGNONE, *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v Grecia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2013, 9; A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *Genius*, 1/2015, 10-11; G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale*.

Il rilievo appare troppo severo, specie se si considera l'approfondita elaborazione scientifica che la nozione di omofobia ha alle sue spalle. Il termine deriva dal neologismo inglese *homophobia*⁷⁵, coniato negli anni '70 del secolo scorso dallo psicologo George Weinberg⁷⁶ per descrivere «il timore di trovarsi vicino a omosessuali»⁷⁷, e da subito differenziato dalle fobie tipiche⁷⁸: mentre queste ultime provocano malessere al fobico (che vorrebbe liberarsene), sottendono una componente ansiosa a volte paralizzante e conducono a strategie evitanti, l'omofobia non è motivo di disagio interiore⁷⁹, si raccorda al pregiudizio più che alla paura, e può sfociare in atteggiamenti antagonisti, aggressivi, offensivi, discriminatori⁸⁰.

Gli studi successivi hanno evidenziato che il pregiudizio omofobico si lega spesso a «un sistema di credenze che supporta miti negativi e stereotipi sugli omosessuali»⁸¹. Tale supporto cognitivo differenzia ulteriormente l'omofobia dalle fobie in senso stretto, accomunandola piuttosto ad altri modi di «odiare in prima persona plurale»⁸² quali il razzismo, la xenofobia, la misoginia, l'antisemitismo, ecc.

Possibilità e limiti dell'intervento penale, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 3/2013, 111; M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 6.

75 Osserva infatti G.M. HEREK, *Beyond "Homophobia": Thinking about Sexual Prejudice and Stigma in the Twenty-First Century*, in *Sex Res. Soc. Policy*, 2/2004, 9 ss., che il lemma «*homofobia*» è un neologismo ambiguo, sia per il prefisso, che potrebbe rinviare al latino *homo* (=uomo) o al greco *ὁμός* (=stesso, simile) o ancora all'inglese *homosexual*, sia per il suffisso *-phobia*, che evoca una condizione patologica.

76 Sulla paternità del termine, ancora G.M. HEREK, *Beyond "Homophobia"*, cit., 7 ss.

77 G. WEINBERG, *Society and the Healthy Homosexual*, London, 1972, 4. Talvolta, la traduzione letterale dell'espressione idiomatica «*in close quarters with homosexuals*» ha trasformato l'omofobia nella bizzarra paura... di trovarsi in luoghi chiusi con omosessuali: cfr. ad esempio V. LINGIARDI, *Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*, Milano, 2007, 44; A. CERETTI, I. MERZAGORA BETSOS, *L'istinto sessuale e le sue alterazioni*, in G. Giusti (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, vol. 4, *Genetica, psichiatria forense e criminologia, medicina del lavoro*, Padova, 2009, 342; D. BORRILLO, *Omofobia. Storia e critica di un pregiudizio*, Bari, 2009, 16.

78 G. WEINBERG, *Society*, cit., 8.

79 Così, D.A.F. HAAGA, *Homophobia?*, in *J. Soc. Bea. Pers.*, 1991, 172, il quale ricorda che l'omofobo può anche proporsi un'agenda politica, il che non avviene nelle fobie tipiche: chi ha paura di volare non chiede di abolire il trasporto aereo!

80 Ancora G. WEINBERG, *Society*, cit., 8; D.A.F. HAAGA, *Homophobia?*, cit., 172.

81 Così, S.F. MORIN, E.M. GARFINKLE, *Male Homophobia*, in *J. Soc. Issues*, 1978, 30.

82 V. LINGIARDI, *Citizen gay*, cit., 45. Tra gli altri, G.M. HEREK, *Beyond "Homophobia". A social Psychological Perspective on Attitudes Toward Gay and Lesbians*,

Si sono proposti alcuni neologismi alternativi che consentissero di abbracciare già sul piano lessicale le molteplici dimensioni emotive, cognitive e sociali del fenomeno (ad esempio, *homonegativism*⁸³, *homosexism*⁸⁴, *heterosexism*⁸⁵), ma nessuno ha riscosso il successo del termine *homophobia*. Non a caso, il più recente lemma *transphobia* ha ripreso l'ambiguo suffisso del suo predecessore per indicare l'avversione e le attitudini negative nei confronti delle persone *Transgender*⁸⁶, ossia coloro che, come indicato dal prefisso *Trans* (= a cavallo, al di là)⁸⁷, non si riconoscono nell'identità o nel ruolo di genere associato al loro sesso biologico, e magari si collocano tra i due generi (transessuali, travestiti, persone che sentono di non appartenere né al genere maschile né a quello femminile, oppure a entrambi contemporaneamente, *drag queen* o *drag kings* che vestono i panni associati al genere opposto, adottando atteggiamenti iperfemminili o ipermaschili)⁸⁸.

Sebbene distinte sul piano concettuale, l'omofobia e la transfobia si sovrappongono nella realtà: «è davvero difficile capire se un uomo gay effeminato è temuto o odiato per il suo genere o per la sua sessualità»⁸⁹. Forse è per questo motivo che diverse risoluzioni del Parlamento europeo hanno tratteggiato una definizione unitaria di omofobia, relativa cioè a persone «lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* (LGBT)»⁹⁰. A parte questa pecu-

in *J. Homosexuality*, 1984, 2 ss.; D. BORRILLO, *Omofobia*, cit., 18 ss., 30 ss.

83 W.W. HUDSON, W.A. RICKETTS, *A Strategy for the Measurement of Homophobia*, in *J. Homosexuality*, 1980, 358.

84 G.L. HANSEN, *Measuring Prejudice against Homosexuality (Homosexism) among College Students: A new scale*, *J. Soc. Psych.*, 1982, 233-36.

85 S.F. MORIN, E.M. GARFINKLE, *Male Homophobia*, cit., 31.

86 Per tutti, D.B. HILL, *Genderism, Transphobia and Gender Bashing: a Framework for Interpreting Anti-Transgender*, in B.C. Wallace, R.T. Carter (a cura di), *Understanding and Dealing With Violence: A Multicultural Approach*, Thousand Oaks-London-New Delhi, 2003, 119 ss.

87 C. SHELLEY, *Transpeople: Repudiation, Trauma, Healing*, Buffalo, 2008, 32.

88 Sul transgenderismo, cfr. ad esempio W.O. BOCKTING, *From Construction to Context: Gender through the Eyes of the Transgendered*, in *Siecus Report*, 1/1999, 3; A.I. LEV, *Transgender Emergence*, cit., 6 ss.; L. BERNINI, *Maschio e femmina Dio li creò!?*, cit., 37 ss.; INSTITUTE OF MEDICINE, *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People Building a Foundation for Better Understanding*, Washington, 2011, 26.

89 D.B. HILL, *Genderism*, cit., 120.

90 Cfr. da ultimo la *Risoluzione del Parlamento europeo del 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa*, e qui il riferimento alle risoluzioni precedenti. Alla luce di quanto detto nel testo, pecca di formalismo la tesi di A. BONOMI, G. PAVICH, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *www.penale-*

liarità, tale definizione formalizza gli aspetti che si sono sinteticamente evidenziati, e cioè: a) la dimensione emotiva dell'omofobia, consistente nella paura irrazionale e nell'avversione, entrambe basate sui pregiudizi; b) la dimensione cognitiva dell'omofobia, ossia il suo celarsi «dietro motivazioni fondate sull'ordine pubblico, sulla libertà religiosa e sul diritto all'obiezione di coscienza», e la sua vicinanza «al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo»⁹¹; c) la dimensione sociale dell'omofobia, e cioè il suo manifestarsi «nella sfera pubblica e privata sotto diverse forme, tra cui incitamento all'odio e istigazione alla discriminazione, scherno e violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e uccisioni, discriminazioni a violazione del principio di uguaglianza e limitazione ingiustificata e irragionevole dei diritti».

Tale dato normativo, e la corrispondente elaborazione della comunità scientifica internazionale, conferiscono alle nozioni di omofobia e di transfobia un «significato sufficientemente preciso e consolidato»⁹², in linea con la dimensione semantica del principio di determinatezza.

Va però considerata anche l'altra faccia del principio di determinatezza, ossia quella empirica⁹³. Secondo parte della dottrina, i motivi o le finalità omofobiche concentrerebbero «il disvalore sul mero atteggiamento interiore dell'agente, evocando un impulso essenzialmente interiore, soggettivo, e quindi processualmente imperscrutabile»⁹⁴; sarebbe preferibile, da questo punto di vista, parlare di reati commessi «in ragione dell'omosessualità e della transessualità della vittima», perché il riferimento alla persona offesa

contemporaneo.it, 13 ottobre 2014, 37, ripresa da C. BRIGNONE, *Dignità*, cit., 9, volta a negare la portata interpretativa di tali Risoluzioni perché esse, a differenza della proposta in esame, non distinguerebbero tra omofobia e transfobia.

91 L'accostamento dell'omofobia al razzismo è stato accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Vejdeland and others v. Sweden*, 9 febbraio 2012, § 55 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 415, con nota di L. GOISIS).

92 E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 20; E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 32.

93 Sulla duplice anima, semantica ed empirica, della determinatezza, per tutti G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 74 ss. Con diversa terminologia, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, 119 ss., 163 ss.

94 G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 112. Anche L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 17, riferendosi alla l. Reale, afferma che l'«accertamento dei motivi – come ogni penalista ben sa – sfocia inevitabilmente nel “tipo d'autore”».

restringerebbe «maggiormente l'ambito di applicabilità rispetto alla componente soggettiva legata ai motivi o alle finalità»⁹⁵.

Anche tale posizione si espone ad alcuni rilievi. Com'è noto, la l. Reale e la l. Mancino non richiedono che il soggetto passivo presenti lo specifico profilo identitario protetto, nel senso che i motivi e le finalità tipizzate possono configurarsi a prescindere dalla razza, etnia, nazione, confessione religiosa, *orientamento sessuale, identità o ruolo di genere* (dell'autore e) della persona offesa⁹⁶. Secondo la giurisprudenza, agisce per motivi razziali ed etnici chi istiga alla violenza nei confronti di un giornalista italiano che si batte per i diritti degli immigrati⁹⁷, oppure chi minaccia una storica italiana esperta delle persecuzioni antisemite, prospettandole le atroci punizioni praticate nei lager nazisti ai danni del popolo ebraico⁹⁸; allo stesso modo, sarebbe motivata dall'omofobia l'aggressione a un eterosessuale in ragione della sua presunta omosessualità⁹⁹, oppure dei suoi rapporti con persone omosessuali.

Rispetto all'idea di estendere la l. Reale e della l. Mancino ai soli reati commessi «in ragione dell'omosessualità e della transessualità della vittima», la proposta in esame offrirebbe pertanto il duplice vantaggio di evitare problematiche indagini sull'identità sessuale del soggetto passivo¹⁰⁰, e

95 Ancora G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 111-112, che però, al termine del suo *iter* argomentativo, respinge per altre ragioni anche quest'opzione normativa.

96 G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1*, cit., 177; L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, cit., 1035; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 860; criticamente, M.T. TRAPASSO, *Il ruolo fondamentale dei “coefficienti soggettivi” nelle fattispecie penali in materia di discriminazione razziale: il caso della circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale*, in *Cass. pen.*, 2010, 3837 ss.

97 L'esempio riprende un profilo dell'articolata vicenda esaminata in Trib. Roma, 8 aprile 2013, n. 884, Scarpino e altri, in *www.osservatorioantisemitismo.it*; sui profili cautelari del medesimo procedimento, *Cass.*, sez. III, 24 aprile 2013, n. 33179, Scarpino, in *Foro it.*, 2014, II, 90 ss.

98 *Cass.*, sez. V, 19 ottobre 2011, n. 563, Deganutti.

99 Oppure a una persona intersessuale (che non rientra né fra le persone *transgender*, né ovviamente fra quelle omosessuali: cfr. § 2), creduta erroneamente omosessuale, transessuale, ecc. Sul problema dell'errore, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 34-35; M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia: ovvero, il bambino e l'acqua sporca*, in *www.articolo29.it*, § 7.

100 In senso contrario, L. EUSEBI, *Omofobia, quel testo un'arma impropria. Il tentativo di usare il diritto penale per imporre a tutti una diversa visione sociale*, in *L'Avvenire*, 23 luglio 2013, 6, secondo il quale «l'applicabilità dell'illecito penale ipotizzato esigerebbe indagini processuali sullo stile di vita sessuale delle parti offese, il che appare potenzialmente lesivo della riservatezza e, a sua volta, poco liberale». Analogamente, L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 142 nota 52.

soprattutto di adeguarsi alla fenomenologia delle aggressioni omofobe, a volte indirizzate verso persone «che ‘sembrano’ omosessuali sulla base di una rappresentazione stereotipica» (ragazze con i capelli corti, ragazzi con atteggiamenti effeminati, ecc.), oppure che hanno familiari apertamente omosessuali¹⁰¹.

Naturalmente, ai fini dell'applicazione della l. Reale e della l. Mancino non basta che la vittima sia o sembri straniera (oppure omosessuale, transessuale, ecc.), ma occorre verificare scrupolosamente la sussistenza dei motivi e delle finalità normativamente richieste¹⁰². Il giudice non è però tenuto – e probabilmente neppure legittimato – ad avventurarsi nei meandri della psiche del reo¹⁰³, dovendo piuttosto servirsi delle comuni regole di accertamento dell'elemento psicologico del reato, e quindi risalire da indici fattuali noti al dato psichico ignoto attraverso inferenze basate sull'*id quod plerumque accidit*¹⁰⁴.

Tale inferenza sarà agevole quando il compendio probatorio non consente ricostruzioni alternative del processo motivazionale del reo¹⁰⁵: difficile non riconoscere gli estremi dell'art. 3, l. Mancino, nel fatto di chi, in

101 Così, L. PIETRANTONI, G. PRATI, *Le dinamiche del pregiudizio e della discriminazione nei contesti scolastici*, in F. Batini, B. Santoni (a cura di), *L'identità sessuale a scuola. Educare alla diversità e prevenire l'omofobia*, Napoli, 2009, 207.

102 Chiarissima, a proposito della l. Reale, Cass., sez. III, 24 novembre 1998, n. 434, Solito, in *Riv. pen.*, 1999, 266.

103 Ciò vale sia per i motivi di cui alla l. Reale, sia per le finalità di cui alla l. Mancino. Diversamente, G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 113, sostiene che i motivi possono anche essere inconsci, e quindi di difficile apprezzamento processuale, mentre le finalità rinvierebbero a «indici fattuali dai quali sia possibile inferire, nella valutazione probatoria, una direzione lesiva del fatto». Tuttavia, anche la dottrina più propensa a valorizzare i motivi inconsci circoscrive tale assunto al capitolo della capacità a delinquere: così, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 468 e 495; A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, 83-84, 224-225, secondo il quale i motivi «assunti quali circostanze od elementi costitutivi» andrebbero accertati secondo parametri generalizzanti, a differenza dei motivi che esprimono la capacità a delinquere e la pericolosità. Più in generale, sulla tendenziale irrilevanza giuridica dei motivi inconsci, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 85 ss.; sottolineano «l'incompetenza del giudice a emettere giudizi attendibili sulle pulsioni inconscie del reo», G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 799.

104 Sulle massime di esperienza, sia consentito rinviare a G. GENTILE, *Struttura, oggetto e accertamento del dolo nella sentenza "ThyssenKrupp" delle Sezioni unite*, in *Riv. Nel Diritto*, 1/2015, 116, e qui i necessari riferimenti.

105 *Mutatis mutandis*, valgono le considerazioni di S. FIORE, *Il dolo*, in G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 58-59. Con riferimento alla l. Mancino, si veda F. BACCO, *Dalla dignità*

manca di altre ragioni che possano spiegare tale comportamento, molestare reiteratamente i propri vicini di colore, apostrofandoli con frasi del tipo «scimmie andate nella giungla», «scimmia sulla bici», «via di qui che puzzi», «brutto negro»¹⁰⁶.

Negli altri casi, si tratterà di un'operazione certamente delicata, ma non di una *probatio diabolica* che comporta la violazione del principio di determinatezza (in senso empirico), anche perché le situazioni ambigue, nelle quali il profilo soggettivo non è stato univocamente ricostruito, dovranno essere risolte a favore del reo, sulla base del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

5. Il riconoscimento di modelli alternativi al paradigma eterosessuale – e più precisamente all'unione potenzialmente procreativa tra un uomo biologicamente e psicologicamente maschio e una donna biologicamente e psicologicamente femmina – contrasta inevitabilmente con quelle norme etiche che, secondo gli insegnamenti del Magistero cattolico¹⁰⁷, sarebbero scritte da Dio nel cuore degli uomini: chi nega l'esistenza o la conoscibilità

all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici, in *Quad. cost.*, 2013, 838-839.

106 Così, Cass., sez. V, 2 marzo 2015, n. 25756, M.G.L.; cfr. anche Cass., sez. V, 15 maggio 2013, n. 25870, C. Tali sentenze sconfessano esplicitamente quell'orientamento che esigeva, ai fini della configurabilità dell'art. 3, l. Mancino, la prova dell'idoneità della condotta criminosa a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri un sentimento d'odio, o comunque a determinare il pericolo concreto di comportamenti discriminatori (così, Cass., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295, Paoletich, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1451; nel senso che questa impostazione avrebbe forzato il dato normativo, S. AMATO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso*, in *Crit. dir.*, 2006, 392; diversamente, M.T. TRAPASSO, *Il ruolo*, cit., 3843-3844). Allo stesso tempo, appare fortunatamente abbandonata anche l'ambigua affermazione che, in alcune situazioni, non conterebbe la «mozione soggettiva dell'agente» (Cass., sez. V, 20 gennaio 2006, Gregorat, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1455; Cass., sez. V, 9 luglio 2009, n. 38597, Finterwald, in *Cass. pen.*, 2010, 3832; criticamente, L. FERLA, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1468 ss.; M.T. TRAPASSO, *Il ruolo*, cit., 3841 ss.).

107 Una peculiare lettura delle fonti bibliche – va detto, non in linea con la posizione ufficiale della Chiesa (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi della Chiesa cattolica sulla cura pastorale delle persone omosessuali*, 1° ottobre 1986, § 4 ss., in www.vatican.va) – consente a L. TOMMASONE, *Cristianesimo e omosessualità*, appendice a M. GRAGLIA, *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2012, 8, di concludere che le «Scritture giudaico-cristiane non dedicano molta attenzione alla questione dell'omosessualità».

di tali norme «si avventura nelle sabbie mobili del relativismo etico»¹⁰⁸; chi le trasgredisce pregiudica la dignità della persona; l'ordinamento giuridico che non le accoglie perde la sua moralità¹⁰⁹.

Più specificamente, il Magistero non riconosce i cambiamenti di sesso¹¹⁰ e, pur deplorando «con fermezza che le persone omosessuali siano state e siano ancora oggetto di espressioni malevole e di azioni violente»¹¹¹, afferma che: a) «L'attività omosessuale non esprime un'unione complementare, capace di trasmettere la vita, e pertanto contraddice la vocazione a un'esistenza vissuta in quella forma di auto-donazione che, secondo il Vangelo, è l'essenza stessa della vita cristiana»¹¹²; b) di conseguenza, gli atti omosessuali «sono intrinsecamente disordinati», e non possono essere approvati in nessun caso¹¹³; c) anche «la particolare inclinazione della persona omosessuale, benché non sia in sé peccato, costituisce tuttavia una tendenza, più o meno forte, verso un comportamento intrinsecamente cattivo dal punto di vista morale», ed è quindi «oggettivamente disordinata»¹¹⁴; d) per questo motivo, tale inclinazione «non costituisce una qualità paragonabile alla

108 GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae*, 25 maggio 1995, § 20, in www.vatican.va.

109 Sul punto, M. PAOLINELLI, *Relativismo etico*, in AA.VV., *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa. Scienze sociali e Magistero*, Milano, 2004, 543 ss., e qui gli opportuni riferimenti testuali.

110 Si legge infatti nel § 2333 del *Catechismo della Chiesa cattolica*, in www.vatican.va, che «Spetta a ciascuno, uomo o donna, riconoscere ed accettare la propria identità sessuale». Cfr. anche il *Discorso del Santo Padre Benedetto XVI alla Curia romana in occasione della presentazione degli auguri natalizi*, 22 dicembre 2008, in www.vatican.va: «Non è una metafisica superata, se la Chiesa parla della natura dell'essere umano come uomo e donna e chiede che quest'ordine della creazione venga rispettato». Prima che ascendesse al soglio pontificio come Benedetto XVI, fu chiesto all'allora Prefetto della Congregazione della fede Joseph Ratzinger se fosse possibile ammettere al sacramento del matrimonio un uomo che aveva completato la transizione verso l'altro sesso: il teologo rispose che tale persona era «solo fenotipicamente» di sesso femminile, ma restava biologicamente maschio, e quindi non poteva contrarre matrimonio, perché nel caso contrario si sarebbe sposato con una persona che apparteneva «biologicamente al proprio sesso» (così, J. RATZINGER, *Schreiben der Kongregation für die Glaubenslehre vom 28. Mai 1991 an den vorsitzenden der deutschen Bischofskonferenz zur Eheschliessung von Transsexuellen*, in *De processibus matrimonialibus*, 1995, 315).

111 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 10.

112 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 7.

113 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Persona humana. Alcune questioni di etica sessuale*, 29 dicembre 1975, § 8, in www.vatican.va.

114 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 3.

razza, all'origine etnica, ecc. rispetto alla non discriminazione»¹¹⁵; e) del resto, la «maggioranza delle persone a tendenza omosessuale che cercano di condurre una vita casta non rende pubblica la sua tendenza sessuale», sicché «il problema della discriminazione in termini di impiego, alloggio, ecc. normalmente non si pone»¹¹⁶; f) in ogni caso, vi sarebbero «ambiti nei quali non è ingiusta discriminazione tener conto della tendenza sessuale: per esempio, nella collocazione di bambini per adozione o affidò, nell'assunzione di insegnanti o allenatori di atletica, e nel servizio militare»¹¹⁷; g) per lo stesso motivo, il principio del rispetto e della non discriminazione di ogni persona non potrebbe essere invocato a sostegno della legalizzazione delle unioni omosessuali, in quanto negare «lo statuto sociale e giuridico di matrimonio a forme di vita che non sono né possono essere matrimoniali non si oppone alla giustizia, ma, al contrario, è da essa richiesto»¹¹⁸; h) ovviamente, non possono essere ammessi al Seminario e agli Ordini sacri «coloro che praticano l'omosessualità, presentano tendenze omosessuali profondamente radicate o sostengono la cosiddetta cultura gay»¹¹⁹; i) in conclusione, non vi sarebbe un diritto all'omosessualità, né quest'ultima dovrebbe costituire la base per rivendicazioni giudiziali¹²⁰.

L'idea che esistano regole naturali universalmente valide, al quale ogni buon legislatore dovrebbe adeguarsi¹²¹, non è ovviamente pacifica¹²². Al Magistero cattolico e alle dottrine del diritto naturale si contrappongono etiche

115 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni concernenti la risposta a proposte di legge sulla non discriminazione delle persone omosessuali*, 23 luglio 1992, § 10, in www.vatican.va.

116 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 14.

117 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 11.

118 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, 3 giugno 2003, § 8, in www.vatican.va.

119 CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, *Istruzione della Congregazione per l'Educazione Cattolica circa i criteri di discernimento vocazionale riguardo alle persone con tendenze omosessuali in vista della loro ammissione al Seminario e agli Ordini sacri*, 4 novembre 2005, § 2, in www.vatican.va.

120 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 13.

121 Così, M. RONCO, *Il diritto al servizio della vita o contro la vita?*, in *Cristianità*, 2005, § 1: «Non è vera legge, ma sua corruzione, quella statuizione dello Stato che contraddica la verità della legge morale e che prescinda dal bene dell'uomo».

122 Per un'introduzione al dibattito, basti rinviare a F. VIOLA, *Come la natura diventa norma*, e a L. PATRUNO, *L'oscuro fondamento del diritto di natura*, entrambi in *Dir. pubb.*, 2011, rispettivamente 147 ss., 169 ss. Netamente contrario al ricorso al diritto naturale, G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 40 ss.

che possono anche definirsi «relativistiche» perché non poggiano sui rassicuranti parametri immutabili della *recta ratio*, ma che non per questo sconfinano in un esasperato soggettivismo¹²³. Ciò in quanto l'esistenza di visioni del mondo diverse (*relativismo descrittivo*) è una questione di fatto che non implica né l'impossibilità di valutazioni oggettive (*relativismo metaetico*), né tanto meno il dovere di assumere a unico parametro di giudizio il proprio orizzonte morale, o quello della comunità in cui si vive (*relativismo normativo*)¹²⁴. In altri termini, il pluralismo etico, che di fatto esiste, non impedisce di ricercare parametri valutativi oggettivi, anche se non immutabili¹²⁵.

Inoltre, il ricorso all'argomento del diritto naturale – sia esso declinato in termini teologici o razionalistici¹²⁶ – deve tener conto del principio di laicità¹²⁷, che vieta al legislatore di ergersi a paladino di una determinata istanza religiosa o morale, a meno che non sussistano buone ragioni per farlo¹²⁸.

Beninteso, il diritto non è assiologicamente neutro¹²⁹, men che meno quello penale, che è il ramo dell'ordinamento più sensibile al contesto

123 M. MORI, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze, 2015, 71 ss.

124 Per tutti E. DICIOTTI, *I diritti umani tra universalismo e relativismo*, in AA. VV., *Studi in onore di Remo Martini*, Milano, 2008, 889 ss. Per un inquadramento filosofico al tema, S.M. MAGNI, *Che cos'è il relativismo morale*, Roma, 2015, 28 ss.

125 Come ricorda G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005, 126, l'universalità dei giudizi morali va distinta dalla loro «assolutizzazione metafisica».

126 Sulle diverse anime del giusnaturalismo, cfr. per tutti G. M. LABRIOLA, *Giusnaturalismo*, in U. Pomarici (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, 2007, 261 ss.

127 Sulla laicità quale rifiuto del paradigma giusnaturalistico, si veda la ricostruzione di L. FORNI, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, Milano, 2010, 278 ss. In senso contrario, lega la laicità allo *ius naturale*, G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Milano, 2007, 160 ss.

128 Osserva A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 84, che il concetto di laicità non bandisce dal diritto le istanze morali, ma «va piuttosto correttamente inteso nel senso che la morale, l'etica ed il sentimento religioso non possono essere le uniche fonti di legittimazione».

129 Sul punto, cfr. tra gli altri, M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1392 ss.; L.-J. CONSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, Torino, 2003, 274 ss.; G. DELLA TORRE, *Laicità: un concetto giuridicamente inutile*, in *Persona y Derecho*, 2005, 155-156; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 16; M. CARTABIA, *Avventure giuridiche*, cit., 63; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2015, 23.

sociopolitico di riferimento¹³⁰. Qualunque opzione legislativa sottintende l'adesione a un valore, anche quella di non decidere, perché un atteggiamento astensionistico implica l'approvazione di quei valori che si sono già affermati nella prassi¹³¹. Da questo punto di vista, a chi rimprovera alla proposta in esame che un diritto laico non dovrebbe riconoscere «sul piano legale, come caratteristiche proprie dell'umano, il fatto che ciascuno *si dia* un orientamento sessuale e il fatto che esista una *identità di genere* indipendente dal sesso biologico»¹³² potrebbe replicarsi che anche l'opzione astensionista non sarebbe neutrale rispetto alle prospettive antropologiche in discussione, perché avallerebbe il paradigma eterosessuale che informa gran parte della legislazione vigente¹³³.

Un diritto autenticamente laico tende a includere il maggior numero di valori possibile¹³⁴, eccetto quelli incompatibili con le sue linee di fondo¹³⁵,

130 Per tutti, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente orientati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 116-117, e qui altri riferimenti, ai quali si aggiunga almeno S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 24.

131 S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 154, il quale chiosa che in questo modo «si incrina il mito della necessaria avalutatività del diritto, continuamente alimentato dal *milieu* liberale». Cfr. anche G. DELLA TORRE, *Laicità*, cit., 144; M.B. MAGRO, *Etica laica*, cit., 1397-1398.

132 L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6, riferendosi alla norma definitoria originariamente contenuta nella proposta in esame (cfr. § 2). Analogamente, F. PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 marzo 2015, 29. È appena il caso di ricordare che la distinzione tra identità di genere e sesso biologico è il presupposto della l. 16 aprile 1982, n. 164 (ritenuta conforme a Costituzione da Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, 1173 ss.)

133 Su tale paradigma, A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Udine, 2011, 35 ss.; cfr. anche A. GASPARINI, C. LA TORRE, S. GORINI, M. RUSSO, *Homophobia in the Italian Legal System: File not Found*, in L. Trappolin, A. Gasparini, R. Wintemute (a cura di), *Confronting Homophobia in Europe. Social and Legal Perspectives*, Oxford and Portland, 2012, 139 ss., 144 ss., con riferimenti, tra l'altro, al diritto dell'immigrazione e della scuola.

134 G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 275 ss., p. 355 ss.; A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2012, 133; volendo, G. GENTILE, *Un'aggravante per i reati culturalmente motivati? Riflessioni critiche sulla proposta di legge Sbai*, in L. Stortoni, S. Tordini Cagli (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, Bologna, 2012, 76-77.

135 Ad esempio, la Costituzione è «intollerante nei confronti degli intolleranti», perché non ammette l'utilizzo della violenza nella dialettica politico-sociale (art. 18,

e in seconda battuta giustifica la prevalenza riconosciuta a un valore con argomenti che prescindano dall'adesione a una determinata visione religiosa o morale: per fare un esempio¹³⁶, il divieto di uccidere è un precetto sia religioso, sia morale, ma la legittimità del reato di omicidio può (e deve) essere razionalmente argomentata su altre basi, che nel nostro sistema danno corpo al principio di offensività¹³⁷.

6. Il pluralismo etico che caratterizza i temi in esame impone al diritto una scelta di campo, non potendo il paradigma eterosessuale propugnato dal Magistero cattolico convivere con il riconoscimento di identità sessuali alternative. Per comprendere la posizione del nostro ordinamento giuridico occorre rivolgersi ai principi sanciti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali¹³⁸. Esaminiamoli nel dettaglio.

Di tutte le componenti dell'identità sessuale, la nostra Carta fondamentale menziona esclusivamente il sesso (art. 3; art. 51 Cost.), ma ciò non ha impedito alla Corte costituzionale di integrare il catalogo dei diritti esplicitamente garantiti dalla Costituzione attraverso l'art. 2 Cost, letto nella sua duplice dimensione individuale e intersoggettiva¹³⁹. In questo modo, sono stati progressivamente riconosciuti: a) il diritto delle persone transessuali «di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritene-

art. 49 e XII disp. trans. fin.): così, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 3/2013, 78. Sulla laicità quale contesto di discussione «all'interno delle coordinate disegnate dall'intollerabile condiviso», si veda G. LIMONE, *Il pensiero costituente come pensiero radicale*, in V. Baldini (a cura di), *Multiculturalismo*, Padova, 2012, 45.

136 Che si ritrova in A. MANNA, *Corso*, cit., 84, e in P. TINCANI, *Principio del danno e omosessualità*, in *Dir. quest. pubb.*, 2015, 55.

137 Sull'offensività quale derivato della laicità, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 447 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 309 ss.

138 Si veda, da ultimo, T. MAZZARESE, *Diritto, diritti, coppie omosessuali*, in *Dir. quest. pubb.*, 2015, 13 ss. Sulla Costituzione quale «sistema di valori positivizzati», autorevolmente A. RUGGERI, *Dignità*, cit., 132; cfr. anche G. CARBONI, *Diritto ed etica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1244 ss.; per alcuni spunti sui principi costituzionali quali parametri valutativi, volendo, G. GENTILE, *Homophobia between Culture and Criminal Law*, in AA. VV., *Bioethical Issues*, cit., 220 ss.; G. GENTILE, *Un'aggravante*, cit., 75 ss.

139 Infatti, la «'persona'», per non scadere a 'individuo'» va considerata anche nella sua «apertura sociale»: così, A. BARBERA, *Art. 2*, in AA. VV., *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 106.

re aspetto e fattore di svolgimento della personalità»¹⁴⁰; b) il «diritto soggettivo assoluto» al libero esercizio della sessualità, che costituisce «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»¹⁴¹; c) «il diritto fondamentale» delle persone omosessuali «di vivere liberamente una condizione di coppia», nella cornice di una stabile convivenza regolata dalla legge¹⁴².

Anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da ora Cedu) non presenta riferimenti normativi espliciti alle componenti dell'identità sessuale diverse dal sesso, ma secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (da ora Corte Edu) l'orientamento sessuale e l'identità di genere sono dimensioni particolarmente intime della vita privata (art. 8 Cedu)¹⁴³, e pertanto devono essere poste al riparo da ingerenze statali, a meno che non sussistano ragioni molto serie¹⁴⁴. Su questa base, si sarebbe formato un «consenso europeo sulle questioni relative al trattamento delle minoranze sessuali» tale da comprimere il potere dei Paesi aderenti alla Cedu¹⁴⁵, ad

140 Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161, cit., 1186-1887. Su questa importante sentenza, cfr. per tutti L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una prospettiva comparata*, in www.federalismi.it, 5 ss., e A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 34 ss. Più di recente, Corte cost., 20 ottobre 2015, n. 221, § 4, in *Giur. cost.*, 2015, 2051, con note di L. FERRARO e di C. TOMBA, ha affermato che il diritto all'identità di genere, in quanto elemento costitutivo dell'identità personale, rientra «a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona».

141 Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Foro it.*, 1989, I, 2118, con nota di L. MANNELLI.

142 Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 1624, con nota di R. ROMBOLI. Il passaggio è ripreso da Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Giur. cost.*, 2014, 2702 ss., con nota di F. SAITTO.

143 Per quanto riguarda l'orientamento sessuale, si vedano Corte Edu, *Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, 19 febbraio 1997, § 36; Corte Edu, *Smith and Grady v. The United Kingdom*, 27 settembre 1999, § 90; Corte Edu, *L. and V. v. Austria*, 9 gennaio 2003, § 36. Sull'identità di genere, cfr. invece Corte Edu, *Goodwin v. The United Kingdom*, 11 luglio 2002, § 77; Corte Edu, *E.B. v. France*, 22 gennaio 2008, § 43. Tutte le sentenze della Corte Edu sono reperibili sul sito <http://hudoc.echr.coe.int>.

144 Su questo principio, cfr. Corte Edu, *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 ottobre 1981, § 52; Corte Edu, *Smith and Grady v. The United Kingdom*, 27 settembre 1999, § 89-90; Corte Edu, *A.D.T v. the United Kingdom*, 31 luglio 2000, § 37; Corte Edu, *S.L. v. Austria*, 9 gennaio 2003, § 30.

145 Così, Corte Edu, *Alekseyev v. Russia*, 21 ottobre 2010, § 83. Sul c.d. margine nazionale di apprezzamento, che riguarda le circostanze in cui i diritti sanciti dalla Cedu possono essere limitati dagli Stati, cfr. per tutti A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 350 ss.

esempio impedendo loro di incriminare i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti¹⁴⁶, oppure di differenziare l'età del consenso ai rapporti sessuali in funzione dell'orientamento¹⁴⁷, o ancora di escludere le persone omosessuali dalle forze armate¹⁴⁸. Laddove un consenso europeo manchi, e correlativamente la discrezionalità degli Stati sia più ampia, spetta comunque alle minoranze sessuali la libertà di identificarsi pubblicamente come tali e di manifestare pacificamente a favore di diritti non ancora riconosciuti, ad esempio quelli all'adozione e al matrimonio¹⁴⁹. A quest'ultimo proposito, gli Stati hanno la facoltà, ma non l'obbligo di estendere tale istituto alle coppie omosessuali¹⁵⁰. Nondimeno, l'assenza di una qualsivoglia regolamentazione in materia di unioni tra persone dello stesso sesso può implicare la violazione dell'art. 8 Cedu¹⁵¹, *sub specie* di mancato rispetto della vita familiare¹⁵². Inoltre, la competenza degli Stati a legiferare in materia di famiglia incontra un limite nel principio di non discriminazione sancito

146 Così, Corte Edu, *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 ottobre 1981, § 41 ss.; Corte Edu, *Norris v. Ireland*, 26 ottobre 1988, § 35 ss.; Corte Edu, *Modinos v. Cyprus*, 22 aprile 1993, § 17 ss.

147 Il principio è stato sancito da Corte Edu, *L. and V. v. Austria*, 9 gennaio 2003, § 34 ss., e da Corte Edu, *S.L. v. Austria*, 9 gennaio 2003, § 27 ss., relative alla legislazione austriaca, che puniva i rapporti sessuali con minori consenzienti di età compresa tra i 14 e i 18 anni solo se posti in essere tra maschi.

148 I *leading cases* sono Corte Edu, *Smith and Grady v. The United Kingdom*, 27 settembre 1999, § 69 ss.; Corte Edu, *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, 27 settembre 1999, 62 ss., in merito ad alcune linee-guida delle Forze armate del Regno Unito, le quali stabilivano che l'«omosessualità, sia maschile che femminile, è incompatibile con il servizio».

149 Corte Edu, *Alekseyev v. Russia*, 21 ottobre 2010, § 84, che ha condannato la Russia ai sensi degli articoli 11, 13 e 14 Cedu per aver vietato lo svolgimento di manifestazioni dell'orgoglio omosessuale.

150 A partire dalla sentenza *Schalk and Kopf v. Austria*, 14 giugno 2010, § 60 ss., la Corte di Strasburgo ha infatti riletto l'art. 12 Cedu, che riconosce il diritto di sposarsi a «uomini e donne», alla luce dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che in maniera più neutra sancisce il «diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia» proprio per non precludere agli Stati la facoltà di ammettere al matrimonio le coppie omosessuali.

151 Corte Edu, *Oliari and others v. Italy*, 21 luglio 2015, § 165 ss.

152 Sul progressivo riconoscimento della qualifica di famiglia alle unioni omosessuali, si vedano M. C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, 89 ss.; G. VIGGIANI, *La resilienza dell'eteronormatività nell'interpretazione degli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Mat. st. giur. mod.*, 2015, 94 ss.

dall'art. 14 Cedu, che si estende anche agli ambiti dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, sebbene non li menzioni espressamente¹⁵³.

L'orientamento sessuale trova invece un riconoscimento normativo espresso nel quadro istituzionale dell'Unione europea. Infatti, l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, tra l'altro, sul sesso e sull'orientamento sessuale¹⁵⁴; inoltre, l'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea impegna l'Unione a modulare le sue politiche e le sue azioni in vista della lotta contro tali discriminazioni, e l'art. 19 del medesimo Trattato attribuisce al Consiglio il potere di adottare i provvedimenti opportuni¹⁵⁵.

Il principio di non discriminazione ha trovato applicazione in alcune sentenze della Corte di Giustizia (da ora CGUE)¹⁵⁶, e ha fornito la base giuridica alla direttiva 2000/78/CE, che al fine di garantire la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro vieta le discriminazioni di-

153 L'elencazione contenuta nell'art. 14 Cedu è infatti esemplificativa, e non esaustiva (per tutte, Corte Edu, *Engels and others v. The Netherlands*, 8 giugno 1976, § 72). Contrasta pertanto con il principio di non discriminazione il negare la custodia di una figlia al padre omosessuale in ragione del suo orientamento (Corte Edu, *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, 21 dicembre 1999, § 36), il rifiutare l'adozione a una donna che abbia una relazione sentimentale con un'altra donna, concedendola invece ai *singles* (Corte Edu, *E.B. v. France*, 22 gennaio 2008, § 96), non concedere al convivente omosessuale il diritto di subentrare nel contratto di locazione stipulato dal partner deceduto (Corte Edu, *Karner v. Austria*, 24 luglio 2003, § 42), predisporre un modello legislativo di unione civile accessibile alle sole coppie eterosessuali (Corte Edu, *Vallianatos and others v. Greece*, 7 novembre 2013, § 92), o ancora negare al partner dello stesso sesso il permesso di soggiorno per motivi familiari (Corte Edu, *Taddeucci et McCall C. Italie*, 30 giugno 2016, § 83 ss.).

154 E non sulle «tendenze sessuali», come erroneamente si legge in alcune traduzioni italiane della Carta: la versione inglese parla infatti di *sexual orientation*, quella francese di *orientation sexuelle*, quella tedesca di *sexuelle Ausrichtung*, quella spagnola di *orientación sexual*, ecc.

155 Una più dettagliata esposizione del quadro normativo, anche in una prospettiva dinamica, in E. ELLISS, P. WATSON, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford-New York, 2012, 8 ss.

156 CGUE, *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, 27 aprile 2006, C-423/04; CGUE, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1° aprile 2008, C-267/06; CGUE, *Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 maggio 2011, C-147-08, tutte in tema di benefici pensionistici. In precedenza, cfr. *P. v. S.*, 30 aprile 1996, C-13/94, che ha esteso alle persone transessuali la tutela prevista contro i licenziamenti discriminatori in ragione del sesso. Su tali sentenze, M. C. VITUCCI, *La tutela*, cit., 104 ss.; in precedenza, D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto: un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, 233 ss.

rette e indirette legate, tra l'altro, al sesso e all'orientamento sessuale¹⁵⁷: nelle prime, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattato un altro soggetto in una situazione analoga, e ciò in ragione di una delle caratteristiche protette dalla direttiva (ad esempio, il dichiarare pubblicamente che non si assumeranno persone omosessuali le discrimina, perché costoro rinunceranno a presentare le loro candidature¹⁵⁸); le seconde, invece, si basano su posizioni, criteri o prassi apparentemente neutri, ma comunque in grado di determinare una posizione di svantaggio, e non oggettivamente giustificabili (ad esempio, un limite minimo di altezza per l'accesso a un concorso pubblico potrebbe sfavorire le donne¹⁵⁹).

Tale divieto di discriminazione non è stabilito in termini assoluti, perché gli Stati membri hanno la facoltà di autorizzare le disparità di trattamento basate sull'età o su una caratteristica che costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa¹⁶⁰. Inoltre, le c.d. organizzazioni di tendenza, che svolgono attività improntate a una determinata visione del mondo, possono legittimamente discriminare chi non la condivide, a condizione che l'elemento religioso o ideologico sia un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento della mansione lavorativa¹⁶¹.

157 Di nuovo, la traduzione italiana della direttiva parla erroneamente di tendenze sessuali.

158 Nel caso deciso in *CGUE, Associatia Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 aprile 2013, C-81/12, si trattava di un dirigente di una squadra calcistica che aveva pubblicamente dichiarato di preferire l'ingaggio di un calciatore proveniente dai vivai giovanili a quello di un giocatore (presunto) omosessuale. Nella giurisprudenza italiana, cfr. Trib. Bergamo-sez. Lavoro, 6 agosto 2014, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford c. Carlo Taormina, e Corte app. Brescia – sez. Lavoro, 11 dicembre 2014, Carlo Taormina c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford (entrambe disponibili in www.asgi.it), relative a un noto avvocato che, durante un'intervista radiofonica, aveva più volte dichiarato di non volere nel suo studio collaboratori omosessuali.

159 Sulla specifica questione, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2013, 191-192.

160 Ad esempio, ai sensi dell'art. 3, d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216, è legittimo impedire alle persone condannate in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile di curare, assistere, istruire ed educare persone minorenni. A seguito dell'avvio della procedura di infrazione n. 2006/2441, *Commissione c. Italia*, è stata invece abrogata la clausola che consentiva di valutare le caratteristiche connesse alla religione, alle opinioni personali, all'handicap e all'orientamento sessuale di una persona nei casi in cui le stesse assumessero «rilevanza ai fini dello svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare».

161 Per approfondimenti, cfr. A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele*, Padova, 2010, 198 ss. La legittimità degli obblighi di fedeltà

Tirando le fila, e tralasciando i problemi di coordinamento tra i diversi sistemi normativi¹⁶², si è tratteggiato uno scenario costituzionale nel quale l'omosessualità e il transessualismo non sono condizioni da stigmatizzare, ma al contrario costituiscono il referente di alcuni diritti fondamentali che il legislatore ha l'obbligo di tutelare¹⁶³: il diritto all'identità di genere; il diritto al libero esercizio della sessualità; il diritto delle persone omosessuali a vivere una relazione di coppia disciplinata dalla legge; in alcuni contesti, il diritto di non subire discriminazioni irragionevoli; il diritto di esternare pubblicamente la propria identità sessuale, anche per pretendere ulteriori diritti attualmente non riconosciuti.

Tale scenario disattende gran parte degli insegnamenti del Magistero cattolico¹⁶⁴, che allo scopo di difendere «la libertà e la dignità della persona»¹⁶⁵ chiede alle persone omosessuali di reprimere la loro sessualità¹⁶⁶, avverte che in caso contrario sarebbe «non solo lecito ma obbligatorio» limitarne i diritti¹⁶⁷, e afferma che in particolari ambiti «non è ingiusta discriminazione tener conto della tendenza sessuale: per esempio, nella collocazione di bambini per adozione o affido, nell'assunzione di insegnanti o allenatori di atletica, e nel servizio militare»¹⁶⁸.

Chi è vicino alle posizioni della Chiesa cattolica ha denunciato l'«ideologia postmoderna dei 'diritti umani'», che esalta l'autodeterminazione assoluta dell'individuo e non concepisce il diritto quale «facoltà pertinente al soggetto per il solo fatto di essere persona, affinché esso realizzi il bene consentaneo alla sua natura di ente razionale capace di conoscere il vero e di attuare il buono e il giusto»¹⁶⁹.

rafforzati nei confronti delle organizzazioni di tendenza è stata avallata anche da Corte Edu, *Fernández Martínez v. Spain*, 12 giugno 2014, § 128 ss.

162 Sui quali si veda almeno S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*. Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 3/2013, 242 ss.

163 Beninteso, non si sta ancora parlando di tutela penale (cfr. § 7).

164 Cfr. § 5.

165 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 7.

166 Si legga il § 2359 del *Catechismo della Chiesa cattolica*, e in dottrina L. MORASUTO, *Omofobia e medioevo*, in *Genius*, 1/2015, 69.

167 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 12.

168 CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Alcune considerazioni*, cit., § 11.

169 M. RONCO, *La tutela penale della persona e le ricadute giuridiche dell'ideologia del genere*, in F. D'Agostino (a cura di), *Identità*, cit., 65. Segnala «il carattere controverso e purtroppo decisamente ambiguo che ha assunto negli ultimi decenni la teoria dei diritti umani», F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, cit., 98.

I diritti umani diventano così terreno di scontro¹⁷⁰, e non più la «lingua franca del pensiero morale globale»¹⁷¹, confermando l'esattezza del rilievo reso celebre da Maritain, e cioè che sui diritti si è tutti d'accordo «a condizione che non ci si domandi il perché. Col perché comincia la disputa»¹⁷².

Nel nostro caso, dovrebbe essere ormai chiaro che la disputa si gioca sul piano morale¹⁷³. Da un lato, si afferma che l'orientamento sessuale e l'identità di genere si radicano nella dimensione più intima della persona, e che spetta a quest'ultima decidere come viverli¹⁷⁴; dall'altro, si replica che l'uomo ha «nel suo cuore una legge scritta da Dio; obbedire ad essa è la dignità stessa dell'uomo»¹⁷⁵.

In altri termini, si ripresenta la nota ambivalenza della nozione di dignità umana¹⁷⁶, che assume una dimensione soggettiva o oggettiva a seconda del suo referente, e cioè rispettivamente il punto di vista della persona oppure le sue caratteristiche universali, in quanto tali sottratte all'autonomia individuale: nel secondo caso, si perde «il potere di definizione sulla propria dignità», e quest'ultima si converte nella pretesa di un comportamento (oggettivamente) dignitoso¹⁷⁷.

170 Così, M. MORI, *Manuale*, cit., 396.

171 Riprendendo il noto parallelo di M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, 55, tra il lessico dei diritti umani e l'inglese, «lingua franca dell'economia globale».

172 J. MARITAIN, *Introduzione*, in AA.VV., *I diritti dell'uomo. Testi raccolti dall'Unesco*, Milano, 1960, 12, riferisce che questa frase sarebbe stata pronunciata durante una riunione di una Commissione nazionale dell'Unesco, come risposta a chi si era meravigliato che tutti si fossero trovati d'accordo sull'elenco dei diritti.

173 Che l'identificazione dei principi costituzionali presupponga il ricorso ad argomentazioni morali, e ne sia pertanto influenzata, è messo in luce da G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1400 ss.

174 Libertà che, come sappiamo (cfr. § 3), non va confusa con un volontarismo assoluto.

175 *Costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo Gaudium et Spes*, 7 dicembre 1965, § 16, in www.vatican.va. Di conseguenza, quando «respinge le dottrine erronee riguardanti l'omosessualità, la Chiesa non limita ma piuttosto difende la libertà e la dignità della persona, intese in modo realistico e autentico» (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai vescovi*, cit., § 7).

176 Tra gli altri, G. BECCHI, *Dignità umana*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Torino, 2012, 158 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 241 ss.; A. RUGGERI, *Dignità*, cit., 137; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 9 ss.

177 K. SEELMAN, *Filosofia del diritto*, Napoli, 2006, 257-258, concludendo che una «tale interpretazione della dignità umana corre il rischio di proteggere una determinata immagine dell'uomo».

Il carattere indefinito della dignità umana spiegherebbe le ragioni del suo successo¹⁷⁸, testimoniato dai numerosi documenti che la evocano¹⁷⁹, e tale duttilità le consentirebbe di adeguarsi ai diversi sistemi giuridici, assumendo un contenuto e un carattere giuridicamente vincolante che «non è avulso, ma discende e dipende, dalla tavola e dalla gerarchia di valori proprie di ciascuna cultura»¹⁸⁰. Di conseguenza, le due dimensioni – soggettiva e oggettiva – della dignità non si escluderebbero a vicenda, perché entrambe costitutive del paradigma, e rappresenterebbero «il precipitato storico della diversa tipologia di problemi con i quali l'ordinamento giuridico si è trovato volta per volta a confrontarsi»¹⁸¹.

Anche la nostra Costituzione, che accoglie sia il principio di autodeterminazione (dal quale deriva la libertà di progettare le proprie esperienze di vita come meglio si crede) sia il principio solidaristico (che invece impone il dovere di considerare le esigenze degli altri) non avrebbe definitivamente risolto la dialettica tra dignità soggettiva e dignità oggettiva¹⁸². La questione andrebbe affrontata caso per caso, tenendo conto della situazione concreta da disciplinare, e l'operatore giuridico dovrebbe stabilire «se la dignità stessa sia o no ferita nelle singole esperienze di vita» alla luce di «*consuetudini sociali diffuse di riconoscimento*», ossia di parametri morali storicamente determinati che si differenziano dagli apprezzamenti arbitrari del singolo perché raccolgono un diffuso consenso razionale¹⁸³, e allo stesso tempo traggono forza dalla loro recezione giurisprudenziale¹⁸⁴.

178 Così, per tutti, G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 558-559.

179 Accurate rassegne in G. RESTA, *Dignità*, cit., 5 ss.; C. DRIGO, *La dignità umana*, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2014, 166 ss.; E. RIPEPE, *Sulla dignità umana*, in E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino, 2014, 2 ss.

180 Così, E. RIPEPE, *Sulla dignità umana*, cit., 20. Sulla dimensione storicamente determinata della dignità, cfr. W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, 135 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni*, cit., 560; C. DRIGO, *La dignità umana*, cit., 162; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto*, Bologna, 2015, 32-33.

181 G. RESTA, *Dignità*, cit., 14.

182 A. RUGGERI, *Dignità*, cit., 146.

183 Direbbe R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 2010, 358 ss., che la convinzione morale va intesa in senso «discriminatorio» e non «antropologico», in modo da distinguere le posizioni che possono vantare a loro sostegno buone ragioni da quelle fondate su pregiudizi, avversioni, razionalizzazioni, ecc.

184 A. RUGGERI, *Dignità*, cit., 149 ss., il quale però precisa che alcuni tratti della dignità umana sono assoluti e universali. Cfr. anche O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 357, il quale osserva

Il problema è che, in assenza di referenti legislativi, l'onere di tali delicate operazioni valutative ricade sulle Corti supreme. Il consentire a organi non elettivi il potere di compiere scelte eticamente connotate in grado di vincolare il Parlamento, e in generale tutta la collettività, solleva diversi interrogativi¹⁸⁵, soprattutto quando tali organi sono chiamati a pronunciarsi su diritti privi di un fondamento testuale esplicito.

Forse è per compensare questo *deficit* di legittimazione democratica che le Corti supreme hanno spesso collegato il riconoscimento dei diritti legati all'identità sessuale all'evoluzione della morale¹⁸⁶, nel corso degli anni sempre più aperta nei confronti delle minoranze sessuali¹⁸⁷.

Ciò è particolarmente evidente nella giurisprudenza della Corte Edu¹⁸⁸, ad esempio quando si è trattato di dichiarare l'illegittimità delle leggi che punivano i rapporti omosessuali¹⁸⁹, oppure quando si è estesa la nozione di famiglia alle coppie omosessuali¹⁹⁰, o ancora quando si è dichiarato che il genere non può essere determinato sulla scorta di criteri puramente biologici¹⁹¹. Addirittura, nella recente sentenza *Oliari c. Italia*, che ha condannato il nostro Paese per non aver adottato una legislazione sulle unioni omosessuali, si è fatto riferimento ai «sentimenti della maggioranza della popola-

che il rispetto del precedente sottrae spazio alle valutazioni morali (e quindi le oggettività), «perché lega la pronuncia giudiziale a parametri predeterminati, rafforzandone la legittimazione e l'accettazione».

185 Interrogativi che riguardano la legittimazione democratica dei Giudizi costituzionali, la loro competenza specifica nel ragionamento morale, la possibilità stessa di accedere ai valori: in merito, si veda l'approfondita messa a punto di O. CHessa, *I giudici*, cit., 103 ss., 279 ss; sul rapporto tra Costituzione e valori, basti il rinvio a G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, che offre un ottimo quadro dialettico del dibattito.

186 Già Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161, cit., 1184, fece salva la l. 164/1982, recante la disciplina del transessualismo, collocandola «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale». Non si dimentichi che, prima dell'intervento legislativo, la stessa Corte aveva negato l'esistenza del diritto all'identità di genere (Corte cost., 26 luglio 1979, n. 98, in *Giur. cost.*, 1979, 719 ss.).

187 Alcuni dati statistici dimostrerebbero che, a livello europeo, prevale l'accettazione sociale dell'omosessualità: così, F. PESCE, *Omofobia*, cit., 34-35.

188 Criticata da G. VIGGIANI, *La resilienza*, cit., 86, perché fungerebbe da «strumento di ratifica della morale dominante nel Consiglio d'Europa». Quanto detto nel testo invita però a chiedersi se l'atteggiamento della Corte Edu sia dettato solamente dal conservatorismo.

189 Corte Edu, *Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 ottobre 1981, § 60.

190 Corte Edu, *Schalk and Kopf v. Austria*, 14 giugno 2010, § 93.

191 Corte Edu, *Goodwin v. The United Kingdom*, 11 luglio 2002, § 90 ss.

zione italiana», ricostruiti attraverso alcune indagini statistiche dalle quali emergerebbe «l'accettazione popolare delle coppie omosessuali, come pure un supporto popolare al loro riconoscimento e alla loro protezione»¹⁹².

Il tema dei diritti umani, e del loro fondamento¹⁹³, richiederebbe ben altri approfondimenti, impossibili in questa sede. Ai nostri fini basti, da un lato, aver tracciato il quadro dei diritti umani inerenti all'identità sessuale¹⁹⁴; dall'altro, aver evidenziato la premessa morale sottintesa a tale quadro, e cioè l'idea che ognuno deve essere libero di esprimere la propria identità di genere e il proprio orientamento sessuale, e non l'identità o l'orientamento che oggettivamente si ritengono giusti o naturali¹⁹⁵. Il dibattito sulla razionalità morale di tale premessa resta ovviamente aperto¹⁹⁶.

192 Corte Edu, *Oliari and others v. Italy*, § 181. Si allude all'indagine sulle *Discriminazioni in base al genere, all'orientamento sessuale e all'appartenenza etnica* condotta dall'ISTAT nel 2011, e pubblicata il 17 maggio 2012, il cui report *La popolazione omosessuale in Italia* può leggersi in www.istat.it. Sulle precedenti indagini empiriche, cfr. S. COSTANTINO, *Criminalità e devianze. Società e divergenze, mafie e Stati nella seconda modernità*, Roma, 2004, 195 ss.

193 Ammesso che si riesca a sfuggire al c.d. trilemma di Münchhausen, secondo il quale la ricerca del fondamento ultimo conduce a tre possibili esiti, tutti paragonabili all'espedito del fantasioso Barone di tirarsi fuori dalla palude afferrandosi per il codino: il regresso all'infinito; il circolo vizioso; l'interruzione arbitraria della ricerca (su tale trilemma, e sulle strategie di superamento, per tutti K. SEELMAN, *Filosofia*, cit., 192 ss.). Ravvisa nel rapporto tra sovranità e diritti fondamentali un fondamento aporetico, essendo «la forza stessa la fonte e il riconoscimento del proprio contraddittore», G. LIMONE, *Il sacro come la contraddizione rubata. Prolegomeni a un pensiero metapolitico dei diritti fondamentali*, Napoli, 2000, 185 ss.

194 Osserva O. CHESSA, *I giudici*, cit., 354 ss., che il diritto giurisprudenziale è «provvisoriamente vero» fino a quando non è falsificato.

195 Anche la Corte suprema degli Stati Uniti d'America, nel caso *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 572 e 574 (2003), ha posto l'accento sul progressivo riconoscimento della libertà di «decidere su come condurre la propria vita privata nelle questioni concernenti il sesso», evidenziando che si tratta di «scelte centrali per la dignità della persona e per la sua autodeterminazione».

196 Insiste sull'aspetto della giustificazione, M. MORI, *Manuale*, cit., 30 ss., individuando in ciò la differenza tra l'etica e i sentimenti non morali. Esempi di argomentazione morale a favore della premessa segnalata, dallo specifico punto di vista del matrimonio tra persone dello stesso sesso, in N. VASSALLO, *Il matrimonio omosessuale è contro natura. Falso!*, Bari-Roma, 2015, e in G. ZANETTI, *Su alcuni aspetti filosofico-giuridici del dibattito americano sul same-sex marriage*, in *Dir. quest. pubb.*, 2015, 73 ss. In senso contrario, insistendo sulla dimensione ontologica dell'eterosessualità quale unica condizione che renderebbe possibile l'aprirsi della persona alla conoscenza dell'altro, v. ad esempio G. GAMBINO, *Le unioni*, cit., 45 ss., 81 ss.; L. PALAZZANI, *Sex/gender*, cit., 119 ss.

7. Un comportamento che limita un diritto fondamentale – nel nostro caso all'identità di genere e all'orientamento sessuale – è plausibilmente meritevole di pena¹⁹⁷, ma non è detto che quest'ultima sia anche necessaria. La «diseconomicità strutturale» del diritto penale¹⁹⁸, e cioè il suo produrre 'costi' immediati (per la collettività, che deve sovvenzionare l'apparato repressivo; per il reo e i suoi congiunti, che subiscono il danno della pena) in vista di benefici futuri e incerti (la tutela dei beni giuridici) ne impone infatti un utilizzo improntato alla logica dell'*extrema ratio*¹⁹⁹.

A tale logica si contrappone il paradigma del diritto penale simbolico²⁰⁰, il quale si disinteressa programmaticamente del raggiungimento degli obiettivi di tutela proclamati, perché lo scopo reale (anche se dissimulato) è quello di lanciare un messaggio, di esaltare i valori di un gruppo a scapito degli altri²⁰¹, di assicurare l'opinione pubblica che i poteri pubblici sono in grado di contrastare determinate patologie sociali²⁰², di convalidare la rappresentazione identitaria che una società ha di sé²⁰³. Il diritto penale simbo-

197 Sui rapporti tra meritevolezza di pena e rango costituzionale dell'interesse in questione, cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 512; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 31-32.

198 Messa in luce da C.E. PALIERO, *L'economia della pena* (un work in progress), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1370.

199 Riflessioni recenti sulla portata di tale principio, e sui modi di garantirne il rispetto, in N. JAGEBORG, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2005, 521 ss.; C. PRITTWITZ, *Strafrecht als propria ratio*, in M. Heinrich, C. Jäger, H. Achenbach, K. Amelung, W. Bottke, B. Haffke, J. Wolter, B. Schünemann (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, I, Berlin-New York, 2011, 23 ss.; G. MARRA, *Verso un diritto penale sperimentale? Metodo ed empiria del canone dell'extrema ratio*, Fano, 2012, 17 ss.

200 Modellistiche del diritto penale simbolico in C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 537-540; S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 494 ss.; J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 173 ss.

201 C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 537.

202 Insistono su questo aspetto, A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, cit., 44 ss.; E. MUSCO, *Consenso e legittimazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 86-87.

203 Anzi, di costruirla, perché se tale identità già esistesse, non ci sarebbe bisogno di tutelarla attraverso il diritto penale: così, con specifico riferimento alle normative penali di contrasto alla discriminazione razziale, M. CANCIO MELIÀ, *"Diritto penale" del nemico?*, in M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 72-73.

lico è pertanto lo strumento prediletto di chi, credendo erroneamente che l'introduzione di un nuovo reato o l'incremento di una pena siano a costo zero²⁰⁴, non si propone di risolvere un problema, ma vuole solo trasmettere l'impressione di farlo. Inevitabili le riserve nei confronti di un modello che trasforma l'intervento punitivo in *prima et unica ratio*; contrasta con il principio di laicità nel momento in cui si brandisce l'arma della pena per imporre valori, e non tutelare interessi concreti²⁰⁵; produce leggi destinate a rimanere sulla carta, o peggio ad avere applicazioni sporadiche nei confronti di malcapitati capri espiatori, magari selezionati tra le persone che, per deficit culturali o di socializzazione²⁰⁶, sono più vulnerabili²⁰⁷.

Va pertanto accordata la massima attenzione a tutte quelle critiche che attribuiscono alla proposta di legge in esame una «valenza essenzialmente simbolica»²⁰⁸. In questa direzione, si è osservato che le condotte discriminatorie o violente motivate dall'omofobia o dalla transfobia sarebbero già punibili a titolo di omicidio, lesioni, violenza privata, minaccia, atti persecutori, ecc., e che la congruità del trattamento sanzionatorio complessivo sarebbe garantita dalla circostanza aggravante dei motivi abietti (art. 61, n. 1, c.p.)²⁰⁹; che mancherebbero dati oggettivi sull'effettiva diffusione dell'omofobia e della transfobia²¹⁰; che l'efficacia generalpreventiva della proposta di legge sarebbe assai dubbia, considerando l'esito fallimentare

204 Che non sia così, è efficacemente dimostrato da C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 439 ss. Sulle leggi penali come «leggi di spesa», da sostenere con adeguati stanziamenti, T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1090-1091.

205 Così, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale*, cit., 150 ss.

206 Ancora C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 445. In riferimento alla proposta in esame, L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6.

207 Sul concetto di selezione, che spiega lo scarto tra i comportamenti astrattamente punibili e quelli che lo sono in concreto, e sui meccanismi (spesso classisti) che lo presiedono, cfr. per tutti C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, 207 ss.

208 Tesualmente, M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 4. Cfr. anche L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6; F. PESCE, *Omofobia*, cit., 28 e 36; G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 120 ss. A dire il vero, lo stesso on. I. SCALFAROTTO, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, 6 giugno 2013, 19, ha parlato di «effetto simbolico che contribuisce a costruire la modernità di un paese e la cultura di una comunità».

209 F. MANTOVANI, *I delitti di "omofobia" e transfobia e le inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2013, 221; F. PESCE, *Omofobia*, cit., 31; G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 115; M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 2; F. D'AGOSTINO, *Sessualità*, cit., 99-100. Si tratta di una posizione già emersa nel dibattito sulle precedenti proposte di legge: ne dà conto, criticamente, E. DOLCINI, *Ancora affossata*, cit., 1395.

210 M. FERRARESI, *La legge*, cit., 211-212; F. PESCE, *Omofobia*, cit., 37.

degli interventi legislativi in materia di violenza sessuale, *stalking*, omicidi commessi alla guida di automobili sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti, ecc.²¹¹; che, in definitiva, la proposta in esame mirerebbe a imporre una determinata visione morale²¹², indicando «autoritativamente per tutti cosa è bene e cosa è male»²¹³.

A ben vedere, non si tratta di assunti incontrovertibili. Come sappiamo²¹⁴, l'estensione della l. Reale ai motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia consentirebbe la punibilità di condotte che, *de iure condito*, non sono penalmente rilevanti. Tralasciando le ipotesi che destano maggiori perplessità sul piano dei principi generali, e cioè le condotte prodromiche alla discriminazione e alla violenza, si pensi alla commissione di atti di discriminazione, reato a forma libera che non si estrinseca necessariamente in condotte violente, minacciose o offensive sussumibili nello schema delle percosse, delle lesioni, della violenza privata, ecc.²¹⁵: attualmente, non è pertanto punibile chi si rifiuta di servire il caffè alle persone omosessuali²¹⁶,

211 F. MANTOVANI, *I delitti*, cit., 223; F. PESCE, *Omofobia*, cit., 33. In un altro contesto, però, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 321, ha ravvisato nell'effetto stigmatizzante dei precetti penali «la primaria forma di controllo sociale», spingendosi ad affermare che «il deprecato 'simbolismo' di una norma, per la sua scarsità e difficoltà di applicazione, non significa, per ciò solo, 'inutilità' di essa e, quindi, opportunità della sua abrogazione».

212 F. MANTOVANI, *I delitti*, cit., 223.

213 M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 4.

214 Cfr. § 1.

215 La fattispecie non richiede peculiari modalità di condotta (per tutti, L. FARNARI, *Discriminazione razziale*, cit., 1036), sebbene Cass., sez. V, 24 gennaio 2001, n. 31655, Gariglio, in *Riv. pen.*, 2001, 1018, abbia incidentalmente affermato che la «discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa è attuabile in concreto, solo con atti di coercizione, fisica o morale, che sono diretti a realizzare illegittimamente una costrizione su per limitarne il libero esercizio di diritti di cui sono titolari (atti che integrano di volta in volta la violenza privata, l'estorsione, le lesioni volontarie ed altre figure delittuose)».

216 Cfr. Cass., Sez. III, 5 dicembre 2005, n. 46783, Zerman, in *Cass. pen.*, 2006, 873 ss., e Cass., Sez. III, 11 ottobre 2006, n. 37773, Zerman, in *Riv. pen.*, 2007, 150 ss., relative ai gestori di un bar che si erano rifiutati sistematicamente di servire alcuni clienti nordafricani. In assenza dei motivi tipizzati dalla l. Reale, la condotta potrebbe invece integrare l'illecito amministrativo previsto dall'art. 221-bis, comma 1, R.D. 18 giugno 1931, n. 773, in combinato disposto con l'art. 187, R.D. 6 maggio 1940, n. 635 («Salvo quanto dispongono gli artt. 689 e 691 del codice penale, gli esercenti non possono, senza un legittimo motivo, rifiutare le prestazioni del proprio esercizio a chiunque le domandi e ne corrisponda il prezzo»).

oppure chi vieta a delle persone transessuali l'ingresso in un locale aperto al pubblico²¹⁷.

D'altro canto, l'aggravante (a effetto comune) dei motivi abietti non costituisce un equivalente funzionale di quella (a effetto speciale) prevista dalla l. Mancino, la quale contempla un regime giuridico più rigoroso – secondo alcuni, più congruo al disvalore del fatto²¹⁸ – in punto di bilanciamento con eventuali attenuanti, procedibilità, rito processuale, sequestro e confisca, ecc.²¹⁹; senza dimenticare che, nella prassi giurisprudenziale corrente, l'omofobia e la transfobia non sono considerati motivi abietti²²⁰.

Per quanto attiene al *deficit* di fondamento empirico della proposta in esame e alla sua presumibile inefficacia preventiva, va innanzitutto problematizzata l'idea che le indagini statistiche sarebbero connotate da un «buon livello di oggettività, impermeabile alle influenze politiche e alle emotività sociali da cui scaturiscono decisioni legislative fallimentari»²²¹.

A dispetto della loro apparente neutralità, anche le scienze empiriche sono permeate da componenti valutative²²², legate alla scelta tra opzioni metodologiche differenti, al contesto in cui opera il ricercatore²²³, e a volte

217 Nella vicenda decisa da Trib. Torino, sez. I, 13 gennaio 1997, Cupani, in *Quest. giust.*, 1997, 478 ss., con nota di A. CAPUTO, si era impedito a un marocchino e a un tunisino di assistere a uno spettacolo...di musica africana.

218 M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 129.

219 Cfr. § 1

220 Insiste su questo punto E. DOLCINI, *Ancora affossata*, cit., 1395, osservando che tale aggravante trova applicazione, per giurisprudenza consolidata, solo quando il motivo suscita il ribrezzo di una persona di moralità media. Per una diversa lettura, G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 115 (e adesivamente E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 14), il quale propone di considerare abietto il motivo che contrasti con il principio di uguaglianza e la dignità dell'uomo. Sulla necessità di valutare la moralità alla luce di principi normativi, nel caso specifico quelli ricavabili dai diritti all'identità sessuale, si veda, volendo, G. GENTILE, *Homophobia*, cit., 222.

221 F. PESCE, *Omofobia*, cit., 37.

222 F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1235-1236. Altri riferimenti, volendo, in G. GENTILE, *Appunti sulla (pretesa) natura tecnica dell'individuazione delle sostanze stupefacenti*, in G. Balbi, A. Esposito (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Torino, 2011, 241 ss.

223 Ad esempio, si è obiettato ad alcuni studi empirici sulla prevenzione generale positiva che l'eccessiva rilevanza sociale attribuita al diritto penale avrebbe indotto i ricercatori a dare per scontata la connessione tra l'introduzione di una norma incriminatrice e l'adesione alla norma sociale sottostante: su questo dibattito, V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in A. Castaldo, V. de Francesco, M. del Tufo, L. Monaco, S. Manacorda (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 36.

a veri e propri pregiudizi. La stessa interpretazione dei risultati ottenuti può essere ambivalente: ad esempio, l'assenza di casi accertati di discriminazioni lavorative dovute all'orientamento sessuale o all'identità di genere, che per l'UNAR (Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali) dipenderebbe dalla ritrosia delle vittime a denunciare²²⁴, dimostrerebbe secondo altri il generale clima di accettazione nei confronti delle persone omosessuali²²⁵.

In ogni caso, i dubbi sul grado di diffusione delle discriminazioni dovute all'omofobia e alla transfobia e sull'efficacia preventiva delle disposizioni non comportano un divieto assoluto di legiferare²²⁶. L'esigenza di un controllo critico sulle opzioni incriminatrici deve realisticamente contemperarsi, da un lato, con un dato di fatto, e cioè che i giudizi prognostici sono strutturalmente incerti, dall'altro, con la discrezionalità del legislatore²²⁷. A tal riguardo, si è osservato che una «delle funzioni positive della legislazione consiste proprio in questo, che nelle situazioni dubbie, non risolvibili in modo puramente cognitivo, viene emessa una decisione politica»²²⁸. Naturalmente, si tratta di una discrezionalità vincolata al rispetto dei parametri costituzionali, ma che non si esaurisce in calcoli esclusivamente economici, perché il diritto penale risente di considerazioni assiologiche

224 UNAR, *Strategia nazionale per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere 2013 – 2015*, Roma, 2013, 15, in www.unar.it.

225 M. FERRARESI, *La legge*, cit., 211-212. Dalla già citata indagine ISTAT del 2011 risulta però che il 7,7% degli intervistati giustifica chi non assume una persona omosessuale (e la percentuale sale al 24, 8% quando si parla di persone transessuali).

226 Che la regola *in dubio pro libertate* abbia valore solamente tendenziale, è dimostrato da G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 134 ss., con riferimento alla dannosità sociale. Cfr. anche C.E. PALIERO, *Il principio*, cit., 465-467, secondo il quale la prova dell'effettività dell'incriminazione dovrà essere tanto più certa, quanto più dubbia sia apparsa la dannosità del comportamento. Più in generale, nel senso che l'*in dubio pro libertate* tenderebbe a problematizzare le opzioni incriminatrici, ma non a fondare una massima decisoria rigida, W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, 200-202.

227 Sul punto, D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 505-506. Spunti anche in F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, Milano, 1983, 222; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 249. Accorda maggiore fiducia al dato empirico, G. MARRA, *Verso un diritto penale sperimentale?*, cit., 43 ss.

228 K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmenschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1972, 328.

che «trascendono il sistema e la cui realizzazione va perseguita 'a qualsiasi costo'»²²⁹.

Per affrontare l'ultima critica, secondo la quale la proposta in esame pretenderebbe di imporre alla collettività un'opzione morale ancora controversa, occorre prendere le mosse da una premessa, e cioè che il diritto penale presenta necessariamente alcuni aspetti simbolico-espressivi²³⁰: sul piano delle funzioni, ossia degli effetti prodotti nella società²³¹, la pena è «uno strumento (socio)eticamente *valutativo* (*svalutativo*)» che esprime la disapprovazione sociale nei confronti dell'aggressione al bene tutelato, e di riflesso l'importanza di quest'ultimo²³²; per quanto attiene agli scopi (ritenuti) legittimi²³³, la dimensione comunicativa del diritto penale si esalta nella prevenzione generale positiva, ossia in quella strategia, definita non a caso pedagogica²³⁴, che affida all'autorevolezza del messaggio veicolato dalla norma incriminatrice e al suo auspicabile radicamento nelle coscienze dei consociati l'ambizioso compito di contribuire all'orientamento culturale della collettività²³⁵.

229 C.E. PALIERO, *L'economia*, cit., 1372. Cfr. anche N. JAGEBORG, *Criminalization*, cit., 534. Con specifico riferimento alla proposta in esame, M. PELISSERO, *Omofoobia*, cit., 25.

230 È la premessa di L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 14, all'accusa di simbolismo rivolta alla l. Reale. Un'ampia analisi di tali effetti in J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *Il diritto penale simbolico*, cit., 154 ss.

231 Si parla di funzione nel senso di «somma delle sole conseguenze obiettive che il diritto produce nei confronti della società, del tutto a prescindere da scopi o fini soggettivamente perseguiti dai protagonisti dell'impresa giuridica»: su tale accezione del termine, G. FIANDACA, *Intorno a «scopi» e «funzioni» nel diritto penale*, in A. Castaldo, V. de Francesco, M. del Tufo, L. Monaco, S. Manacorda (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 108.

232 C.E. PALIERO, *L'economia della pena*, cit., 1369. Cfr. § 5.

233 Senza considerare, pertanto, le controverse teorie espressive della pena, che vedono appunto nella commissione del reato e nella reazione sanzionatoria altrettanti atti comunicativi: una recente analisi critica in G. FIANDACA, *Intorno*, cit., 119 ss. A proposito dei contenuti comunicativi evidenziati da tali teorie, L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2009, 129, parla di «effetti naturali della sanzione penale, mere conseguenze collaterali, sia pure desiderabili».

234 Tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 4; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 24; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 18.

235 Com'è noto, la teoria della prevenzione generale positiva gode di larghissimo credito, anche nella giurisprudenza costituzionale (cfr. ad esempio Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 713, dove si parla di «funzione d'orientamento culturale e di determinazione psicologica operata dalle leggi pe-

Pertanto, la differenza tra il diritto penale «normale» e quello «simbolico» è quantitativa²³⁶, e la legittimità delle componenti comunicative del primo modello va misurata, ancora una volta, alla stregua del principio di laicità²³⁷, che vieta di utilizzare la forza motivazionale delle norme incriminatrici «per ‘costruire’ penalisticamente il rispetto di beni estranei al riconoscimento sociale o comunque per tutelare beni inessenziali alla convivenza civile»²³⁸. Invece, il diritto penale può essere chiamato a convalidare e rafforzare gli orientamenti di valore della collettività²³⁹, nella misura in cui ciò sia strumentale alla tutela di un bene giuridico²⁴⁰.

La diffusione del riconoscimento sociale delle minoranze sessuali, che la proposta in esame sottintende, è stata già evidenziata in sede di analisi della giurisprudenza delle Corti supreme²⁴¹. Verifichiamo l'altra condizione di legittimità, ossia la sussistenza di un bene giuridico meritevole di tutela.

-
- nali»). Un'analisi a più voci su tale teoria è offerta dai contributi raccolti in B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jareborg (a cura di), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen in deutsch-englisch Dialog. Uppsala Symposium 1996*, Heidelberg, 1998. Più di recente, V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale*, cit., 17 ss., 66 ss., con esiti sostanzialmente demolitori.
- 236 Così, W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H.-J. Rudolphi (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 2001, 1016. Analogamente, S. BONINI, *Quali spazi*, cit., 497 ss., 518 ss.
- 237 Nel senso che «la ricerca di un effetto di stabilizzazione della coscienza sociale» intorno ai principi dell'ordinamento non implichi un «atto illiberale di intromissione, illecita, nella sfera di libertà dei cittadini», S. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., 63.
- 238 L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 61. Cfr. anche F. PALAZZO, *Corso*, cit., 18, il quale paventa che il legislatore possa strumentalizzare la particolare valenza espressiva del diritto penale per agevolare l'interiorizzazione di un valore non ancora sufficientemente radicato nella società. Ammette invece che singole norme penali siano volte a «correggere» l'orientamento culturale della collettività, ferma restando la necessaria tendenziale coincidenza del sistema penale con i valori radicati nella società, F. BASILE, *Immigrazione*, cit., 122.
- 239 Così, H.-L. GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre*, in *JuS*, 1978, 11 e nota 37. Si tratta di un'impostazione che ha incontrato il consenso della nostra dottrina: cfr. ad esempio G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 70; C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., 149; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, 431 ss., con altri riferimenti.
- 240 Ancora L. EUSEBI, *La pena*, cit., 62.
- 241 Cfr. § 6. Del resto, anche chi si oppone alla proposta in esame prende atto della mutata percezione sociale dell'omosessualità (cfr. ad esempio M. FERRARESI, *La legge contro l'omofobia*, cit., 210; P. G. GIGLI, IN CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto*

8. Il *surplus* sanzionatorio che discende dal riconoscimento dell'aggravante della discriminazione sembra dipendere dal grado di offesa al bene giuridico (presente il più delle volte, ma non sempre²⁴²) e dal coefficiente di colpevolezza²⁴³.

D'altronde, i principi di materialità e di offensività ostano a «trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti» estranei al fatto incriminato²⁴⁴, ma non vietano aggravamenti di pena legati a dati soggettivamente pregnanti, purché

sommario e stenografico 65, cit., 110). È appena il caso di osservare che, per quanto diffuso, tale clima di accettazione non esclude la persistenza di (più o meno estese) sacche di omofobia, e quindi l'opportunità di una legge che contrasti il fenomeno.

242 Prendendo le mosse da alcune ricerche empiriche, che hanno riscontrato nelle vittime della violenza razzista o omofoba depressione, ansia, disturbi post-traumatici da stress, processi di colpevolizzazione, ecc., si è suggerito che la *ratio* della maggiore punibilità dei c.d. crimini d'odio dipenderebbe da tali conseguenze: per i necessari approfondimenti, per tutti P. IGANSKI, *Hate Crime and the City*, Bristol, 2008, 6 ss., 74 ss., e più di recente, P. IGANSKI, S. LAGOU, *Hate Crimes Hurt Some More Than Others: Implications for the Just Sentencing of Offenders*, in *J. Int. Violence*, 2015, 1696 ss.; sugli effetti delle aggressioni omofobe e transfobiche, specificamente G.M. HEREK, J.R. COGAN, *Psychological Sequelae of Hate-Crime Victimization among Lesbian, Gay, and Bisexual Adults*, in *J. Cons. Clin. Psychology*, 1999, 945 ss.; L. PIETRANTONI, G. PRATI, *Le dinamiche*, cit., 210-211; C. SCANDURRA, *Violenze, stigma e discriminazioni verso la non conformità di genere. Quale effetto sulla salute mentale?*, in P. Valerio, C. Scandurra, A.L. Amodeo (a cura di), *Appunti sul genere. Riflessioni sulle linee-guida di intervento psicologico e dintorni*, Napoli, 2014, 59 ss. Tale linea argomentativa non si adatta pienamente allo specifico testuale della l. Mancino e della l. Reale, come sappiamo applicabile anche a persone offese che non appartengono a nessuna delle categorie protette, e che di conseguenza potrebbero evitare quelle peculiari conseguenze negative derivanti dall'aggressione a un profilo identitario.

243 Analogamente, M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., 22, che però ravvisa sempre nel fatto aggravato ex art. 3, l. Mancino anche un diverso disvalore oggettivo.

244 Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1356, con nota di L. MASERA. Tale sentenza è interpretata da G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 112, nel senso che gli aggravamenti del carico sanzionatorio dovrebbero necessariamente presupporre «note di ulteriore gravità o pericolosità oggettiva» (nel senso che il principio di offensività osterebbe a inasprimenti di pena «unicamente in virtù di una particolare volontà del soggetto», già L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978, 85). Si tratta però di una lettura criticabile (così M. PELISSERO, *Omofobia*, cit., 21), perché la sentenza citata, riguardando una circostanza aggravante incentrata sulla condizione di clandestinità, parla appunto di «qualità personali», e non di altri elementi personalistici (analogamente, Corte cost., 17 luglio 2002, n. 354, in *Giur. cost.*, 2002, 2658, sui rapporti tra la qualità personale di soggetto pregiudicato e il reato di ubriachezza).

si tratti di elementi sufficientemente determinati che vadano ad aggiungersi – e mai a sostituirsi – al «sostrato materiale della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato»²⁴⁵.

Nel caso dell'art. 3, l. Mancino, il profilo personalistico che qualifica in termini di maggior disvalore d'azione l'aggressione al bene giuridico tutelato dal reato-base è dato dalle finalità di discriminazione e di odio razziale, nazionale, etnico, religioso o fondate sull'omofobia o sulla transfobia, e la loro accentuata rimproverabilità discende dal contrasto con valori costituzionali fondamentali, tra i quali, per quanto ci riguarda, quelli legati all'identità sessuale²⁴⁶.

Soffermiamoci ora sul bene tutelato dai reati previsti dall'art. 3, l. Reale, tradizionalmente identificato nel «diritto inviolabile di ogni uomo ad essere considerato eguale agli altri indipendentemente dal sesso, dalla razza, dalla lingua e da qualsivoglia altra condizione personale e sociale»²⁴⁷; più sinteticamente, nella dignità dell'uomo²⁴⁸.

245 M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 25, il quale precisa di ritenere politicamente più opportuna una valorizzazione dei profili personalistici in chiave esclusivamente favorevole al reo. Cfr. anche N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 222 nota 53, che però invita a non conferire al dato soggettivo un rilievo sanzionatorio esorbitante, e la posizione conforme di P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 159-160 nota 115. In riferimento a proposte simili a quella in esame, si veda infine E. DOLCINI, *Omofobia*, cit., 33.

246 Per questo schema, che individua i parametri valutativi della colpevolezza normativa nei principi costituzionali, sia consentito il rinvio a G. GENTILE, *Un'aggravante*, cit., 75-77.

247 E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici*, cit., 99, che subito dopo accenna alla dignità.

248 G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1*, cit., 180, riferendosi alla commissione di atti discriminatori e alla relativa condotta istigatoria; in giurisprudenza, cfr. Trib. Verona, 12 dicembre 2004, n. 2203, Bragantini, in *Giur. merito*, 2006, 1958; Cass., sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13324, Bragantini, 7; Cass., sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819, Bragantini; Cass., sez. I, 13 marzo 2012, n. 20508, Melis, 6. Con riferimento alla propaganda e all'istigazione alla discriminazione, D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 84. In termini che appaiono più generali, E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 66; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. Riondato (a cura di), *Diritti fondamentali*, cit., 130 ss.; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 861; A. BONOMI, G. PAVICH, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 13; M. LA ROSA, *Tutela della pari dignità: norme antidiscriminazione*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2014, 371.

Prendendo a prestito le categorie dogmatiche dei delitti contro l'onore²⁴⁹, si potrebbe parlare di una dignità intesa in senso normativo, e non fattuale²⁵⁰.

Infatti, si precisa che la dignità umana non sarebbe quel «sentimento che riguarda la piena consapevolezza della propria nobiltà di animo, del proprio valore e dei propri diritti», ma piuttosto un bene da tutelare «al di là che il singolo uomo abbia maturato una consapevole convinzione del proprio status»²⁵¹. In questo modo, la punibilità del fatto non sarebbe affidata all'arbitrio della persona offesa²⁵², alla sua percezione di dignità, ma a uno *standard* obiettivo, garantendo la tutela penale a chi, per un qualunque motivo, si ritenga 'degnò' di essere discriminato²⁵³, e negandola al mero puntiglio²⁵⁴.

Non sono mancate le critiche all'utilizzo della dignità umana quale oggettività giuridica di riferimento²⁵⁵: si tratterebbe di un concetto evanescente, permeato di componenti valutative, e quindi bisognoso di «un'autorità politica (o giuridica) che ne precisi di volta in volta la specifica fisionomia e ne amministri i contenuti»²⁵⁶; se inteso come valore non bilanciabile, impedirebbe di tener conto di eventuali contro-interessi confliggenti; la sua declinazione in termini oggettivi, quale dignità dell'essere umano, potrebbe legittimare politiche di matrice paternalista²⁵⁷; la sua componente emo-

249 Il parallelo è colto da A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 64.

250 Sulla dicotomia tra onore come fatto psico-sociale/come valore inerente alla persona, cfr. da ultimo A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione del diritto penale. Contributo alla riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 13 ss.

251 Trib. Verona, 12 dicembre 2004, n. 2203, Bragantini, cit., 1958.

252 Per dirla con F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1201, si avrebbe una «parcellizzazione» della dignità.

253 Ad esempio, capita che le vittime del bullismo omofobico giustifichino i soprusi subiti, e in casi estremi li approvino «(hanno fatto bene, me lo merito perché sono sbagliato)»: così, L. PIETRANTONI, G. PRATI, *Le dinamiche*, cit., 210.

254 Così, con riferimento ai delitti contro l'onore, E. LA ROSA, *Tutela penale dell'onore*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale*, cit., 352.

255 Sulla dignità quale referente dei diritti umani cfr. invece il § 6.

256 A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 52.

257 Insiste su questo punto, C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 722 ss. Secondo G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 97-98, anche la proposta in esame, tutelando un «preteso soggetto debole», avrebbe un'impronta paternalista, tra l'altro violando l'art. 2 Cost., da intendersi nel senso che una tutela penale rafforzata di particolari condizioni sarebbe compatibile con la dignità della persona solamente quando sussista «una incapacità (intesa

zionale rischierebbe di canalizzare reazioni di «panico morale», scatenate da «fatti insoliti o nuovi che contraddicono modelli morali consolidati», oppure «esulano da una radicata autocomprensione antropologica dell'identità dell'essere umano»²⁵⁸.

Si tratta di rilievi che inducono alla cautela. Certo, si potrebbe replicare che lo stesso concetto di bene giuridico è una categoria intrisa di componenti assiologiche, e che i giudizi di valore non sono necessariamente irrazionali, dovendo resistere al vaglio critico della discussione intersoggettiva²⁵⁹; ciò consentirebbe di non utilizzare il *topos* della dignità in favore «di reazioni emotive collettive o di una certa morale»²⁶⁰, e allo stesso tempo di stabilire quale delle sue dimensioni – quella soggettiva o quella oggettiva – far prevalere nel caso concreto.

Resterebbe comunque il problema del rapporto con gli altri valori in gioco, che rischiano di essere oscurati dall'ingombrante presenza della dignità umana, bene intangibile (=non bilanciabile) per eccellenza²⁶¹. La delicatez-

anche come limitazione, congenita o acquisita, nell'esercizio dell'autonomia) di carattere *personale*». Tuttavia, non si comprende perché sarebbe contrario alla dignità dell'uomo il tener conto delle condizioni socio-culturali di vulnerabilità della persona offesa (così, già E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 18); del resto, la stessa fonte di ispirazione della tesi criticata riscontra espressamente il «tratto personale della dignità umana» non solo nei casi di incapacità personale («il bambino, il disabile, l'anziano»), ma anche in quelli in cui l'esercizio dell'autonomia è ostacolato da fattori sociali («il migrante, il detenuto, l'indigente, il lavoratore»); così, B. MALVESTITI, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, in M. Cossutta (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste, 2012, 121-122; infine, la tutela penale delle persone omosessuali e *transgender* presuppone una declinazione della dignità in chiave soggettiva tutt'altro che paternalista (cfr. § 6), e in ogni caso sembra essere espressione della componente solidaristica del modello di Stato sociale di diritto delineato dalla nostra Costituzione (sui rapporti tra principio solidaristico e tutela delle vittime, V. DEL TUFO, *Profili critici della vittima-donnistica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, 247-248).

258 G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 78, al quale si rinvia anche per le altre obiezioni esposte; per approfondimenti, cfr. A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 6 ss.; con specifico riferimento alla proposta in esame, G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 92 ss. In precedenza, cfr. almeno L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2007, 38 ss.

259 G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europea-continente e angloamericana a confronto*, Torino, 2008, 163-164.

260 È il timore di A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, 82.

261 È vero che, secondo la Corte costituzionale, tutti «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possi-

za di questo profilo è dimostrata dalla giurisprudenza sulla propaganda e sull'istigazione alla discriminazione razziale, che pur prospettando in linea di principio alcuni criteri di bilanciamento tra dignità dell'uomo e libertà di espressione, predilige sul piano applicativo interpretazioni sfavorevoli alla seconda²⁶².

A questo punto, è opportuno verificare se l'impianto della l. Reale consenta di tradurre il riferimento alla dignità umana in beni giuridici meno controversi²⁶³.

Nel caso della commissione di atti discriminatori, l'identificazione del bene giuridico presuppone la previa analisi del laconico dettato normativo, che incentra la tipicità del fatto sul suo non meglio precisato carattere discriminatorio.

Soccorre ai fini interpretativi l'art. 1 della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*²⁶⁴, secondo cui quest'ultima: a) consiste in una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica; b) ha lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica²⁶⁵.

bile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri» (Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1478, con note di V. ONIDA, D. PULITANO, R. BIN, G. SEREGO; cfr. anche Corte cost., 9 ottobre 2012, n. 264, in *Giur. cost.*, 2012, 4225, con nota di C. PINELLI, dove si riconosce che «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»). In questa prospettiva, però, la dignità non è più un valore autonomo, ma piuttosto il risultato del bilanciamento (quando si parla di «situazioni giuridiche costituzionalmente protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»: Corte cost., 9 aprile 2012, n. 85, cit., 1479), oppure il criterio dello stesso (che consente di stabilire un «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti»: Corte cost., 22 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, 2635, con nota di E. LAMARQUE). Sulle varie dimensioni giurisprudenziali della dignità, quale valore che genera nuovi diritti, quale criterio di bilanciamento, quale limite alla discrezionalità legislativa, ecc., cfr. per tutti C. DRIGO, *La dignità*, cit., 192 ss.

262 Per gli opportuni riferimenti, A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 166 ss., 172 ss.

263 Sulla concretizzazione della dignità in beni più specifici, cfr. A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 104 ss.; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., 81.

264 *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, adottata a New York il 21 dicembre 1965, entrata in vigore sul piano internazionale il 4 gennaio 1969 e resa esecutiva dall'Italia con la l. Reale.

265 In tal senso, L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, cit., 1036; C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazione del rigore punitivo nel tempo*,

Il riferimento alla vita pubblica è stato ripreso e specificato dalla legislazione antidiscriminatoria, ossia da quel complesso di misure risarcitorie, inibitorie e reintegratorie volte a contrastare i trattamenti sfavorevoli basati sui caratteri soggettivi volta per volta specificati (sesso, razza, etnia, religione, disabilità, opinioni politiche, orientamento sessuale, ecc.)²⁶⁶.

Ebbene, da tale sistema normativo si evince che il divieto di discriminazione riguarda indubbiamente l'operato dei pubblici poteri, l'offerta al pubblico di beni e servizi, l'accesso all'occupazione, all'alloggio e ai servizi pubblici, ecc.²⁶⁷, ma non l'attività contrattuale privata «che mira im-

in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale*, cit., 147-148; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 868. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13324, Bragantini, 5; Cass., sez. V, 17 novembre 2005, Paoletich, cit., 1452, relativa all'art. 3, l. Mancino.

- 266 Infatti, l'art. 43, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (in materia di razza, colore, ascendenza, origine nazionale ed etnica, convinzioni e pratiche religiose) parla di «vita pubblica», enucleando numerose ipotesi esemplificative; il d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216 (relativo a religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale) riguarda l'occupazione e le condizioni di lavoro; l'art. 55-ter, d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (sulla parità tra uomo e donna) individua la sfera di tutela nel settore lavorativo e in quello della fornitura di beni e servizi, purché questi siano «offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare e delle transazioni ivi effettuate»; anche l'art. 3, comma 1, lett. h) della direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 parla di beni e servizi *a disposizione del pubblico*, ma tale essenziale inciso è andato perso nella traduzione italiana della direttiva, e di conseguenza nello strumento nazionale di recepimento [art. 3, comma 1, l. i), d. lgs. 9 luglio 2003, n. 215, in materia di razza e origine etnica]: in ogni caso, ogni dubbio dovrebbe essere fugato dal Considerando (4) della direttiva citata, ai sensi del quale è «importante riguardo all'accesso ai beni e ai servizi e alla fornitura degli stessi, rispettare la protezione della vita privata e familiare e delle transazioni operate in tale contesto»; indeterminato, infine, l'ambito operativo della l. 1° marzo 2006, n. 67 (persone con disabilità). Sulla legislazione antidiscriminatoria, si vedano i contributi raccolti in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro nazionale e comunitario*, Milano, 2007, e le più recenti sintesi di D. MAFFEIS, *Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 490 ss. e di G. CASTELLANI, *Discriminazione (divieto di)*, in *Dig. disc. civ.-Sez. civ.*, Agg.*****, Torino, 2014, 236 ss.

- 267 Senza dimenticare che i limiti all'autonomia contrattuale funzionali alla parità di trattamento sono affidati alla legislazione esclusiva dello Stato. Infatti, Corte cost., 4 luglio 2006 n. 253, in *Giur. cost.*, 2006, 2682, ha affermato che gli obblighi legali a contrarre afferiscono all'ordinamento civile, e quindi sono riservati allo Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. l), Cost.: di conseguenza, è stata dichiarata illegittima una legge della Regione Toscana che aveva vietato a determinate categorie di operatori commerciali di rifiutare la loro prestazione, o di erogarla a condizioni deteriori rispetto a quelle ordinarie, «senza un legittimo motivo e, in particolare, fra l'altro, per motivi riconducibili all'orientamento sessuale o all'i-

mediatamente al soddisfacimento di un bisogno economico o morale del contraente»²⁶⁸ e i negozi giuridici individualizzati come il matrimonio e il testamento²⁶⁹: ad esempio, non costituisce una discriminazione giuridicamente rilevante la decisione di cenare esclusivamente in ristoranti italiani; allo stesso modo, si è liberi di scegliere il coniuge o l'erede della nazionalità o dell'etnia che si preferisce.

In attesa di un'auspicabile riscrittura della fattispecie che indichi specificamente le condotte discriminatorie²⁷⁰, le comprensibili censure di indeterminatezza fondate sul rilievo che «ogni scelta, ogni decisione è o può essere, di per sé, oggettivamente discriminatoria»²⁷¹ potrebbero essere ridimensionate da una considerazione, e cioè che l'atto di discriminazione penalmente rilevante dovrebbe contemporaneamente: a) incentrarsi su una caratteristica personale che, ai sensi della l. Reale, non può essere presa in considerazione; b) comprimere l'esercizio di un diritto in un «settore della vita pubblica», e cioè in un contesto in cui vige il divieto di discriminazione²⁷²; c) essere sorretto dai motivi tipizzati, da accertarsi con il massimo scrupolo perché da essi dipende la rilevanza penale della discriminazione²⁷³.

denità di genere». Alla luce di tale giurisprudenza, non può accogliersi l'argomento di M. FERRARESI, *La legge*, cit., 212-213, secondo il quale le istanze sottese alla proposta in esame potrebbero essere immediatamente soddisfatte estendendo analogicamente alle persone omosessuali la legislazione antidiscriminatoria prevista a tutela dell'etnia, religione, ecc.

268 G. CASTELLANI, *Discriminazione (divieto di)*, cit., 243 e nota 56.

269 D. MAFFEIS, *Discriminazione*, cit., 501 e 508.

270 Così, E. DOLCINI, *Omofobia*, cit., 29; E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 20; L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2012, 10 e 18; G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 110.

271 L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 17; cfr. anche M. RONCO, *Considerazioni*, cit., § 6; G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 109; C. BRIGNONE, *Dignità*, cit., 9.

272 Attualmente, gli ambiti assoggettati alla legislazione antidiscriminatoria che tutela le caratteristiche evocate dalla l. Reale, e cioè razza, etnia, nazionalità e religione, sono sostanzialmente coincidenti (cfr. l'art. 43, comma 2, d. lgs. 286/1998 e l'art. 3, d. lgs. 215/2003). Invece, il divieto di discriminazione per ragioni legate all'orientamento sessuale vige solamente in ambito lavorativo (art. 3, d. lgs. 216/2003), sicché si pone il quesito se il reato di atti discriminatori per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia sia applicabile solo in tale contesto, oppure anche in quelli regolati dalle altre leggi antidiscriminatorie.

273 Infatti, l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio sembra andare nel senso di una valorizzazione dell'effetto discriminatorio piuttosto che dell'intento: sul punto, M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle condizioni personali* e A. GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, entrambi in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto*, cit., rispettivamente 50 e 604; R. RIVERSO, *Le discriminazioni: tra*

Nonostante quest'ultima caratteristica, la fattispecie non trasgredisce il divieto di fondare la punibilità del fatto su dati esclusivamente soggettivi. Infatti, chi pone in essere un atto discriminatorio non è punito per quello che pensa, ma per quello che fa, ossia escludere qualcuno da una relazione intersoggettiva per ragioni disapprovate dall'ordinamento, più precisamente per una caratteristica personale (la razza, l'etnia, la nazionalità, la religione, *l'orientamento omosessuale o bisessuale e il transgenderismo*) che non può essere posta a fondamento di un trattamento più sfavorevole²⁷⁴.

Se questa impostazione è corretta, il bene giuridico tutelato dal reato in esame potrebbe individuarsi nel diritto ad accedere a un bene della vita (il lavoro, l'alloggio, il mercato dei prodotti e dei servizi, ecc.) in condizioni di parità con gli altri, senza subire trattamenti sfavorevoli fondati su ragioni che l'ordinamento non consente di addurre, perché nocive all'inclusione sociale²⁷⁵.

Per quanto attiene alla commissione di violenza [art. 3, comma 1, lett. b), l. Reale], l'esatta identificazione del bene giuridico dipende dall'accezione attribuita al termine «violenza»²⁷⁶: solamente l'integrità personale, se si ritiene che la violenza corrisponda all'impiego della forza fisica nei confronti delle persone²⁷⁷; l'integrità fisica e il patrimonio, se si ammette

diritto speciale e mezzi di tutela, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 277; in prospettiva comparata, D. STRAZZARI, *Discriminazione*, cit., 58 ss., 259 ss. Cfr. però D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 159 ss., secondo il quale il dolo (e cioè la consapevolezza dell'altrui qualità soggettiva, che determina la discriminazione) sarebbe un elemento essenziale del diritto contrattuale antidiscriminatorio.

274 Ancora una volta, è indifferente che il soggetto passivo presenti o meno una delle caratteristiche tutelate (cfr. § 4), perché in ogni caso egli subisce gli effetti pregiudizievoli di un trattamento che preclude l'accesso a un bene della vita. A diverse conclusioni giunge M.T. TRAPASSO, *Il ruolo fondamentale*, cit., 3838 ss., che però muove dall'idea che il bene giuridico tutelato sia dato dalla dignità umana.

275 Spunti in tal senso già in C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 861-862.

276 Per un quadro aggiornato del dibattito dottrinale, G. CARUSO, *Art. 610*, in M. Ronco, B. Romano (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori Assago, 2012, 2929 ss.

277 Nella prassi, la commissione di violenza è stata riconosciuta in una vicenda in cui, in assenza dei motivi tipizzati, si sarebbero configurati gli estremi delle percosse o della rissa (cfr. Cass., sez. III, 10 gennaio 2002, n. 7421, Orrù, in *Riv. pen.*, 2002, 325 ss.). Quando si supera il limite d'intensità delle percosse (art. 581, comma 2, c.p.), la giurisprudenza preferisce ricorrere all'art. 3, l. Mancino: ad esempio, lesioni aggravate ex art. 3, l. Mancino, e non commissione di violenza, nel caso chi «dapprima offendendo a parole un cittadino di colore e poi colpendolo con un bastone, ne provochi lesioni personali» (Trib. Napoli, sez. VII, 9 aprile 2005, n. 788, in *Il merito*, 7/8, 2005, 91, che definisce espressamente la figura in esame una

che la violenza possa rivolgersi non solo verso le persone, ma anche verso le cose²⁷⁸; anche la libertà morale, se si accoglie una nozione di violenza più estesa, comprensiva anche di quelle condotte in grado di soverchiare l'altrui autodeterminazione (c.d. violenza impropria)²⁷⁹, compresa la minaccia (c.d. violenza morale)²⁸⁰.

Analogamente all'art. 3, l. Mancino, la fattispecie prevede sanzioni più severe di quelle comminate per i reati configurabili in assenza dei motivi (ad esempio, le percosse o la rissa), e ciò plausibilmente in ragione dell'accentuata rimproverabilità del processo motivazionale²⁸¹.

Qualche ultima osservazione, infine, sulle fattispecie prodromiche alla discriminazione e alla violenza (l'istigazione, la provocazione, la fattispe-

«ipotesi residuale che sussiste quando il fatto non costituisce più grave reato»); una diversa impostazione, orientata a ravvisare gli estremi del concorso di reati tra la commissione di violenza e le lesioni o l'omicidio, in G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1, cit.*, 185.

278 Cfr. C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 862 e 871. Appartiene alla nostra tradizione dottrinale l'idea che il termine violenza sia un'espressione che si riferisce, in mancanza di dati normativi contrari, sia a quella personale, sia a quella reale: cfr. tra gli altri E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. Delitti contro la libertà individuale*, Milano, 1936, 360; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, *Delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, 1950, 557; A. PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962, 58; G. DE SIMONE, *Violenza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 892; F. VIGANÒ, *La tutela penale dell'incolumità individuale*, I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 244.

279 È la nota e influente tesi di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008, 142 (e così nelle edizioni precedenti). Cfr. anche E. FLORIAN, *Trattato*, cit., 360.

280 F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *I delitti contro la persona*, Padova, 2014, 264 ss., il quale tuttavia riconosce che la portata di tale concetto ampio di violenza può variare in rapporto al tipo di reato. Ciò potrebbe valere anche per la fattispecie in esame, considerando che l'estensione della nozione di violenza a quella impropria e a quella morale amplierebbe la portata dei reati prodromici (istigazione e provocazione alla violenza; la fattispecie associativa), e quindi la soglia della punibilità, in modo probabilmente eccessivo (sul punto, F. VIGANÒ, *La tutela*, cit., 150). A favore della tesi più restrittiva anche l'insegnamento di C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio* (1955), in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, II, *Scritti di parte speciale*, Milano, 2003, 45, che limita l'ambito operativo della violenza impropria ai casi in cui la fattispecie incriminatrice evochi espressamente l'elemento della coazione.

281 Valgano le osservazioni relative all'aggravante della discriminazione. Osserva P. VENEZIANI, *Motivi*, cit., 159-160 nota 115, che «un dato psicologico oggetto di riprovazione da parte dell'ordinamento può consentire l'inquadramento di un fatto lesivo all'interno di una previsione criminosa» punita più severamente.

cie associativa e i reati a essa connessi), alle quali spetta il compito di fornire ai beni giuridici fin qui descritti una protezione anticipata.

Tale *ratio* sembra essere contraddetta dal trattamento sanzionatorio, perché l'istigazione e la provocazione sono punite allo stesso modo della commissione di violenza o di atti discriminatori, e le sanzioni previste per le condotte associative o per le manifestazioni esteriori e l'ostentazione di simboli o emblemi delle associazioni razziste sono in alcuni casi addirittura superiori a quelle comminate per i singoli episodi discriminatori o violenti.

In effetti, l'equiparazione *quoad poenam* tra condotte preparatorie e condotte esecutive integra una clamorosa violazione del principio di proporzione²⁸², che può essere attenuata – ma non sanata – dall'interprete in sede di commisurazione.

Invece, l'entità delle cornici edittali previste per l'associazione razzista e per il reato di manifestazioni esteriori potrebbe dipendere dal loro peculiare disvalore: una compagine programmaticamente rivolta a una serie indeterminata di reati, e dotata di «una sua soggettività, o 'corposità sociale', indipendente rispetto alle persone e all'attività dei suoi membri»²⁸³, mette in pericolo il bene giuridico tutelato dal reato-fine in misura maggiore del singolo episodio criminoso (nel nostro caso, della singola istigazione alla discriminazione o alla violenza)²⁸⁴; analogamente, la forza suggestiva e il

282 In merito, L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 17; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 102 e 105; G. RICCARDI, *Omofofia*, cit., 106-107. Si potrebbe obiettare che il livellamento sanzionatorio smentisce l'ipotizzata funzione di anticipazione della tutela, dovendo piuttosto indurre l'interprete a ricercare un bene giuridico in grado di essere 'leso' allo stesso modo sia nel caso di istigazione o provocazione sterili, sia nel caso contrario: ma un referente così spiritualizzato (il valore della dignità umana?) potrebbe forse soddisfare una modesta esigenza classificatoria, ma non certo adempiere le delicate funzioni critico-ricostruttive del bene giuridico (sulle quali cfr. il fondamentale studio di F. ANGIONI, *Contenuto*, cit., 3 ss.).

283 F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270-bis nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3972.

284 Per questa ricostruzione della *ratio* dei reati associativi, si vedano, con sfumature diverse, G. DE FRANCESCO, *Ratio di «garanzia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 895 ss.; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 25 ss., 75 ss., 246 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., 238 -239; A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, in S. Moccia (a cura di), *I delitti*, cit., 227 ss., 244 ss. In senso contrario, però, S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 118 ss. Di conseguenza, si dovrebbe pretendere una congrua base organizzativa anche nelle forme meno strutturate di associazione razzista (movimenti e gruppi). Il prezzo di tale opzione interpretativa sarebbe quello di trasformare il reato in esa-

contesto pubblico delle manifestazioni esteriori e dell'ostentazione di simboli ed emblemi potrebbero rafforzare l'associazione e rendere più probabile la commissione di atti di violenza e di discriminazione²⁸⁵.

9. Si spera di aver dimostrato che un'interpretazione costituzionalmente orientata degli aspetti più controversi della l. Reale e della l. Mancino dovrebbe sottrarre la proposta in esame dal novero di quelle leggi simboliche che, invece di tutelare beni giuridici, brandiscono l'arma della pena «per 'educare' i cittadini a una determinata visione del mondo»²⁸⁶.

Per rispondere definitivamente a tale critica, occorre però verificare se, come da più parti si teme, sussista davvero il rischio di criminalizzare in blocco gli insegnamenti della Chiesa cattolica, e più in generale l'idea di famiglia modellata sul paradigma eterosessuale. Vale la pena ricordare alcune delle situazioni che, secondo questa linea di pensiero, potrebbero essere punite a titolo di discriminazione o di istigazione alla discriminazione: cercare di dissuadere la propria figlia dallo sposare una persona bisessuale, oppure rifiutare di affittare a proprio figlio un appartamento perché si disapprova la sua decisione di andare a convivere con un altro uomo²⁸⁷; opporsi, anche in sede parlamentare, all'estensione del matrimonio fra persone omosessuali²⁸⁸; sostenere che le coppie omosessuali non possono adottare bambini²⁸⁹, oppure accedere alle tecniche di procreazione

me in un duplicato dell'associazione per delinquere, salvo ritenere quest'ultima compatibile con i soli reati-fine di danno (l'incitamento alla discriminazione e alla violenza è invece un reato di pericolo): così, G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie)* – Art. 1, cit., 189, riprendendo uno spunto di G. DE VERO, *Tutela*, cit., 241.

285 Sui profili di offensività che distinguono tale fattispecie dalla propaganda razzista o dall'istigazione, per tutti L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, cit., 1401; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 879, i quali richiamano anche il bene giuridico dell'ordine pubblico materiale.

286 È questo il rimprovero che M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 7, muove alla proposta in esame; analogamente, G. RICCARDI, *Omofobia*, cit., 120 ss.

287 Così, l'on. A. PAGANO, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino*, cit., 46, riprendendo alla lettera osservazioni di M. RONCO, *Considerazioni*, cit., § 2, relative ad alcune proposte presentate nella scorsa legislatura.

288 P. BINETTI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico* 65, cit., 98, secondo la quale l'approvazione della proposta in esame potrebbe limitare l'ambito operativo dell'art. 68 Cost. (in spregio al primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria?). Cfr. anche L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6; F. MANTOVANI, *I delitti*, cit., 222; M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 1.

289 P.G. GIGLI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico* 65, cit., 110; M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 6; M. SACCONI, in SENATO DELLA

medicalmente assistita (nel caso dell'omosessualità maschile, *sub specie* di maternità surrogata)²⁹⁰; non ammettere una persona omosessuale al sacerdozio, oppure non assumere in una scuola cattolica un insegnante che sostenga una visione della sessualità e della famiglia contrastante con il Magistero della Chiesa²⁹¹; e si potrebbe continuare a lungo²⁹².

In questi esempi si dà per scontato il carattere discriminatorio di tutte le decisioni che comportano conseguenze sfavorevoli per le persone omosessuali e di tutte le opinioni a supporto di tali decisioni. Abbiamo però a disposizione uno schema interpretativo maggiormente in linea con il principio di determinatezza, secondo il quale l'atto discriminatorio deve comprimere l'esercizio di un diritto nell'ambito della «vita pubblica»²⁹³; in questa prospettiva, non è discriminatorio scegliere il coniuge che si preferisce, né istiga alla discriminazione la madre che cerca di influenzare tale scelta²⁹⁴; il padre può decidere liberamente se affittare o meno l'apparta-

REPUBBLICA, *Resoconto sommario* n. 64, 3 dicembre 2013.

290 M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., § 7.

291 P.G. GIGLI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico* 65, cit., 110.

292 Per fare un ultimo esempio, secondo l'on. P.G. GIGLI, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Resoconto sommario e stenografico* 65, cit., 110, la proposta in esame potrebbe consentire a «una coppia di omosessuali italiani, regolarmente sposati all'estero», di rivolgersi «alla Cassazione per sostenere l'illiceità delle norme che impediscono di adottare figli a una coppia dello stesso sesso». A rischio di spiegare l'ovvio, è appena il caso di ricordare che tale coppia potrebbe forse invocare il divieto di discriminazione sancito dalla Costituzione e dalle fonti europee, ma certamente non il reato di atti discriminatori, che non funge da parametro di costituzionalità delle leggi, ma è funzionale all'attuazione del predetto divieto nell'ambito delle relazioni intersoggettive (sulla progressiva affermazione del divieto di discriminazione nell'ambito dei rapporti privati, cfr. per tutti M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il diritto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, 2405 ss.).

293 Cfr. § 8. Si ricordi che le poche sentenze penali edite in materia di atti discriminatori hanno riguardato un ambito della vita pubblica, quello della fornitura di servizi: Cass., Sez. III, 5 dicembre 2005, n. 46783, Zerman, cit., 873 ss.; Cass., Sez. III, 11 ottobre 2006, n. 37773, Zerman, cit., 150 ss.; Trib. Torino, sez. I, 13 gennaio 1997, Cupani, cit., 478 ss. Non sono noti precedenti che potrebbero essere assimilati agli esempi prospettati dagli oppositori della legge in esame.

294 L'affermazione presuppone che l'oggetto dell'istigazione alla discriminazione possa esclusivamente identificarsi in atti discriminatori punibili ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale: in merito, C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 867. Del resto, lo stesso G. DE FRANCESCO, *D.L. 26/4/1993, n. 122 (Misure antidiscriminatorie) – Art. 1*, cit., 186-187, il primo ad aver ipotizzato che l'istigazione alla discriminazione potrebbe riguardare anche atti di per sé non discriminatori (si pensi a chi inviti i propri vicini a non far entrare persone straniere in casa propria), riconosce

mento a suo figlio, perché non si tratta di un'offerta al pubblico²⁹⁵; chi contesta il diritto delle coppie omosessuali al matrimonio, all'adozione, ecc., non istiga alla loro discriminazione, perché quest'ultima riguarda diritti già sanciti dall'ordinamento, e non mere aspettative²⁹⁶; quanto agli ultimi due esempi, è un principio acquisito dalla legislazione antidiscriminatoria che le organizzazioni di tendenza possono legittimamente discriminare chi non condivide la loro visione del mondo, a condizione che l'elemento religioso o ideologico sia un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento della mansione lavorativa²⁹⁷.

In ogni caso, sarebbe preferibile che tutti questi dubbi applicativi fossero definitivamente risolti da un meditato intervento legislativo che coordinasse il sistema antidiscriminatorio con il diritto penale, e magari limitasse l'ambito di quest'ultimo alle ipotesi più gravi di discriminazione.

Invece di indicare in positivo quali sono gli atti discriminatori, l'aspirante legislatore ha invece preferito specificare, in negativo, che «non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni».

Questo contorto dato normativo crea più problemi interpretativi di quelli che pretende di risolvere. Infatti, si discute se l'esenzione di responsabilità per i «convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee» dia «un colpo di spugna a tutta la lettera a)» dell'art. 3, l. Reale²⁹⁸, oppure si limiti a porre, senza risolverlo, il problema dei limiti della libertà di manifestazione del pensiero²⁹⁹; se il riferimento al «diritto vigente» ricompre-

che tale tesi è ostacolata «da un'interpretazione strettamente letterale del dettato normativo».

295 Cfr. D. MATTEIS, *Discriminazione (dir. priv.)*, cit., 500-501, 506-507; M. CENTINI, *La tutela*, cit., 2430.

296 Se tale impostazione non fosse ritenuta convincente, si potrebbe ovviamente ricorrere agli articoli 19, 21 e 33 Cost. Osserva giustamente A. PUGIOTTO, *Aporie*, cit., 11, che nessuno «è stato mai imputato di reato per aver manifestato la propria contrarietà allo *jus soli*, benché la legge vieti discriminazioni per motivi razziali».

297 Cfr. § 6.

298 L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia: il trucco c'è....e si vede*, in *www.questionegiustizia.it*.

299 E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 27; A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 186.

da anche fonti di rango sublegislativo³⁰⁰; se la bizzarra formula «ovvero anche se» vada intesa in senso specificativo (= ovvero)³⁰¹, oppure in senso disgiuntivo (= oppure)³⁰².

Per quanto attiene al primo interrogativo, la tesi del «colpo di spugna» enfatizza in maniera eccessiva l'efficacia di un dato normativo che, invece, possiede un ambito operativo piuttosto circoscritto, non riguardando né il reato di propaganda [art. 3, comma 1, lett. a), l. Reale]³⁰³, né le opinioni o i convincimenti che «istighino all'odio o alla violenza». Si è però sostenuto che quest'ultimo inciso riguarderebbe l'istigazione alla violenza [art. 3, comma 1, lett. b)], e che il concetto di pluralismo delle idee comporterebbe «una inevitabile legittimazione anche delle affermazioni più inquietanti», persino del «razzismo più becero», sostanzialmente abrogando il reato di istigazione alla discriminazione³⁰⁴.

Prescindendo dalla constatazione che le manifestazioni verbali di razzismo becero potrebbero essere punite a titolo di propaganda, a tale proposta interpretativa può replicarsi, sulla scorta del canone ermeneutico di conservazione degli atti normativi, che un legislatore intenzionato ad abolire l'istigazione alla discriminazione avrebbe provveduto formalmente in tal senso piuttosto che ricorrere al macchinoso stratagemma della clausola di salvaguardia.

D'altro canto, lo stesso dato testuale chiarisce che l'espressione del pluralismo delle idee resta punibile a titolo di istigazione alla discriminazione quando istiga all'odio (oltre che alla violenza³⁰⁵), ponendo un limite che

300 Lo teme L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia*, cit. Prospettano un'interpretazione restrittiva, intendendo per «diritto vigente» quello sancito dalle fonti legislative, E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 27; M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit., § 6.

301 M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit., § 6.

302 L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia*, cit.

303 Secondo A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 186, l'esclusione della propaganda dall'ambito operativo della clausola di salvaguardia sarebbe «un'evidente violazione dell'argomento *a maiori a minus*, eventualmente censurabile sul piano del giudizio logico-formale di ragionevolezza – uguaglianza». La tesi si fonda però su un presupposto di fatto erroneo, e cioè che la propaganda sia sanzionata meno gravemente dell'istigazione alla discriminazione. Inoltre, è probabile che la propaganda basata sull'odio razziale...istighi all'odio, e tanto basterebbe a neutralizzare la clausola.

304 L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia*, cit.

305 Deve però ammettersi che il riferimento alla violenza è del tutto pleonastico, per l'ovvia considerazione che i convincimenti o opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, nel momento in cui istigano alla violenza, integrano il paradigma dell'art. 3, comma 1, lett. b), l. Reale.

non sembra particolarmente stringente³⁰⁶: in un contesto giurisprudenziale già propenso a sussumere nel paradigma dell'istigazione anche affermazioni che non sembrano idonee a determinare o rafforzare l'altrui proposito di commettere atti discriminatori³⁰⁷, non sarebbe difficile sostenere che istiga all'odio chi, in un suo saggio filosofico sulla macellazione rituale degli animali, afferma che gli «ebrei hanno sofferto meno nelle camere a gas naziste di quanto soffrono tuttora gli animali nei mattatoi a causa del rito sacrificale ebraico accolto dagli islamici», e pertanto è «giusto dichiararsi antisemiti nei confronti degli ebrei credenti, né ci si può dolere del fatto che questi siano finiti nelle camere a gas naziste»³⁰⁸; oppure chi, durante una manifestazione elettorale, tuona: «voglio la rivoluzione contro gli extracomunitari clandestini, voglio la pulizia dalle strade da tutte queste etnie che distruggono il nostro paese, voglio la rivoluzione nei confronti dei nomadi, degli zingari... voglio la rivoluzione contro coloro che vogliono aprire le moschee e i centri islamici... basta, basta islamici, che tornino ai loro paesi»³⁰⁹.

306 Ricorda G. DE VERO, *Tutela*, cit., 190 ss., che il giudizio sull'attitudine istigatrice di un discorso è tanto meno controllabile, quanto più è sfumato il relativo oggetto (l'odio, nel nostro caso).

307 Nel senso che i reati di istigazione andrebbero riletti secondo lo schema del pericolo concreto, cfr. invece, anche per gli ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale, V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie ed i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, 48 ss.; D. PULITANO, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 239 ss., 244 ss., 248 ss.; L. ALESIANI, *I reati*, cit., 192 ss.; F. SCHIAFFO, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in S. Moccia (a cura di), *Delitti*, cit., 180 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, 68-69. Dubita di tale correttivo, pur ritenendolo ovviamente preferibile alla repressione del mero dissenso ideologico, G. DE VERO, *Tutela*, cit., 206 ss.; spunti problematici anche in M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 124 ss., e in A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 122 ss. Con riferimento alla l. Reale, propendono per il pericolo concreto, L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda*, cit., 142; C.D. LEOTTA, *Razzismo*, cit., 867; A. BONOMI, G. PAVICH, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 23; a favore del pericolo astratto, E. FRONZA, *Osservazioni*, cit., 52 ss., 61 ss. (ma proponendo *de iure condendo* il pericolo concreto); G. PAGLIARULO, *La tutela penale*, cit., 11; in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 26 novembre 1997, n. 724, Insabato, in *Cass. pen.*, 1999, 983 ss., con nota critica di E. FIORINO.

308 Propaganda di idee fondate sull'odio razziale e istigazione alla discriminazione per motivi religiosi, ad avviso di Cass., sez. I, 13 marzo 2012, n. 20508, Melis.

309 Anche in questo caso, propaganda e istigazione alla discriminazione, secondo Cass., sez. III, 21 marzo 2014, n. 20263, Gentilini. La proposta in esame rende-

Insomma, la clausola in esame sembra essere stata pensata per escludere la criminalizzazione di meditate argomentazioni teologico-filosofiche o eleganti disquisizioni in punta di fioretto, senza considerare che la prassi giurisprudenziale si è occupata fino a ora di discorsi intrisi di odio e di violenza. Rispetto a questi ultimi, i problemi di bilanciamento tra la libertà di espressione e le esigenze di tutela sottese alle condotte istigatrici restano pertanto inalterati³¹⁰, e sicuramente meritevoli di ulteriori riflessioni: ci si dovrebbe domandare, in particolare, se i costi dell'incriminazione dei discorsi d'odio (il sacrificio della libertà di espressione) siano compensati dai vantaggi (un contrasto più efficace al razzismo o all'omofobia)³¹¹.

Invece, a dispetto di un dato normativo che potrebbe far intendere il contrario («non costituiscono discriminazione [...] la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee...»), la commissione di atti discriminatori non ha nulla a che vedere con la tutela del pluralismo delle idee³¹²: riprendendo un esempio già noto, chi annuncia pubblicamente che non saranno prese in considerazione proposte di collaborazione lavorativa provenienti da persone omosessuali,

rebbe ancora più urgente la distinzione tra le due figure, essendo i motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia penalmente rilevanti nel caso dell'istigazione, ma non della propaganda.

310 Secondo A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 693 e 707, le condotte di istigazione non dovrebbero rientrare nella categoria dei reati di opinione perché esse sarebbero punite in ragione della loro «capacità di produrre l'effetto sociale di un incitamento di altre persone alla commissione di reati», e non per «il mero fatto dell'espressione di un contenuto valutativo». Cfr. anche G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, 296-297, a proposito dell'istigazione alla violenza razzista. Il problema è che, come si è visto, la prassi giurisprudenziale pone (discutibilmente) l'accento più sul carattere odioso del messaggio veicolato dall'istigazione che sui suoi effetti.

311 Guardano con sfavore all'incriminazione dei discorsi d'odio, con varie argomentazioni, J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, New York-London, 1997, 71 ss. (trad. it., *Parole che provocano. Per una politica del performativo*, Milano, 2010); A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., 711 ss.; G. PINO, *Discorso razzista*, cit., 287 ss., 304 ss.; A. TESAURO, *Riflessioni*, cit., 184 (a conclusione di un ampio percorso argomentativo); A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., 71 ss. In senso contrario, cfr. L. GOISIS, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 436 ss.; M.M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto*, cit., 116 ss. Si attesta su posizioni problematiche, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 161 ss., 246 ss.

312 Lo ritiene «del tutto ovvio», E. DOLCINI, *Omofobi*, cit., 27. Cfr. anche A. PUGIOTTO, *Aporie*, cit., 11.

straniere, ecc., non si limita a dire qualcosa, ma fa qualcosa³¹³, nello specifico dissuadere tali persone dal presentare le loro candidature³¹⁴.

Piuttosto, occorre chiarire quando gli atti discriminatori siano «conformi al diritto vigente», e quindi non punibili. Va innanzitutto escluso che i trattamenti discriminatori possano essere autorizzati da atti di rango sublegislativo, come nell'esempio «dell'ordinanza di un sindaco che vieti ai rom di sedersi sulle panchine di un parco perché i loro abiti non sono consoni al luogo»³¹⁵. Infatti, la clausola di salvaguardia contribuisce a definire, sia pure in negativo, gli estremi di tipicità della nozione penalmente rilevante di discriminazione («non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione»), e pertanto deve necessariamente soggiacere al principio di riserva di legge³¹⁶.

313 Inevitabile il rinvio a J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, Cambridge, 1975, 5 ss. (trad. it. *Come fare cose non le parole*, Genova, 1987), sulla funzione performativa degli atti linguistici. Riprende questi temi, J. BUTLER, *Excitable Speech*, cit., 15 ss., 43 ss. (e sul punto l'analisi critica di L.H. SCHWARTZMAN, *Hate Speech, Illocution, and Social Context: A Critique of Judith Butler*, in *J. Soc. Philosophy*, 2002, 421 ss.). Nella dottrina penalistica, cfr. A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., 700 ss.

314 CGUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, 10 luglio 2008, C-54/07, § 21 ss.; Corte app. Brescia – sez. Lavoro, 11 dicembre 2014, Carlo Taormina c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford, cit., 19 ss.

315 È l'esempio formulato da L. MORASSUTO, *Omofoobia e transfobia*, cit.

316 Sui rapporti tra norme definitorie e principio di legalità, per tutti F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in A. Cadoppi (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 177-178; F. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 189. Al medesimo esito ricostruttivo dovrebbe giungere anche chi volesse ravvisare nella clausola in esame una scusante, oppure una causa di non punibilità (ricondono tali istituti all'ambito della riserva di legge, tra gli altri, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 228 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 28-29, 193 ss.; G. DE VERO, *Corso*, cit., 234, 287, 374; per una posizione ancora più rigorosa, che sottopone alla riserva di legge ogni aspetto della disciplina penale, M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, 41, 62, 66). Per quanto riguarda la possibilità di rileggere la clausola nell'ottica delle cause di giustificazione, e più precisamente dell'esercizio del diritto, si dovrebbe comunque tener conto di quell'autorevole posizione dottrinale che esclude gli atti amministrativi contrari alla legge dal novero delle fonti del diritto scriminante ex art. 51 c.p. (così, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 247; cfr. anche A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, 341; P. SEMERARO, *L'esercizio del diritto*, Milano, 2009,

A questo punto, per riempire di contenuto il riferimento al diritto vigente sembrerebbe opportuno ricorrere a quelle disposizioni della legislazione antidiscriminatoria che, a determinate condizioni, ammettono le differenze di trattamento basate sulla razza, l'età, il sesso, l'orientamento sessuale, ecc. Seguendo questa strategia interpretativa, alla formula «ovvero anche se» andrebbe riconosciuta una valenza specificativa, volta a ricordare all'interprete la disciplina derogatoria prevista dalla legislazione antidiscriminatoria per le c.d. organizzazioni di tendenza.

Deve ammettersi che tale impostazione renderebbe la parte finale della clausola sostanzialmente superflua, perché le pratiche discriminatorie perpestrate dalle organizzazioni di tendenza sarebbero in ogni caso «conformi al diritto vigente»³¹⁷. Tuttavia, un'interpretazione disgiuntiva dell'«ovvero anche se» consentirebbe di sottrarsi a tale critica, ma al prezzo di rendere ancora più incerto l'ambito operativo della clausola in esame, dovendosi a questo punto distinguere tra condotte discriminatorie che, sebbene difformi dal diritto vigente (= non autorizzate dalla legislazione antidiscriminatoria), sono «relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano» le organizzazioni menzionate, e condotte che invece non lo sono³¹⁸.

Ad esempio, la decisione di negare specifici trattamenti sanitari alle persone di colore non sembra strumentale all'attuazione del diritto all'assistenza sanitaria³¹⁹, né di altri principi costituzionali. Ci si potrebbe domandare, in-

14 e nota 23): seguendo questa prospettiva, il giudice penale potrebbe disapplicare l'ordinanza anti-rom dell'esempio prospettato nel testo, perché contrastante con il divieto di discriminazione.

317 Anche se si potrebbe replicare, sulla scorta dell'insegnamento di F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1265, che «è una tecnica normativa perfino raccomandabile quella di spiegare, rinunciando in modo diverso, ed evidenziandone i 'corollari', un principio basilare dell'ordinamento».

318 L'interpretazione disgiuntiva non consentirebbe invece di escludere la punibilità delle istigazioni all'odio e alla violenza: così, M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit., § 6, il quale divide la clausola in due parti, la prima relativa alle opinioni («non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza»), la seconda alle condotte («né le condotte conformi al diritto vigente, ovvero anche se assunte», ecc.).

319 Temono invece che la clausola potrebbe rendere tale condotta penalmente lecita, M. GATTUSO, *Che cosa dice veramente la legge sull'omofobia*, cit., § 6; L. MORASSUTO, *Omofobia e transfobia*, cit. Sul diritto alla salute ex art. 32 Cost. (anche) come diritto alle cure, e sul suo «nucleo irriducibile» che, secondo la giurisprudenza costituzionale, deve resistere anche ai condizionamenti derivanti dalla limitatezza delle risorse finanziarie, per tutti D. MORANA, *La salute come*

vece, se l'interpretazione disgiuntiva facoltizzi trattamenti deteriori nei confronti dei dipendenti che non condividono la visione propugnata dalle organizzazioni di tendenza presso le quali prestano servizio, senza però svolgere mansioni lavorative essenziali per la salvaguardia del profilo etico, culturale o religioso dell'ente (si pensi, ad esempio, all'addetto della pulizia dei locali)³²⁰.

In casi come questi, forse, potrebbe ravvisarsi un nesso tra la condotta discriminatoria e l'attuazione dei «principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano» l'organizzazione. Allo stesso tempo, sarebbe legittimo dubitare della legittimità costituzionale di una disciplina che, prescindendo dai canoni della legislazione antidiscriminatoria (essenzialità della caratteristica differenziale ai fini dello svolgimento della mansione; proporzionalità della misura discriminatoria adottata all'obiettivo da perseguire, ecc.)³²¹, rinunciassero aprioristicamente a bilanciare gli interessi delle organizzazioni di tendenza con quelli sottesi al principio – pure di rango costituzionale – di non discriminazione.

10. Nel corso dell'analisi, si è preferita una prospettiva metodologica che, ridimensionando in via interpretativa gli elementi di criticità della l. Reale e della l. Mancino³²², consentisse alla proposta in esame di conformarsi il più possibile al volto costituzionale dell'illecito penale³²³. Avvian-

diritto costituzionale. Lezioni, Torino, 2015, 84 ss.: nel nostro esempio, non si potrebbe pertanto invocare il pretesto di dover garantire una migliore assistenza ai cittadini italiani. Discutono il problema dell'allocazione delle risorse sanitarie dal punto di vista filosofico, E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 2004, 275 ss.; M. MORI, *Manuale*, cit., 357 ss.

320 Sulla delicata linea distintiva tra le mansioni ideologicamente qualificate e quelle neutrali rispetto alla tendenza, cfr. per tutti M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006, 156; D. STRAZZARI, *Discriminazione*, cit., 308.

321 Un'ampia analisi di tali canoni, ai quali è affidato il temperamento degli interessi in conflitto, in A. LASSANDARI, *La discriminazione*, cit., 187 ss.

322 Ad avviso di D. PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015, 4, quando si tratta di proposte di legge, sarebbe preferibile un'«ermeneutica del sospetto (fin quasi al limite della paranoia)»; successivamente, «a legge approvata sarà bene impegnarsi, fin dove il testo lo consenta, in interpretazioni orientate all'idea della razionalità del legislatore». Nel nostro caso si è prediletta la seconda opzione perché l'ermeneutica del sospetto, nell'esaltare i difetti della proposta in esame, avrebbe contemporaneamente suggerito interpretazioni regressive della l. Reale e della l. Mancino, ad esempio in ordine alla nozione di discriminazione, all'ambito operativo delle condotte prodromiche, ecc.

323 La suggestiva espressiva si deve, com'è noto, a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIX, 1973, 8 e 92.

doci alle conclusioni, va però precisato che il prodotto dell'aspirante legislatore presenta anche molte ombre³²⁴.

Infatti, sarebbe più che opportuno rivedere l'impianto complessivo della l. Reale e della l. Mancino, piuttosto che limitarsi a estenderne l'armamentario ai motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia. Come sappiamo, sono numerosi gli aspetti che meritano di essere disciplinati in modo tecnicamente più avveduto, anche per quanto attiene all'implementazione degli obblighi internazionali di incriminazione³²⁵. Invece di ricalcare pedissequamente le condotte che l'art. 4 della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* impone di punire, il legislatore nazionale dovrebbe riformularle in termini più rispettosi dei principi costituzionali, ad esempio per quanto attiene alla parificazione *quoad poenam* tra istigazione e reato istigato, alla nozione di atti di violenza o di discriminazione, ai rapporti tra l'associazione razzista e l'art. 416 c.p., alle ipotesi di anticipazione della soglia della punibilità che rischiano di criminalizzare il dissenso, ecc. Andrebbero anche abbandonati approcci sanzionatori ciecamente afflittivi³²⁶, orientandosi piuttosto nella direzione della giustizia riparativa, laddove possibile³²⁷.

324 I due assunti non sono contraddittori: se si ammette che «il processo di concretizzazione per via democratico-discorsiva della politica penale è privo di veri e propri vincoli positivi, di matrice costituzionale, preesistenti rispetto alla deliberazione democratica» (così, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, 1560), diventa «quasi un'ovvietà» ammettere persino la possibilità di «una politica illiberale, ma non incostituzionale» (M. DONINI, «Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'«offense» di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1560). Su queste premesse, invita a non «inflazionare l'appello ai principi costituzionali», C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 242, con riferimento al tema, assai prossimo a quello trattato, dei reati di opinione.

325 Sui quali cfr. per tutti E. FRONZA, *Osservazioni*, cit., 35 ss.; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda*, cit., 123 ss.

326 Particolarmente criticata, perché rispondente «a schemi di pura afflittività, connessi alla rozza simbologia del contrappasso» (S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 102; L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., 18), la sanzione accessoria dell'attività non retribuita di pubblica utilità, nel momento in cui essa consista in «opere di bonifica e restauro degli edifici danneggiati con scritte, emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni» razziste. A proposito dell'originaria Proposta Scalafrotto, che aveva previsto la possibilità di svolgere l'attività non retribuita «in favore delle associazioni di tutela delle persone omosessuali, bisessuali, transessuali o transgender», ha osservato L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6, che meccanismi siffatti «finiscono per non risultare affatto costruttivi, ma per creare il rischio di ulteriori rancori e incomprensioni».

327 Ancora L. EUSEBI, *Omofobia*, cit., 6.

In una visione più ambiziosa, che purtroppo non appartiene all'attuale classe politica, la proposta contro l'omofobia avrebbe potuto fornire l'occasione per sperimentare strategie di politica criminale più articolate e innovative. Razzismo, xenofobia, omofobia e transfobia rinviando a processi di stigmatizzazione nei confronti delle minoranze (etniche, religiose, sessuali, ecc.) che travalicano i pregiudizi dei singoli individui, radicandosi in sistemi di credenze condivisi da strati della società più o meno ampi³²⁸.

Fenomeni macro-sociali di tale portata non possono essere affrontati con il solo strumentario del diritto penale, fisiologicamente destinato a sanzionare singoli comportamenti delittuosi, ma richiedono interventi sul piano dell'implementazione dei diritti umani³²⁹, delle campagne educative, della formazione di chi esercita funzioni di rilievo pubblico, della legislazione antidiscriminatoria³³⁰.

Ovviamente, tutto ciò presupporrebbe una classe politica decisa a prendere finalmente sul serio i diritti delle identità sessuali minoritarie, ponendo fine a una violazione della Costituzione e delle fonti sovranazionali che diventa ogni giorno più intollerabile.

328 Cfr. § 4. Sullo stigma strutturale, e sui suoi effetti nei confronti degli individui discriminati, cfr. per tutti P.W. CORRIGAN, A.C. WATSON, M.L. HEYRMAN, A. WARPINSKI, G. GRACIA, N. SLOPEN, L.L. HALL, *Structural Stigma in State Legislation*, in *Psychol. Serv.*, 2005, 557 ss.; G.M. HEREK, *Confronting Sexual Stigma and Prejudice: Theory and Practice*, in *J. Soc. Issues*, 2007, 907 ss.; M.L. HATZENBUEHLER, *Structural Stigma and the Health of Lesbian, Gay, and Bisexual Populations*, in *Curr. Dir. Psychol. Sci.*, 2014, 127 ss.

329 Cfr. § 6.

330 Insiste su questi aspetti, ARTICLE 19, *Responding Hate Speech against LGBTI People*, London, 2013, 21 ss., in www.article19.org. V. anche G. PINO, *Discorso razzista*, cit., 305.