

**DEFINIZIONI NORMATIVE E USO SIMBOLICO DEL DIRITTO PENALE
NEL DDL ZAN**

EMANUELE ROSSI*

Sommario

1. Il disegno di legge S-2005 e i suoi contenuti. - 2. Le definizioni contenute nell'art. 1 e il loro valore. - 3. Le finalità pedagogiche delle definizioni in oggetto. - 4. Le disposizioni penali del ddl Zan. - 5. L'istigazione alla discriminazione e la tutela della libertà di espressione. - 6. Le altre misure, "promozionali", del ddl Zan. - 7. Il ddl Zan e l'uso simbolico del diritto penale.

Abstract

The essay analyzes the Bill No. S-2005 (known in the public debate with the name of its speaker in the Parliament, the member of the Italian Chamber of Deputies Alessandro Zan) and highlights two aspects related to the system of the sources of law: on the one hand, the definitions included therein and the value that these come to assume even beyond the text that provides them; on the other hand, the meaning of a predominantly criminal legislation aimed at favoring an evolution of social customs through the provision of sanctions. According to the thesis proposed in the essay, the bill has to be inscribed in the tendency to use criminal law in a symbolic-expressive function: a tendency that is hardly compatible with the role of "extrema ratio" that the Constitutional Court has recognized in this branch of law.

Suggerimento di citazione

E. ROSSI, *Definizioni normative e uso simbolico del diritto penale nel ddl Zan*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.
Contatto: emanuele.rossi@santannapisa.it

1. Il disegno di legge S-2005 e i suoi contenuti

Il disegno di legge n. S-2005 (noto nel dibattito pubblico con il nome del relatore di esso alla Camera, on. Alessandro Zan: da ora in avanti ddl Zan) è oggetto di un acceso dibattito pubblico, in ragione della sua rilevanza in merito ad aspetti significativi della tutela dei diritti della persona. E ciò provoca una netta polarizzazione delle posizioni che vengono enunciate, cui certamente non sono estranee finalità di schieramento politico-ideologico. In questo contributo, destinato a una rivista che si occupa prevalentemente di fonti del diritto, mi limiterò a sottolinearne alcuni profili attinenti al piano del sistema normativo complessivo.

Il ddl in questione è stato approvato dalla Camera il 4 novembre 2020, ed è – nel momento in cui si scrivono queste note – all’esame del Senato. Esso prende avvio da cinque proposte di legge, presentate rispettivamente dalle/dagli onorevoli Laura Boldrini (Gruppo Misto), Alessandro Zan (PD), Ivan Scalfarotto (PD), Mario Perantoni (5Stelle) e Giusi Bartolozzi (FI). L’oggetto dell’intervento normativo viene esplicitato nel titolo: “Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere e sulla disabilità”¹.

Relativamente a tale oggetto, le misure che si intendono introdurre operano su piani diversi: da quello penale–repressivo, mediante un inasprimento del sistema sanzionatorio relativo a comportamenti genericamente riferibili a intenti discriminatori; a quello delle misure di esecuzione della pena, a quello di promozione e diffusione culturale, a quello che potremmo chiamare statistico e conoscitivo a fini di monitoraggio. Il tutto al fine di “superare le condizioni strutturali e sistemiche della discriminazione e della violenza”² fondate sulle motivazioni sopra indicate.

Le prime misure mirano a intervenire sul codice penale, e costituiscono la parte forse più rilevante dell’intervento normativo: sicuramente quelle sulle quali anche il dibattito pubblico si è maggiormente sviluppato. Sono poi previste misure che possiamo ritenere conseguenti – e comunque strettamente correlate – alle modifiche codicistiche, relative alle sanzioni accessorie che possono essere inflitte a chi commetta i reati di cui sopra.

Al piano della promozione culturale possiamo ascrivere la disposizione che mira ad istituire una Giornata nazionale contro l’omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia, mentre altre due norme sono dedicate ad ampliare le

¹ In Senato è stato presentato un altro disegno di legge (S 2205) ad iniziativa dei senatori Ronzulli, Salvini, Binetti e Quagliariello, che pur ispirandosi alle medesime finalità complessive del ddl Zan si caratterizza tuttavia per intervenire unicamente sul piano della disciplina penalistica, proponendo la modifica degli articoli 61, 69 e 69-bis del codice penale.

² A. SCHILLACI, *A metà del guado: la proposta di legge Zan, tra riconoscimento e solidarietà*, in *Giustizia insieme*, 10 novembre 2020.

competenze dell'Ufficio per il contrasto alle discriminazioni istituito presso la Presidenza del Consiglio (la prima) e a ridefinire le funzioni dei centri contro le discriminazioni motivate da orientamento sessuale e identità di genere già previsti dalla legislazione vigente (la seconda). Un'ultima disposizione dà mandato all'Istat, sentito l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori, di effettuare una rilevazione statistica con cadenza almeno triennale sulle discriminazioni previste dalla legge (sebbene l'oggetto di tali indagini non sia ben definito).

Torneremo su questi punti.

Le condotte che si vorrebbero punire (ovvero superare mediante le altre azioni) consistono nella *discriminazione* e nella *violenza*; mentre la qualificazione che rende tali attività punibili è riferita a cinque ambiti ("sesso", "genere", "orientamento sessuale", "identità di genere" e "disabilità").

Come appare subito evidente, e come si rende necessario volendosi introdurre fattispecie penalmente rilevanti, occorre chiarire il significato attribuito alle espressioni utilizzate, anche perché le stesse risultano tutt'altro che condivise nel linguaggio comune. Ed infatti l'art. 1 contiene le definizioni dei termini utilizzati, omettendo tuttavia quella di disabilità, per la quale quindi deve farsi riferimento alle disposizioni vigenti (oltre che, come ovvio, all'elaborazione di tipo giurisprudenziale)³.

2. Le definizioni contenute nell'art. 1 e il loro valore

Quello delle definizioni è dunque il primo punto che si intende affrontare. L'inserimento di esse⁴ all'interno di un testo di legge, come noto, è abbastanza ricorrente nella normativa recente, sia di livello nazionale che dell'Unione europea (in evidente controtendenza rispetto al noto passo di Giavoleno che indurrebbe a molta cautela al riguardo⁵). Per quanto riguarda l'ordinamento

³ Non intendo approfondire il tema se e come la nozione di disabilità sia sufficientemente definita nell'ordinamento giuridico: perlopiù si indica al riguardo la legge n. 104 del 1992 la quale, tuttavia, non fa riferimento alla disabilità bensì all'handicap. Sulle problematicità di una definizione normativa in materia v. L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, Trento, 2016, 335 ss. Va comunque segnalato che il parere del Comitato per la legislazione, di cui si dirà subito, aveva limitato la propria richiesta alle definizioni adottate, non menzionando quella sulla disabilità.

⁴ Le definizioni di cui si parla qui non sono quelle mediante le quali viene descritta una fattispecie normativa (e che in quanto tali sono indefettibili in un atto normativo), bensì quelle che si pongono preventivamente rispetto alla descrizione della fattispecie e che hanno lo scopo di contribuire a definirne il contenuto e – quindi – l'interpretazione. Sull'utilizzo delle definizioni in ambito giuridico v. il bel volume curato da F. CORTESE e M. TOMASI, *Le definizioni nel diritto*, cit.

⁵ Come è noto, per Giavoleno, giurista vissuto a cavallo tra il I e il II secolo d.C., "*Omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum est enim, ut non subverti possit*": cfr. D. QUAGLIONI, *Il diritto e le definizioni. Intervento introduttivo*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, cit., 15 ss.

interno deve ricordarsi la Circolare congiunta dei Presidenti di Senato e Camera del 20 aprile 2001, la quale suggerisce di ricorrere a definizione “allorché i termini utilizzati non siano di uso corrente, non abbiano un significato giuridico già definito in quanto utilizzati in altri atti normativi ovvero siano utilizzati con significato diverso sia da quello corrente sia da quello giuridico”. Evidentemente questo vale per le espressioni di cui il ddl in questione offre la definizione: ed il legislatore dimostra di averne consapevolezza. Il Regolamento della Camera (art. 79, comma 4), infine, demanda alle Commissioni il compito di valutare, nell’ambito della istruttoria legislativa, “l’inequivocità e la chiarezza del significato delle definizioni”. Infine, la Circolare del Presidente del Consiglio 2 maggio 2001, n. 10888 precisa che “Le definizioni sono, tuttavia, ammesse solo se necessarie ai fini di un’interpretazione chiara ed univoca dell’atto”, e il ricorso ad esse deve essere preceduto “dalla verifica che nell’ordinamento non ne esistano già altre, riferite al medesimo istituto o ad altro analogo”.

Va segnalato al riguardo che nel ddl Zan le definizioni in parola non comparivano nella versione originaria, e sono state sollecitate da parte del Comitato per la legislazione proprio in considerazione delle fattispecie penali che si intendevano introdurre. Il parere reso dal Comitato in data 23 luglio 2020 ha infatti richiesto espressamente alla Commissione di merito, “sotto il profilo della semplicità, chiarezza e proprietà della formulazione”, di “introdurre specifiche definizioni, ai fini dell’attuazione del provvedimento, dei concetti di «sesso», «genere», «orientamento sessuale» e «identità di genere»”. Richiesta che la Commissione competente ha soddisfatto⁶; e tale circostanza contribuisce – sia detto incidentalmente – a valorizzare il ruolo del Comitato per la legislazione nell’ambito del procedimento legislativo e anche ad attestarne l’autorevolezza che esso si è guadagnato nel sistema parlamentare⁷.

Entrando nel merito delle definizioni adottate, si precisa, in primo luogo, che esse sono dettate “ai fini della presente legge”.

Rispettando fedelmente il parere del Comitato per la legislazione, la prima riguarda il *sex*, specificando che con esso si intende “il sesso biologico o anagrafico”; la seconda definisce il *genere* come “qualunque manifestazione

⁶ Sarebbe interessante approfondire questi passaggi, perché indubbiamente sul parere si è prodotto un effetto di *spillover*: le preoccupazioni di natura formale hanno consentito di formulare delle definizioni il cui fine (voluto o non voluto) è di realizzare un comune sentire condiviso sui contenuti delle definizioni stesse (come si dirà).

⁷ Su ciò v. in generale, V. DI PORTO, *Il Comitato per la legislazione, venti anni dopo*, che può leggersi qui: <https://sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/files/SOG%20Working%20Papers%20WP45%20-%202018%20Di%20Porto.pdf> Per alcuni significativi esempi sul ruolo svolto dal Comitato nella redazione tecnica delle leggi v. R. ZACCARIA, *La lingua del legislatore ordinario e della revisione costituzionale*, in P. CARETTI – R. ROMBOLI (cur.), *La lingua dei giuristi*, Pisa, 2016, 103 ss.

estriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso”. La terza definizione riguarda *l’orientamento sessuale*, definito quale “attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi”; la quarta, infine, definisce *l’identità di genere* quale “identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall’aver concluso un percorso di transizione”⁸.

Non è possibile qui esaminare nel dettaglio ciascuna di queste definizioni, che richiederebbero competenze specifiche che chi scrive queste note certamente non possiede⁹: qualcuno ha osservato al riguardo che “si tratta di nozioni conformi a letture *mainstream*, tutt’altro che esaustive e condivise nel dibattito scientifico”¹⁰, mentre secondo altri la “tecnica definitoria [è] resa estremamente chiara dall’uso di un linguaggio rigorosamente connotativo, [che] implementa le definizioni scientifiche ufficiali e istituzionalizzate delle più alte autorità scientifiche mondiali, in primo luogo l’Organizzazione mondiale della sanità”¹¹; altri ancora ne hanno sottolineato la non difformità rispetto alla giurisprudenza interna e sovranazionale¹². Mi limiterò a svolgere qualche

⁸ Sulla nozione di “identità di genere” sono state sollevate alcune perplessità da parte di alcune esponenti del movimento femminista, che hanno avanzato la preoccupazione che essa possa annullare il dato biologico e condurre ad un appiattimento della differenza tra i sessi.

⁹ Si è sostenuto che sulla qualità del linguaggio normativo incida la contaminazione di registri espressivi (A. PLACANICA, *Fattori linguistici nella scrittura degli atti normativi*, in R. ZACCARIA (cur.), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, 2012, 23 (reperibile qui: https://www.camera.it/temiap/temi16/La_buona_scrittura_delle_leggi.pdf), 174 ss.: osservazione che riguarda in generale tutti i dettati normativi, in verità, ma che appare più manifesta nei casi – come il presente – in cui le definizioni adottate non sono di uso comune, almeno nel significato che a ciascuna di essi viene attribuito dal ddl. In merito al fondamento costituzionale della “buona scrittura delle leggi” v. R. ZACCARIA, *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, ibid., 9 ss.; P. COSTANZO, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione*, in www.tecnichenormative.it: principio che tuttavia incontra il limite della difficile giustiziabilità del *drafting* legislativo (come argomenta P. COSTANZO, *La lingua delle Aule parlamentari, la lingua della Costituzione e la lingua delle leggi*, in P. CARETTI – R. ROMBOLI (cur.), *La lingua dei giuristi*, cit., 127 ss.).

¹⁰ G. DODARO, *La problematica criminalizzazione degli “atti di discriminazione” non violenti nei delitti contro l’eguaglianza*, in *Giustizia insieme*, 10 novembre 2020. Secondo A. DI MARTINO, *Parere reso alla Commissione Giustizia del Senato* in data 11 luglio 2021, “Le situazioni ivi attualmente previste sono articolate in modo (inevitabilmente) confuso, con l’effetto paradossale di essere troppo inclusive e con ciò di obnubilare il senso della tutela penale differenziata”.

¹¹ F. FILICE, *Il disegno di legge in materia di omo-lesbo-bi-transfobia e abilismo. L’analisi delle nuove fattispecie incriminatrici. Verso un diritto penale antidiscriminatorio?*, in www.questionegiustizia.it, 26 novembre 2020, 4. Secondo l’OMS, “Gender interacts with but is different from sex, which refers to the different biological and physiological characteristics of females, males and intersex persons, such as chromosomes, hormones and reproductive organs. Gender and sex are related to but different from gender identity. Gender identity refers to a person’s deeply felt, internal and individual experience of gender, which may or may not correspond to the person’s physiology or designated sex at birth”.

¹² V. A. SCHILLACI, *A metà del guado*, cit. Analogamente L. CONTE, *Il “Ddl Zan” tra Costituzione e politica legislativa*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2021, 302.

considerazione di carattere generale, non prima di segnalare, tuttavia, un problema che – a mio avviso – si pone in relazione alla definizione di “sesso”. Per questa, infatti, viene utilizzata la disgiuntiva “o”, che quindi lascia intendere che il sesso “biologico” possa essere diverso da quello “anagrafico”: ammettendo che in concreto tale circostanza si verifichi (come può avvenire nei casi previsti dalla legge 14 aprile 1982, n. 164 prima o in assenza della prevista rettificazione), a quale dei due si deve fare riferimento? Al di là della risposta da dare a tale domanda nelle concrete circostanze in cui il problema possa porsi, è tuttavia evidente che l’uso della disgiuntiva “o” consente di definire il sesso sulla base di due criteri distinti che possono risultare, nella realtà, non sempre coincidenti: con la conseguenza possibile dell’attribuzione ad una stessa persona di due sessi diversi (uno biologico e uno anagrafico).

Al di là di tale profilo specifico, vorrei soffermarmi sul valore in sé delle definizioni contenute nell’art. 1, considerate alla luce dei criteri in generale adottati per l’inserimento di definizioni (tratte da saperi scientifici o tecnici) all’interno di un testo legislativo¹³.

In primo luogo merita riflettere sul loro significato *oltre* il provvedimento legislativo in cui esse sono inserite. Sebbene come detto, il ddl Zan espressamente intenda limitare l’ambito applicativo delle definizioni adottate a quanto previsto nel medesimo testo¹⁴, tuttavia è evidente che, una volta introdotte in un atto normativo (e quindi dotate di una precettività formale anche sul piano del diritto¹⁵), la loro valenza si espande oltre i confini della legge stessa, e devono essere utilizzate ai fini di un’interpretazione di tipo sistematico, favorendone (perlomeno) una presunzione di validità rispetto al significato da attribuire ad altre previsioni normative. Come rilevato diversi anni fa da Pugliatti, scopo delle definizioni è infatti di risolvere “imperativamente ogni dubbio che possa nascere dalla polisemia di taluni termini od espressioni”¹⁶: e ciò vale anche con riguardo alle disposizioni costituzionali.

Valutiamo, alla luce di ciò, alcune possibili conseguenze delle definizioni adottate nel ddl Zan, in primo luogo circa la differenza tra “sesso” e “genere”.

¹³ Non vi è bisogno di ricordare – se non per il fatto che alcuni difensori del ddl sembrano non averne piena contezza – che una cosa sono le definizioni scientifiche (anche delle scienze sociali) ed altro la loro previsione all’interno di un testo normativo: con tutto ciò che tale distinzione comporta.

¹⁴ La stessa espressione (“Ai fini della presente legge”) compare anche nell’art. 4, di cui si dirà: in relazione a quest’ultimo, nel corso del dibattito parlamentare si è sostituita l’originaria espressione “*ai sensi della presente legge*” con “*ai fini della presente legge*”, proprio con l’intento di ancorare le definizioni alle finalità antidiscriminatorie della legge (così A. SCHILLACI, *A metà del guado*, cit.).

¹⁵ F. GUELLA, *L’utilizzo di definizioni “tecnico-scientifiche” nel diritto. Il rinvio a concetti pre-giuridici tra effettività della norma e sanzione di scelte tecniche*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, cit., 295.

¹⁶ S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, 11, ripreso da M. TOMASI, *Premessa. Il gioco delle definizioni*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, cit., 8.

Tralasciando per un momento i riflessi sulle disposizioni costituzionali, nella legislazione ordinaria il termine “genere” (che, lo si ribadisce, per il ddl in questione riguarda “qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso”) è in alcune disposizioni normative utilizzato con riferimento a quello che lo stesso ddl indica come “sesso”, ma che (forse) nel caso dell’approvazione del ddl Zan si dovrebbe considerare in modo diverso.

Ad esempio, l’art. 18 bis, comma 3, del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati (DPR 30 marzo 1957, n. 361)¹⁷, stabilisce che “A pena di inammissibilità, nella successione interna delle liste nei collegi plurinominali, i candidati sono collocati secondo un ordine alternato *di genere*” (corsivo aggiunto): riferimento che sin qui è stato riferito al *sex* (maschile o femminile). Quindi, se si interpretasse tale previsione alla luce della definizione del ddl Zan, il risultato sarebbe il seguente: “A pena di inammissibilità, nella successione interna delle liste nei collegi plurinominali, i candidati sono collocati secondo un ordine alternato relativo a qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso”. Non mi pare semplice comprendere come tale previsione si possa applicare in concreto, né come essa possa essere sanzionata con l’inammissibilità della candidatura.

Peraltro, e sempre ad esempio, lo stesso art. 18-bis, al comma 3.1, secondo periodo, stabilisce che “nessuno dei due generi può essere rappresentato nella posizione di capolista in misura superiore al 60 per cento, con arrotondamento all’unità più prossima”, mentre al comma 3-bis prevede che “alla lista è allegato un elenco di quattro candidati supplenti, due di sesso maschile e due di sesso femminile”: ove è evidente che i termini “generi” e “sesso” sono utilizzati con lo stesso significato (anche perché se si facesse riferimento alla definizione del ddl Zan non si potrebbe parlare di *due – soli – generi*). Anche il recente d.l. 31 luglio 2020, n. 86, nel titolo si riferisce alla “parità di *genere* nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario”, mentre nel testo stabilisce che “ciascun elettore può esprimere due voti di preferenza, di cui una riservata a un candidato di *sex* diverso dall’altro” (corsivi aggiunti).

Così pure in altre circostanze le espressioni “diseguaglianze di genere”, “politiche di genere” o “violenza di genere”, fanno implicito riferimento al genere femminile (così, da ultimo, la legge 19 luglio 2019, n. 69); mentre in altre restano indeterminate (ad esempio l’art. 8, comma 1, lett. *d*) del d. leg. n. 251/2007 stabilisce che “ai fini della determinazione dell’appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell’individuazione delle caratteristiche proprie

¹⁷ Identica previsione, come noto, è contenuta nell’art. 9, comma 4, del Testo unico delle leggi recanti norme per l’elezione del Senato della Repubblica, di cui al d. leg. 20 dicembre 1993, n. 533.

di tale gruppo, si tiene debito conto delle considerazioni di genere, compresa l'identità di genere¹⁸).

In definitiva, quindi, appare tutt'altro che recepita nella legislazione in essere la distinzione tra "il sesso inteso come dato biologico e il genere inteso come dato sovrastrutturale" che il ddl Zan intenderebbe introdurre attestandosi "sulle definizioni consegnate dalla ricerca antropologica ed etnologica, focalizzata sugli aspetti strettamente scientifici e non schierata né politicizzata in alcun senso"¹⁹.

Anche la giurisprudenza costituzionale ha da molti anni utilizzato in modo promiscuo i termini di sesso e genere: nella sentenza n. 139/2020, ad esempio, la Corte fa riferimento alla "diversificazione *di genere*", specificando che essa si realizza quando la disposizione esige "che i componenti onorari siano «*un uomo e una donna*»", così da garantire che "il collegio possa sempre avvalersi del peculiare contributo di esperienza e di sensibilità proprie del *sesso* di appartenenza". Così pure la sentenza n. 4/2010 ripetutamente riferisce l'espressione "riequilibrio di genere" al rapporto tra "*genere* maschile e "*genere* femminile".

Su un diverso piano, va ricordato anche che l'espressione "sesso" viene utilizzata, sia nel linguaggio ordinario che anche nella giurisprudenza costituzionale, in un'accezione che ha nulla a che fare con "il sesso biologico o anagrafico": così, ad esempio, la sentenza n. 141/2019 afferma che "il vigente ordinamento non vieta, di per sé, l'offerta di sesso a pagamento, ma ciò non significa che essa si configuri come espressione di un diritto costituzionalmente tutelato". Ove è evidente che "sesso" non significa qui né il sesso biologico né quello anagrafico cui si riferisce la definizione del ddl Zan.

Con riguardo al versante della Costituzione, ci si potrebbe porre l'interrogativo circa la portata della definizione sull'interpretazione delle disposizioni

¹⁸ Secondo S. CURRERI, *Ddl Zan: proviamo a fare chiarezza*, in *laCostituzione.info*, 30 maggio 2021, tale disposizione dimostra che "l'espressione "identità di genere" è già stata utilizzata in riferimento ai motivi di persecuzione per i quali può essere concessa la protezione internazionale quando vi è un evidente contrasto tra dati anagrafici e rappresentazione esterna di un genere diverso". In verità la disposizione prevede che tra i motivi che possono condurre al riconoscimento dello status di rifugiato, gli atti di persecuzione devono essere riconducibili – oltre ad altri - a motivi connessi all'appartenenza a un "particolare gruppo sociale", il quale può essere individuato anche "in base alla caratteristica comune dell'orientamento sessuale", per la cui individuazione si deve fare riferimento a "considerazioni di genere, compresa l'identità di genere". Dunque, secondo tale normativa, le "considerazioni di genere", di cui l'identità di genere sarebbe una specificazione, sono considerate caratterizzanti l'orientamento sessuale: il che non pare del tutto coerente e compatibile con le definizioni adottate dal ddl Zan.

¹⁹ Così, ancora, F. FILICE, *op. cit.*, 4, per il quale in questo modo il legislatore avrebbe rispettato "la vocazione costituzionale all'universalità e all'equidistanza": equidistanza da chi e da che cosa, tuttavia, non viene specificato, così lasciando nel dubbio anche l'interrogativo sul perché il legislatore debba avere una vocazione costituzionale all'equidistanza.

costituzionali, a partire da quanto previsto dall'art. 3 Cost.

Si domanda, al riguardo, Tullio Padovani²⁰: “sono o non sono, le variegata scansioni dell'articolo 1 del Ddl, ricomprese nell'ambito del concetto di «sesso» assunto dall'articolo 3 della Costituzione?”. E risponde che “alla lettera no, perché l'articolo 1, lett. a), del Ddl detta una definizione di «sesso» secondo cui per tale si intende «il sesso biologico o anagrafico». Dunque, l'accezione costituzionale di «sesso» escluderebbe il «genere», l'«orientamento sessuale» e l'«identità di genere», e ciò “implicherebbe che il Ddl abbia esteso, autonomamente, la tutela dell'uguaglianza in ambiti non coperti dalla garanzia costituzionale”: ritenendo conclusivamente, peraltro, che “in realtà l'articolo 3 della Costituzione è perfettamente in grado di accogliere sotto l'ombrello del «sesso» ognuno degli aspetti acriticamente sceverati dell'articolo 1 del Ddl”²¹.

Con riguardo invece alla previsione contenuta nell'art. 51 Cost., l'espressione “Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso” dovrebbe essere riferita al sesso anagrafico, perlomeno con riguardo all'ammissione agli uffici pubblici e alle cariche elettive²².

3. Le finalità pedagogiche delle definizioni in oggetto

In secondo luogo, come è inevitabile nel linguaggio (non solo giuridico), ogni definizione viene formulata mediante termini che richiederebbero a loro volta altre definizioni. Non essendo possibile portare all'infinito questa catena, anche nel ddl in esame si danno per acquisiti termini che richiederebbero, tuttavia, ulteriore specificazione²³. Circostanza che favorisce ciò che in dottrina è stato segnalato, ovvero che nella impossibilità di considerare “oggettivo” l'elemento che funge da definizione, le scelte politiche di utilizzo delle stesse nascondano possibili elementi di strumentalità²⁴: ed anzi, proprio la decisione

²⁰ T. PADOVANI, *Ddl Zan e omofobia: un vasto campo seminato con mine da disinnescare*, in *Guida al diritto*, n. 48/2020.

²¹ Il principio che il divieto di discriminazione per motivi di sesso debba riguardare anche la posizione dei transessuali e degli omosessuali è pacifico in dottrina: cfr., per tutti, A. CELOTTO, *sub art. 3*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 74; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, 167. Per una lettura complessiva del divieto di discriminazioni in ragione del sesso v., da ultimo, G. SORRENTI, “*Viaggio ai confini dell'uguaglianza giuridica*”. *Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020, 438 ss.

²² L'art. 117, settimo comma, Cost. non fa riferimento al sesso (e nemmeno al genere), stabilendo il principio della piena parità tra uomini e donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono nonché nell'accesso alle cariche elettive.

²³ Come è stato sottolineato in dottrina, anche la definizione di “atto di discriminazione” (termine che va ben oltre l'ambito applicativo del ddl Zan) andrebbe specificata in via legislativa: cfr. L. GOISIS, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1521 ss.

²⁴ F. GUELLA, *op. cit.*, 294.

(del legislatore) di rendere precettiva una definizione (e non un'altra) è dimostrazione della carenza ovvero della mancata oggettività della stessa²⁵.

Si pensi alla richiamata definizione di “orientamento sessuale”, nella quale compare, ancora una volta, la disgiuntiva “o” (“attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi”). L'interprete deve, al riguardo, sciogliere il dubbio su cosa deve intendersi per “attrazione sessuale”, e poi anche per “attrazione affettiva”: nozione, quest'ultima, che a seguito della richiamata disgiuntiva può aversi anche in assenza di un'attrazione sessuale (al netto di cosa questa significhi)²⁶? Si può escludere, a tale riguardo, che quella di un padre o di una madre verso il figlio o la figlia sia un'“attrazione affettiva”? Personalmente non avrei dubbi a considerarla tale, analogamente a quella di un/a nonno/a nei confronti dei nipoti, e così via: ed è allora corretto ritenere che tale “attrazione affettiva” sia da considerare, come impone la definizione in esame, quale espressione dell'“orientamento sessuale” (che normalmente viene riferito alla “scelta del genere del partner nell'ambito della sfera erotico-affettiva”²⁷)? Detto in altri termini, non mi pare proprio che, perlomeno nell'attuale percezione delle relazioni sociali, ciò che una persona prova – sul piano affettivo – nei confronti di un'altra, tanto da sentirvisi “attratta” (altro termine che esigerebbe una definizione...), sia elemento qualificante del suo “orientamento sessuale”, che invece deve riferirsi ad altre sfere della personalità (la cui definizione, peraltro, non è scontata).

Ulteriore aspetto che si dovrebbe indagare riguarda l'impatto delle definizioni contenute nel ddl Zan sulla normativa regionale: soltanto per fare un esempio, la legge regionale toscana 15 novembre 2004, n. 63 (scrutinata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253/2006) fa riferimento alla richiesta di un “trattamento sanitario che abbia ad oggetto la modificazione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere” (art. 7, comma 5). Non mi pare che nell'accezione propria del ddl Zan né l'orientamento sessuale né tantomeno l'identità di genere possano essere oggetto di un trattamento sanitario di

²⁵ *Ibid.*, 295. In alcune circostanze, come noto, il linguaggio del legislatore è volutamente ambiguo o generico per consentirne l'approvazione in presenza di conflitti o posizioni diverse, mentre talvolta “la legge può essere oscura se è insufficiente la elaborazione concettuale e quindi linguistica nella testa di coloro che hanno partorito la legge” (così G. AMATO, *Ricordi in tema di chiarezza della legislazione*, in R. ZACCARIA (cur.), *La buona scrittura delle leggi*, cit., 23). Sulla scarsa efficacia della tecnica legislativa e sulla sua soccombenza rispetto alle ragioni della politica cfr., ad esempio, B. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

²⁶ Secondo L. CONTE, *op. cit.*, 303, il testo in esame accoglie “una definizione decisamente ampia del concetto di orientamento sessuale (...), in parziale controtendenza con la “tradizionale” qualificazione dell'orientamento sessuale come attrazione di tipo sessuale, e con adesione alle più recenti risultanze dottrinali che associano più semplicemente quest'ultimo al c.d. *right to relate*”, peraltro avvertendo come ciò potrebbe porre qualche dubbio sul versante della tassatività-determinatezza.

²⁷ E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, 2011, 6 ss.

modifica, mentre probabilmente tale previsione può essere riferita al “sesso” della definizione.

Anche la definizione di *identità di genere* non è scevra di rilievi problematici²⁸. Occorre ricordare, al riguardo, che per la Corte costituzionale il relativo diritto si sostanzia nell’aspirazione “del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli dai registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto” (sentenza n. 180/2017), e che esso costituisce un’espressione del diritto all’identità personale garantito dall’art. 2 Cost. e dall’art. 8 della CEDU (sentenza n. 221/2015): quest’ultima previsione è stata ritenuta applicabile dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ipotesi di riconoscimento legale del cambio di *genere* (inteso come cambio di sesso), a partire dalla sentenza *Goodwin* del 2002²⁹.

Circa la definizione ora proposta dal ddl Zan, consistenti interrogativi si devono avanzare sul significato da attribuire alla “identificazione percepita in relazione al genere” (che, come affermato dalla Corte costituzionale, deve considerare “gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici”: sentenza n. 221/2015), quando per *genere* – in base alla definizione contenuta nel medesimo ddl - si deve intendere “qualunque manifestazione esteriore”. In particolare non pare agevole individuare la competenza a valutare quale sia l’identificazione *percepita* (cioè auto-dichiarata?), né definire a quale “manifestazione esteriore” tra quelle poste in essere dalla persona si debba fare riferimento. Infine (ma si potrebbe continuare), si deve comprendere quali siano le “aspettative sociali connesse al sesso” (termine quest’ultimo che, per coerenza con la stessa definizione, deve intendersi quale sesso biologico o anagrafico), e se al riguardo si debbano intendere come “sociali” le *aspettative* (altro termine che andrebbe definito...) condivise dalla maggioranza della società oppure quelle comunque presenti nella società, e di cui siano portatori minoranze o anche individui isolati.

Alla luce di tutto ciò, si può riflettere sulla forza intrinseca delle definizioni adottate mediante un atto normativo, le quali necessariamente incidono su quella stessa realtà che mirano a descrivere, “assumendo la forza precettiva del diritto che le utilizza”³⁰. Ed in effetti risulta abbastanza evidente come nel ddl in questione lo scopo delle definizioni adottate sia, forse più che di *circoscrivere l’ambito* della normativa che si introduce, quello di *orientare il contesto sociale*

²⁸ In un’intervista rilasciata a M. IASEVOLI e riportata su *Avvenire* del 6 luglio 2021 (*È in gioco la libertà di tutti*), Natalino Irti ritiene che essa “è davvero labile - di quella labilità che è propria di percezioni soggettive, arbitrarie e mutevoli”.

²⁹ *Goodwin vs UK*, ECHR 2002-VI, su cui v. D. SARTORI, *Definizioni autonome e interpretazione evolutiva/effettiva nel sistema CEDU. Tempo e definizioni nella giurisprudenza di Strasburgo*, in F. CORTESE E M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, cit., 64 ss., che ripercorre l’evoluzione della giurisprudenza della Corte sul tema.

³⁰ F. GUELLA, *op. cit.*, 298.

complessivamente inteso ad assumere quei significati come “veri” e da accettare, con l’obiettivo quindi di “modellare l’assetto della società”³¹. Intenzione che risulta confermata nel ddl dalla previsione, di cui subito si dirà, di istituire una giornata nazionale per “promuovere la cultura del rispetto e dell’inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall’orientamento sessuale e dall’identità di genere”. Le definizioni risultano quindi connesse alla loro diffusione sociale, e valgono a far crescere una cultura di condivisione dei contenuti in esse espressi (coerentemente con la restante parte del ddl, come si dirà).

Aspetto, questo, che pone un problema nella circostanza in cui successivamente alla definizione legale le acquisizioni (o anche la percezione sociale) che sono alla base della definizione vengano a mutare: come ammoniva Giavoleno nel passo già richiamato, infatti, è raro che una definizione non possa essere sovvertita. In tale ipotesi ci si deve chiedere quale sia l’ambito di interpretazione da riconoscere a chi sarà chiamato ad applicare la disposizione, da qualcuno ipotizzandosi la possibilità di considerare la definizione positivizzata dal legislatore alla stregua di un rinvio fisso ovvero di un rinvio mobile ad un corpo di saperi e di regole esterni al diritto positivo³².

4. Le disposizioni penali del ddl Zan

Un secondo aspetto che merita di essere considerato del ddl Zan riguarda il significato generale che viene ad assumere, nel contesto ordinamentale e costituzionale in specie, una normativa prevalentemente incentrata sul versante penalistico e che abbia come scopo (assolutamente meritorio) il superamento di un atteggiamento sociale di tipo omofobico. A ciò si connette il tema del rispetto dei principi costituzionali in materia.

Consideriamo intanto le innovazioni che si intendono introdurre.

Il ddl intende intervenire in primo luogo sulle fattispecie penali previste dall’art. 604 bis del codice penale, che puniscono (con pene diverse nei vari casi):

- a) chiunque *propaganda* idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico;
- b) chiunque *istiga* a commettere o commette violenza, atti di discriminazione o di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;
- c) chiunque *promuove o dirige*, ovvero *partecipa o presta assistenza* ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali,

³¹ M. TOMASI, *Premessa. Il gioco delle definizioni*, cit., 7.

³² F. GUELLA, *op. cit.*, 305.

etnici, nazionali o religiosi.

A fronte di tale quadro, il ddl Zan intende allargare le fattispecie criminose³³. In particolare verrebbero puniti anche coloro che:

- a) *istigano* a commettere o *commettono* atti di discriminazione, ovvero violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi “fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere o sulla disabilità”;
- b) *promuovono* o *dirigono*, ovvero *partecipano* o *prestano assistenza* ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza non soltanto (come ora) per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, ma anche per i motivi indicati nella lettera precedente³⁴.

Dal confronto tra l’attuale formulazione dell’articolo del codice penale e quella che si vorrebbe introdurre si osserva in primo luogo che non si intende ampliare l’ambito di applicazione del reato di propaganda, ma solo quello del reato di *istigazione* a commettere atti di discriminazione, nonché del reato consistente nel *compimento* di tali atti. In altri termini, e ad esempio, la *propaganda* di idee fondate sulla discriminazione di sesso o di genere *non verrebbe punita*, mentre verrebbe sanzionata l’*istigazione* a commettere atti di discriminazione per gli stessi motivi. Ciò richiede al giudice il compito di qualificare un atto quale propaganda (non punibile) ovvero quale istigazione (punibile); inoltre, la disposizione così formulata evidenzia la diversa rilevanza che il legislatore attribuisce alle idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico rispetto a quelle relative alla discriminazione di sesso o di genere, con un profilo di ragionevolezza che meriterebbe di essere approfondito³⁵.

Un’ulteriore modifica riguarderebbe l’art. 604-ter del medesimo codice

³³ Secondo S. CURRERI, *op. cit.*, 2, il ddl Zan “non introduce una nuova fattispecie di reato. Piuttosto estende i delitti già previsti”: posizione invero singolare e forse utilizzabile a livello propagandistico, ma non rilevante in termini sostanziali. Ed infatti secondo L. CONTE, *op. cit.*, 300, “l’opzione legislativa fatta propria dal ddl Zan appare quella del *reato autonomo*” (corsivo aggiunto). Analogamente D. PULITANÒ, *Sulla discussione sul DDL Zan, in Giurisprudenza penale web*, 2021, n. 7-8, 3, ritiene che l’istigazione a commettere atti di discriminazione prevista dal ddl costituisca una “nuova fattispecie di reato d’espressione”.

³⁴ Secondo A. DI MARTINO, *op. cit.*, “È del tutto vero che l’ordinamento italiano, allo stato attuale, prevede ogni strumento utile a conferire rilevanza penale, anche aggravata, alle offese che il ddl Zan intende stigmatizzare esplicitamente. Tecnicamente, dunque, la necessità di una integrazione normativa non esiste”. Malgrado questo, lo stesso A. ritiene che questo argomento, per quanto vero, non sia decisivo, per alcune ragioni che vengono esposte.

³⁵ Si è al riguardo sostenuto che la scelta del legislatore è “un chiaro segno che non si voglia nemmeno correre il rischio teorico che la norma possa introdurre una qualche forma occulta di criminalizzazione delle opinioni” (F. FILICE, *op. cit.*, 7). Affermazione che dimostra la diversa rilevanza che il legislatore attribuisce a tale discriminazione rispetto a quella basata sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, per la quale – evidentemente – il legislatore ha ritenuto necessario “correre il rischio” indicato.

penale, che prevede un'aggravante per i reati "commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità": anche in questo caso verrebbero aggiunti (e pertanto considerati come aggravanti) gli stessi motivi sopra indicati.

L'ultimo intervento sul codice penale è operato dall'art. 6 della proposta di legge, e riguarda l'art. 90-*quater*, relativo alla definizione di "particolare vulnerabilità della persona offesa". Attualmente la disposizione codicistica stabilisce che tale qualifica può desumersi, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o deficienza psichica, anche dal tipo di reato e dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. La disposizione prosegue specificando che per la valutazione della condizione suddetta si tiene conto (anche) se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, oppure se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo anche internazionale, o di tratta degli esseri umani; nonché se si caratterizza per finalità di discriminazione e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato. Dunque, la finalità di discriminazione (alla cui repressione cui il ddl Zan è ispirato) è già prevista come circostanza che induce a qualificare la particolare vulnerabilità della persona offesa. Tuttavia la proposta interviene anche su tale disposizione, evidentemente ritenendo che essa non sia sufficiente a tutelare le persone offese dalle discriminazioni di cui alla legge stessa: e infatti si aggiunge la previsione che per la valutazione della condizione personale si deve tenere conto anche dell'"odio fondato sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere". Anche in questo caso spetterà al giudice il compito di distinguere se il fatto è commesso con finalità di discriminazione (per sesso, genere, ecc.) o con odio (per le medesime ragioni): pur essendo le due situazioni soggette al medesimo regime giuridico ciò non esclude la necessità di comprendere quale sia l'effettiva portata innovativa – sul piano concreto – della previsione che si intenderebbe aggiungere alle finalità di discriminazione già presenti nell'ordinamento³⁶.

5. L'istigazione alla discriminazione e la tutela della libertà di espressione

Queste dunque le innovazioni più rilevanti che si intendono introdurre, e che

³⁶ Va ricordato al riguardo che la cattiva formulazione delle disposizioni normative tradisce la duplice funzione delle stesse: quella di rendere i cittadini in grado di comprenderne il contenuto e quella di facilitare l'applicazione da parte del giudice e dell'amministrazione (su ciò v., ad esempio, P. CARETTI, *Discutere del linguaggio dei giuristi per riflettere sul loro ruolo oggi: qualche considerazione a conclusione del Convegno "La lingua dei giuristi"*, in P. CARETTI – R. ROMBOLI (cur.), *La lingua dei giuristi*, cit., 336).

hanno aperto un articolato dibattito pubblico.

Un primo aspetto da considerare al riguardo concerne l'individuazione delle fattispecie di reato, alla luce del principio di tassatività e determinatezza che deve caratterizzare la normativa penale. Se, al riguardo, sufficientemente definite sono le circostanze riferite alla commissione di atti di *violenza* per i motivi sopra indicati, più problematica è la fattispecie dell'*istigazione*. E ciò non soltanto in sé (ovvero in termini generali), ma anche alla luce di ciò che la stessa legge prevede. Con un'altra disposizione, contenuta nell'art. 4, si stabilisce infatti che "Ai fini della presente legge, sono fatte salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti". Non è facile ricostruire un quadro razionale all'insieme.

Partiamo dalla formulazione dell'art. 4 in sé considerata.

In primo luogo essa implicitamente richiama – riaffermandola – la libertà di manifestazione del pensiero riconosciuta dall'art. 21 Cost. e anche dall'art. 19 Cost.: si potrebbe ragionare, a tale riguardo, sulla opportunità che una legge ordinaria ribadisca la vigenza di un principio costituzionale³⁷, ma sappiamo che una prassi siffatta non è nuova né isolata nella produzione legislativa. Il problema, piuttosto, è che nel ddl Zan non tutti i convincimenti o le opinioni espressi sono considerati ammessi: non lo sono infatti quelle espressioni di essi idonee "a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti". Tale previsione, che rientra nelle ipotesi già contemplate dall'ordinamento in cui un'espressione di pensiero può produrre una sanzione penale, riprende nella formulazione un orientamento da tempo espresso in giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità³⁸, che valorizza l'elemento della *concretezza* del pericolo che la dichiarazione provoca. E ciò pone l'evidente problema di carattere ermeneutico di determinazione della fattispecie, dovendosi – ad opera dell'interprete – valutare l'idoneità di una determinata manifestazione del pensiero a provocare il *concreto pericolo*. Su quest'aspetto occorre approfondire. Da un primo angolo visuale, infatti, sembrerebbe doversi ritenere che la concretezza del pericolo si possa apprezzare *soltanto dopo* che le affermazioni abbiano prodotto un comportamento discriminatorio (ed accertato ovviamente il nesso di causalità tra affermazioni e comportamenti):

³⁷ Osserva al riguardo N. COLAIANNI, *La Santa Sede e il d.d.l. Zan sulla tutela di LGBTQ*, in *Questione giustizia*, 3 luglio 2021, che la riproduzione in una norma di legge ordinaria di principi costituzionali "non si sottrae per vero all'impressione di una *excusatio non petita*".

³⁸ Per la prima si v. sentenza Corte cost. n. 65/1970, in cui si è ritenuto non in contrasto con la Costituzione la previsione del reato di apologia in quanto non si tratta di una "manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti". Per la giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., sez. III penale, n. 36906/2015.

se così non fosse, si dovrebbe ritenere che il pericolo non sia qualificabile come concreto bensì quale *astratto*. Tuttavia si è sostenuto che la indicata concretezza potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui nessuna condotta discriminatoria si sia realizzata, e che pertanto il *dicere* dovrebbe essere punito non soltanto quando abbia provocato un *facere*, bensì anche nell'ipotesi in cui sia “in grado di tradursi *in facere*”³⁹.

Può essere utile, a tale riguardo, considerare una situazione esemplare che è stata prospettata. Si è ipotizzato⁴⁰ il caso di un sacerdote della Chiesa cattolica il quale legga ai propri fedeli ciò che il Catechismo della Chiesa cattolica afferma a proposito delle pratiche omosessuali (e cioè che si tratta di una “inclinazione oggettivamente disordinata”): una volta accertato che le espressioni utilizzate non siano ammissibili - e quindi non punibili - sulla base dei criteri sopra indicati, è sufficiente il sermone per ritenere punibile il sacerdote, oppure occorre che a seguito di esso alcuni fedeli pongano in essere atti discriminatori?

In definitiva, a me pare che – salvo forse casi del tutto eccezionali che difficilmente riesco ad immaginare – la concretezza del pericolo possa apprezzarsi soltanto a seguito del compimento di un'azione discriminatoria: così che il giudice potrebbe trovarsi a giudicare l'offensività della istigazione soltanto a seguito dell'accertamento giudiziale della suddetta azione.

In secondo luogo, e sempre rimanendo nell'ambito della disposizione contenuta nell'art. 4, merita sottolineare il riferimento alle *condotte*. Queste, infatti, per non essere punibili, devono sottostare a due condizioni: che non siano idonee a determinare il concreto pericolo (come l'espressione di convincimenti o opinioni), ma anche che siano *legittime*. Qui la contraddizione della formulazione appare *ictu oculi*: se sono legittime, significa che sono consentite e quindi non devono essere punite; se sono vietate, significa che non sono legittime⁴¹.

Ed ancora: le condotte legittime sono ammissibili se “riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte”, ma a condizione della loro inidoneità a determinare il concreto pericolo sopra indicato. Anche in questo caso la disposizione appare infelice nella sua formulazione: se infatti quelle condotte sono idonee a determinare il concreto pericolo, esse risultano vietate comunque, indipendentemente che siano riconducibili al pluralismo delle idee o meno. Altrimenti si dovrebbe inferire che le condotte non riconducibili a tale ultimo ambito (e quali sarebbero, nel caso?) siano comunque vietate,

³⁹ S. CURRERI, *op. cit.*, 2.

⁴⁰ Da parte di T. PADOVANI, *op. cit.*

⁴¹ Secondo F. VARI, in *Avvenire* del 25 giugno 2020, “l'uso dell'aggettivo ‘legittime’ dà l'idea di un cane che si morde la coda: non si applicano i divieti a ciò che la legge non vieta”. Ancora Natalino Irti rileva, nell'intervista citata alla nota 28, “la gravità, direi l'abisso interpretativo, di quel «legittime» e di quell'«idonee»”.

indipendentemente dalla loro idoneità a determinare il concreto pericolo.

Circa poi la previsione specifica relativa al “pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte” merita richiamare ancora quanto ha scritto Tullio Padovani: “Ma di che si va straparlando? Mentre la libertà delle scelte non è chiaro che ci stia a fare, per il pluralismo delle idee va ricordato che lo sguardo della Costituzione non è circoscritto entro i limiti “politicamente corretti”; spazia oltre e assicura anche la libertà di esprimere idee personalissime ed esclusive, che spesso sono anche le migliori”⁴².

Un ultimo punto, sottolineato in dottrina, riguarda la mancata esclusione della illiceità del fatto in relazione a determinati ambiti di manifestazione del pensiero, quali ad esempio le espressioni artistiche, di ricerca o di insegnamento⁴³; ambiti nei quali la possibile applicazione delle misure sanzionatorie potrebbe comportare una violazione delle disposizioni costituzionali ad essi relative⁴⁴.

Analizziamo infine la compatibilità delle previsioni di cui all’art. 4 con quelle contenute negli articoli precedenti.

Ricostruendo il sistema, il ddl Zan intende punire l’*istigazione* a commettere atti di discriminazione, ma se tale istigazione è conseguenza dell’espressione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte (con la già accennata difficoltà a individuare situazioni estranee a tale fattispecie) la stessa non sarebbe punibile, a meno che gli stessi convincimenti o opinioni non siano idonei a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti⁴⁵. Mi pare che, in questo modo, si crei una sorta di labirinto nel quale dovrà muoversi il giudice chiamato a risolvere casi concreti: con il probabile effetto, di cui si dirà, di rendere sostanzialmente impossibile la condanna del potenziale istigante (oltre che con rilevanti riflessi sulla tassatività e determinatezza della fattispecie incriminatoria⁴⁶).

⁴² T. PADOVANI, *op. cit.*

⁴³ Su cui v. L. CONTE, *op. cit.*, 309 ss.

⁴⁴ Così A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2013, 13.

⁴⁵ Scrive ancora T. PADOVANI, *op. cit.*: “Tenendo presente che le innovazioni del Ddl non coinvolgono la fattispecie della propaganda, il locutore di idee e l’autore di comportamenti legittimi devono badare a quel che dicono e fanno, e in particolare alle conseguenze sul comportamento di altri (perché se si tratta degli stessi soggetti agenti si tratterebbe di condotta legittima)”. Oltre a quanto scritto, va poi considerata anche la giurisprudenza che si è formata sull’art. 604 bis, che – ad esempio – ha escluso la punibilità degli incitamenti all’azione “palesamente paradossali” (Cass. 21 febbraio 2020, n. 6933).

⁴⁶ Secondo G. M. FLICK, in *Avvenire* del 11 maggio 2021, nella proposta di legge “c’è anche il rischio di mettere in pericolo la “tipicità”, ossia l’individuazione precisa, della norma, che è garanzia fondamentale richiesta per quest’ultima. Inoltre c’è il rischio ulteriore di arrivare, attraverso a troppi concetti, a una dilatazione dell’ambito di interpretazione del giudice. Con la conseguenza, io temo, di creare un pericoloso divario fra le giuste intenzioni e gli effetti originati dalle formulazioni della norma

6. Le altre misure, “promozionali”, del ddl Zan

Come detto all’inizio, il ddl Zan non si limita all’introduzione di norme sanzionatorie penali.

L’art. 5 stabilisce che per i reati di cui ai commi precedenti possono essere applicate le sanzioni accessorie di cui alla legge 9 ottobre 1967, n. 962 (che ha ad oggetto la “Prevenzione e repressione del delitto di genocidio”). Tali sanzioni consistono, ad esempio, nell’obbligo di prestare un’attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità⁴⁷, nella sospensione della patente di guida e del passaporto, nel divieto di partecipare ad attività di propaganda elettorale. Nello specificare i possibili destinatari di dette attività di utilità sociale, il ddl intende aggiungere a quelli attualmente indicati (persone handicappate, tossicodipendenti, anziani e stranieri) anche le “associazioni di tutela delle vittime dei reati di cui all’articolo 604-bis del codice penale”. In sostanza, si intende valorizzare la finalità rieducativa della pena, indicando al giudice l’opportunità di obbligare il condannato a svolgere un’attività a vantaggio delle organizzazioni che si occupano di tutelare le vittime del reato da esso commesso: sull’evidente presupposto che l’incontro e la collaborazione tra colpevole e vittima (intesa in senso lato, cioè come organizzazione di tutela) possa contribuire al superamento della tendenza a delinquere nel primo. Non bene definite risultano tali organizzazioni (che potrebbero essere meglio qualificate con enti del Terzo settore rientranti tra quelli che hanno come finalità la “promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici” di cui all’art. 5, primo comma, lettera W) del Codice del Terzo settore), ma si tratta di un aspetto tutto sommato marginale.

L’art. 7 prevede poi l’istituzione della “Giornata nazionale contro l’omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia”, con lo scopo di “promuovere la cultura del rispetto e dell’inclusione nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze motivati dall’orientamento sessuale e dall’identità di genere”. In tale Giornata – che si iscrive peraltro in una tendenza di cui è recente espressione la legge 18 marzo 2021, n. 35, che ha istituito la Giornata nazionale in memoria delle vittime del COVID-19 - dovranno essere organizzate “cerimonie, incontri e ogni altra iniziativa utile”, anche da parte delle scuole (ma nel rispetto del piano triennale dell’offerta formativa e del patto educativo di corresponsabilità) nonché delle altre amministrazioni pubbliche (compatibilmente con le risorse disponibili a legislazione vigente). La data

e dalle sue definizioni”. Secondo altri, invece, il perimetro di applicazione della fattispecie penale è individuato “in modo sufficientemente tassativo” (A. SCHILLACI, *op. cit.*).

⁴⁷ Sulla tendenza del legislatore ad introdurre previsioni di “volontariato imposto” v., da ultimo, E. INNOCENTI, “Per sua libera scelta”. *Volontariato come corrispettivo di prestazioni pubbliche?*, in E. ROSSI – L. GORI (cur.), *Ridefinire il volontariato*, Pisa, 2020, 25 ss.

prescelta dal ddl Zan (il 17 maggio) coincide con la Giornata che si celebra a livello mondiale (come riconosciuta anche dall'Unione europea e dalle Nazioni Unite, oltre che già istituita da altri Paesi dell'UE). Aspetto da sottolineare è che la finalità di tale Giornata interpreta estensivamente l'ambito di cui al titolo della legge, essendo diretta, come si è detto, a *prevenire* la discriminazione mediante la valorizzazione della cultura del rispetto nei confronti delle persone indipendentemente dalle loro espressioni relative al sesso. Proprio nei confronti di questa previsione sono appuntati i maggiori rilievi critici nei confronti del ddl da parte della Chiesa cattolica, che hanno indotto la Santa Sede a consegnare una "nota verbale" al Governo italiano, in cui si afferma "che alcuni contenuti dell'iniziativa legislativa - particolarmente nella parte in cui si stabilisce la criminalizzazione delle condotte discriminatorie per motivi 'fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere' - avrebbero l'effetto di incidere negativamente sulle libertà assicurate alla Chiesa cattolica e ai suoi fedeli dal vigente regime concordatario". Tralasciando ogni valutazione sul merito di tale intervento oltre che sulla sua efficacia, vi è da dire come da più parti si sia ritenuto che la preoccupazione maggiore della Chiesa, nonché la fonte di legittimazione del proprio (straordinario) intervento, risiedesse proprio nella previsione relativa alla Giornata in questione, paventandosi la compressione che potrebbe derivare per la libertà delle scuole cattoliche, quali imprese di tendenza (anche considerato che l'art. 7 del d.d.l. non prevede possibili esenzioni)⁴⁸.

L'art. 8 intende poi intervenire su un decreto legislativo (9 luglio 2003, n. 215) che costituisce attuazione di una direttiva comunitaria (2000/43/CE) relativa alla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, al fine di allargare le competenze dell'ufficio per il contrasto delle discriminazioni. Al di là della valutazione sull'opportunità intrinseca di tale estensione, qualche dubbio suscita l'attribuzione della competenza proprio a quell'ufficio (che è denominato Ufficio nazionale Antidiscriminazioni Razziali⁴⁹), istituito da una norma che ha come finalità "la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, disponendo le misure necessarie affinché le differenze di razza o di origine etnica non siano causa di discriminazione". Va peraltro tenuto presente che tale organismo si qualifica – nel proprio sito istituzionale – quale "l'ufficio deputato dallo Stato italiano a garantire il diritto alla parità di trattamento di tutte le persone, indipendentemente dalla origine etnica o razziale, dalla loro età, dal loro credo religioso, *dal loro orientamento sessuale, dalla loro identità di genere o dal fatto di essere persone con disabilità*" (corsivi aggiunti). La disposizione del ddl Zan demanda a tale Ufficio il compito di elaborare ogni tre anni una "strategia

⁴⁸ N. COLAIANNI, *op. cit.*, cui si rinvia anche per una ricostruzione della vicenda.

nazionale per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere" (ovviamente "con le risorse disponibili e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica"), definendo gli ambiti di intervento di essa. Da sottolineare che tra le competenze attuali dell'Ufficio nessuna riguarda l'elaborazione di una "strategia": né viene indicato quale sia l'effettiva destinazione ed utilizzo di essa.

L'articolo 9 contiene una modifica sostanzialmente formale e di raccordo all'art. 105-quater del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio), relativamente alle competenze dei centri contro le discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere già previsti dalla norma su cui si interviene.

Infine, l'art. 10 attribuisce all'ISTAT la realizzazione di una rilevazione statistica con cadenza almeno triennale. L'oggetto di tale rilevazione è introdotto, nel testo, da un "anche": a indicare che su altri contenuti potrà decidere discrezionalmente l'Istituto delegato. Tra gli ambiti che detta rilevazione dovrà anche misurare sono indicati "le opinioni, le discriminazioni e la violenza subite e le caratteristiche dei soggetti più esposti al rischio": relativamente a quale tipo di discriminazioni tale indagine debba realizzarsi non è specificato in modo diretto, ma può ricavarsi dall'indicazione che tale rilevazione è finalizzata "alla progettazione e realizzazione di politiche per il contrasto della discriminazione e della violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, oppure fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere". Dal che sembrerebbe doversi dedurre che all'Istat viene chiesto, da parte della proposta, di operare una rilevazione triennale "a tutto campo" sulle discriminazioni possibili, anche ascoltando le opinioni delle vittime (purché "nell'ambito delle proprie risorse e competenze istituzionali").

7. Il ddl Zan e l'uso simbolico del diritto penale

Questo, dunque il contenuto del ddl in questione, che introduce in un unico testo misure sanzionatorie penali e misure di carattere promozionale/educativo finalizzate al superamento di atteggiamenti non discriminatori. Proprio questa combinazione consente di svolgere alcune considerazioni finali.

È abbastanza evidente che il "cuore" del ddl Zan sia costituito dalle richiamate norme incriminatrici penali, con riguardo alle quali il quadro complessivo induce a ritenere che esse siano formulate in modo talmente incerto e confuso, anche a causa dell'intersezione con diritti fondamentali che devono essere garantiti, da impedire la realizzazione di un'efficace repressione penale. In altri termini, è assai probabile che ben difficilmente – e forse soltanto in casi estremi – si arriverà a formulare sentenze di condanna in forza delle norme

incriminatrici previste dal ddl⁴⁹. Ma sono anche convinto che questo non sia l'obiettivo che il legislatore intende perseguire, quanto piuttosto la promozione di una cultura di non discriminazione, o meglio di *accettazione sociale* delle situazioni previste dalla norma. Anche da parte di chi considera opportuno un intervento legislativo quale quello del ddl Zan si sottolinea infatti che “la norma giuridica, attraverso la sua portata simbolica, agisce sulla coscienza collettiva, così che il comportamento diventa non solo illegale, ma anche socialmente condannato”⁵⁰. In relazione poi ad una proposta di legge di qualche anno fa sulla stessa materia, il relatore alla Camera del provvedimento affermò trattarsi “di quei casi in cui la norma penale ha un effetto simbolico che contribuisce a costruire la modernità di un paese e la cultura di una comunità”⁵¹. Ed è allora significativo che il ddl intenda introdurre misure promozionali (quali l'istituzione di una Giornata specifica) accanto a quelle sanzionatorie penali: evidentemente ritenendo che da un lato si debba operare con il bastone e dall'altro con l'educazione (più che con la carota)⁵².

Ma anche il sistema sanzionatorio penale può risultare (nell'intenzione del legislatore) funzionale a questo obiettivo, sebbene si tratti di un uso distorto. È infatti altamente probabile che, almeno nella prima fase di attuazione della legge, vi saranno segnalazione di fatti o denunce che porteranno ad avviare l'azione penale: immagino che, in particolare, le associazioni di tutela delle vittime si faranno in tal senso parte attiva, dopo aver spinto fortemente per l'approvazione della legge, a far sì che quest'ultima non resti senza conseguenze effettive. Ed anche se quelle denunce potrebbero non condurre – al termine del processo – ad una condanna per l'indagato, tuttavia l'effetto mediatico che si sarà prodotto potrà consentire di raggiungere quell'obiettivo di condanna sociale di cui si è detto.

Alla luce di questo, tornano alla memoria le parole di un maestro del diritto penale, Ferrando Mantovani, il quale, analizzando il rapporto tra diritto penale e morale, conclude che l'ideale finale consiste in “un diritto penale garante del ‘minimo etico’ e utilizzato come *extrema ratio*”.

Sul diritto penale come *extrema ratio* la Corte costituzionale, come noto, è

⁴⁹ In un articolo giornalistico, C. MELZI D'ERIL – G. E. VIGEVANI, *Ddl Zan, è proprio necessario scomodare il diritto penale? Forse no*, in *il Sole 24 ore*, 27 maggio 2021, si sottolinea che “i reati di opinione fanno di rado capolino nei tribunali” e che “la vicenda della aggravante di negazionismo a quanto consta non risulta mai essere stata contestata in un processo nei cinque anni successivi alla sua entrata in vigore”.

⁵⁰ G. M. LOCATI – F. R. GUARNIERI, *Discriminazione, orientamento sessuale e identità di genere: riflessioni a margine della proposta di legge Zan*, in *Questioni giustizia*, 28 luglio 2020.

⁵¹ L'affermazione è riportata da A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *Genius*, n. 2/2015, 9.

⁵² Ritieni che il ddl Zan si caratterizzi per una duplice strategia, repressiva e preventiva-protettiva, L. CONTE, *op. cit.*, 304 ss.

ripetutamente intervenuta, affermando che “il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante” (sentenza n. 409/1989), e che “le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni (cfr. sentenza n. 317 del 1996); chè anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio* (cfr. sentenze n. 487 del 1989, n. 282 del 1990, n. 317 del 1996), cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela” (sentenza n. 447/1998, analogamente n. 189/1987, 317/1996 ed altre)⁵³.

A fronte di tali richiami, è peraltro nota la tendenza, di cui il ddl in questione costituisce a mio parere efficace esemplificazione⁵⁴, ad utilizzare il diritto penale – anziché come *extrema ratio* - in funzione simbolico-espressiva, introducendo fattispecie di reati “che sono espressivi di un male che li trascende, di un male che supera l'offesa, in cui cioè, si potrebbe dire sinteticamente, l'allarme sociale fa aggio sull'offesa”, ed in cui quindi “l'entità dell'offesa è largamente superata dall'allarme sociale che essa suscita e dunque si deve rinvenire una risposta a questo allarme sociale per placarlo attraverso l'uso strumentale del diritto penale”⁵⁵. Un uso, quello simbolico-espressivo del diritto penale, tale da far perdere ad esso “la sua qualifica tipica di conservazione dei beni giuridici, per assumere quella, ben più rischiosa, perché foriera di espansione incontrollata, c.d. promozionale, nel senso di “esortare caldamente” i cittadini

⁵³ Che quella della *extrema ratio* costituisca una “illusione dura a morire”, è sostenuto da G. FIAN-DACA, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in S. CANESTRARI (cur.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 55.

⁵⁴ Anche secondo L. CONTE, *op. cit.*, 299, la prospettiva del ddl Zan consiste “nella capacità delle disposizioni in esso contenute di conformare l'agire sociale”, condividendo l'utilizzo della leva penale come “strumento di socializzazione della problematica omo-transfobica” (*sic!*). Personalmente ritengo di condividere chi, al contrario, sostiene “la radicale inefficacia ed il carattere controproducente di una politica volta ad orientare le scelte culturali dei consociati soprattutto mediante il diritto penale” (A. DI MARTINO, *op. cit.*). Per D. PULITANÒ, *op. cit.*, 5, “ad uno sguardo d'insieme, la legge in itinere si presenta come una normativa di spiccata valenza simbolica, ben difendibile sul piano dei principi e delle intenzioni, espressione di valori di civiltà e di rispetto reciproco. Potrebbe risultare non scevra di pericoli qualora fosse maneggiata da mani disaccorte, o non sensibili alla preminenza della libertà d'espressione”.

⁵⁵ T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014, 12. Cfr. anche, tra i molti, M. CATERINI, *Il diritto penale del nemico “presunto”*, in *Politica del diritto*, n. 4/2015, 635 ss. Osserva F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 23, come sia “invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale”.

ad osservare la norma penale”⁵⁶. È significativo è il fatto che ciò avvenga nella materia specifica della lotta alle discriminazioni in materia legate alla dimensione affettivo-sessuale: come avviene peraltro anche in altri Paesi⁵⁷.

Di fronte a tutto ciò, e sull’ovvio presupposto della condivisione delle finalità complessive che stanno alla base del ddl Zan, occorre ribadire quanto, agli occhi di un costituzionalista, appare evidente, e cioè che “la trama costituzionale di un diritto penale liberale non contempla l’uso del reato e della pena in chiave pedagogica, perché non deve imporre valori con la minaccia della spada, semmai mettere in sicurezza valori che si sono già affermati nel dibattito pubblico”⁵⁸.

⁵⁶ A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 72, 2016. E si v. anche C. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018.

⁵⁷ Cfr. al riguardo la rassegna proposta da G. G. PIGNATIELLO, *Profili comparati e problemi costituzionali della legislazione contro l'omotransfobia. Il caso spagnolo e quello italiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2020, 998 ss.

⁵⁸ A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini*, cit., 9.