

OMOFOBIA E LEGGE PENALE

Possibilità e limiti dell'intervento penale

di Giuseppe Riccardi

SOMMARIO: 1. Omosessualità, omofobia e diritto penale. – 2. Omofobia, legge penale e valori costituzionali. 2.1. Il principio di laicità. – 2.2. Il principio della dignità umana. – 2.3. I principi di offensività e di materialità. – 2.4. La libertà di manifestazione del pensiero. – 2.5. “Presupposti” costituzionali, legge penale e omofobia. – 3. “Possibilità” dell'intervento penale nel contrasto all'omofobia. – 3.1. Il c.d. reato di omofobia. – 3.2. L'aggravante dell'omofobia. – 4. “Possibilità” del diritto penale vigente. – 5. “Limiti” dell'intervento penale nel contrasto all'omofobia: legislazione simbolica e funzione promozionale del diritto penale.

1. Omosessualità, omofobia e diritto penale

Le radici storico-culturali dell'omofobia, intesa come sentimento irrazionale di avversione nei confronti dell'omosessualità, sono profonde e ataviche, ed affondano in una triplice secolare considerazione della stessa, nelle diverse combinazioni storiche e culturali che si sono succedute, in termini di *peccato*, di *delitto* e di *malattia*.

Il superamento della visione dell'omosessualità come normale espressione della sessualità di un individuo, propria delle civiltà antiche (greca, romana, egizia), viene fatto coincidere con l'avvento del Cristianesimo, e, in particolare, con il suo riconoscimento di religione dell'Impero romano (IV secolo d.C.).

Invero, la demonizzazione dell'omosessualità, in un più ampio contesto sessuofobico, fondata su un'esegesi ortodossa, per quanto controversa¹, di alcuni passi del Vecchio e del Nuovo Testamento², condusse ad una condanna severa dei comportamenti omosessuali, giudicati come atti “contro natura”, e puniti con la morte

¹ Per una documentata riflessione sulla considerazione dell'omosessualità nel Cristianesimo, L. TOMASSONE, *Cristianesimo e omosessualità*, in M. GRAGLIA, *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, Carocci, Roma, 2012, Appendice, p. 3 ss.; l'Autrice, pastora valdese, analizza criticamente l'esegesi storicamente sviluppatasi sui passi delle sacre scritture di cui si è nutrita la cultura omofoba di derivazione cristiana, evidenziandone, al contrario, l'ambiguità interpretativa (ad es., la distruzione di Sodoma indicherebbe più la condanna della xenofobia e del biasimo del “diverso”, che dell'omosessualità), circoscrivendone la portata universalistica, e sottolineando, al contrario, la presenza di passi, soprattutto del Nuovo Testamento, nei quali si registrano comportamenti omosessuali, senza alcun accento di biasimo (Luca 7,1-10; ma anche, nel Vecchio Testamento, il racconto della relazione tra Davide e Gionata, in Samuele 1, 25-26).

² I principali passi biblici sui quali è stata fondata la condanna dell'omosessualità da parte del Cristianesimo sono la Genesi (1,27-28; 2,23-24), in particolare il racconto della distruzione di Sodoma (Genesi, 19, 1-29), il codice prescrittivo del Levitico (18, 1-30; 20, 1-27), e, nel Nuovo Testamento, alcuni passaggi delle lettere di San Paolo (Romani, 1, 18-27; Corinzi, 6, 9-10; Timoteo, 1, 10).

sul rogo³; la persecuzione dell'omosessualità (*rectius*, dei comportamenti omosessuali⁴), intesa come peccato "contro natura", non si limitò, naturalmente, alla *dimensione religiosa*, estendendosi alla *dimensione "normativa"*, in ragione dell'istituzionalizzazione del Cristianesimo come religione di Stato, e tramutandosi in una vera e propria repressione, fondata sulla considerazione delle pratiche omosessuali come *delitto*.

Emblematica di tale processo di criminalizzazione è la dottrina di Benedikt Carpzov, che, nella sua opera principale (la *Practica Nova*), che influenzò le legislazioni criminali dei principali paesi europei nell'epoca pre-illuministica, annoverava tra i *crimina laesae Majestatis Divinae* anche la sodomia, comprensiva non soltanto dei rapporti con persone dello stesso sesso, ma anche con gli animali, nonché di qualunque anticonvenzionale soddisfazione degli stimoli sessuali, anche tra coniugi; una concezione teocratica che rinveniva nella Bibbia, ed in particolare nella *lex Mosaica*, la principale fonte "legislativa", e che comportava l'equiparazione tra peccato e delitto⁵.

Sebbene la realtà e la riflessione nell'ambito del Cristianesimo non siano state al riguardo connotate da refrattario monolitismo⁶, l'evoluzione della dottrina cattolica è stata caratterizzata, in epoche più recenti, dall'affermazione che l'omosessualità di una persona sia intrinseca alla natura della stessa, e, pur sempre nel contesto di una condanna di un comportamento giudicato disordinato, bisognosa di cura⁷.

In altri termini, un passaggio dal peccato al *disordine*, che sottolinea l'"in naturalità" del rapporto omosessuale in quanto non "fecondo", nel solco di uno dei più importanti criteri della spiritualità ebraica, legata alla procreazione, intesa come benedizione data da Dio per abitare il mondo e la terra promessa⁸.

³ Codice di Teodosio del 390 d.C., che riprendeva la condanna a morte prevista nel Levitico, 20, 13.

⁴ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, in ID., *Storia della sessualità*, vol. I, Feltrinelli, Milano, 2001, evidenzia che il concetto di *omosessualità* come "condizione" nasce in realtà nel 1869, ad opera di Karl M. Benkert, medico ungherese, che concettualizza l'esistenza di una sessualità differente, caratterizzata dal rivolgere il proprio interesse sessuale verso persone dello stesso sesso; nell'antichità e nel Medioevo, al contrario, era preminente la raffigurazione dell'*atto omosessuale*, e la sua qualificazione in termini di peccato e depravazione, che esprimevano una scelta negativa di vita; in altri termini, il comportamento non creava un'identità, e la condanna a morte era inflitta per la scelta negativa del comportamento immorale; in argomento, cfr., ancora, L. TOMASSONE, *Cristianesimo e omosessualità*, cit., p. 9.

⁵ Sull'opera di Carpzov, giudice a Lipsia, ed autore della *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635), che tanta influenza ebbe sulle legislazioni criminali dell'epoca e sulla riflessione filosofica e giuridica dei secoli successivi, S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1988, p. 11 ss.

⁶ Cfr., al riguardo, L. TOMASSONE, *Cristianesimo e omosessualità*, cit., p. 9 ss., la quale evidenzia che, benché non esaurisca tutta la realtà, caratterizzata anche da parentesi di maggior tolleranza, l'atteggiamento prevalente della chiesa è stato connotato o da una repressione feroce o, successivamente, dal "nascondimento".

⁷ In tal senso, in merito all'etica sessuale, la Congregazione per la dottrina della fede del 1975, secondo cui "gli atti di omosessualità sono intrinsecamente disordinati", e il Catechismo della Chiesa Cattolica del 1992, secondo cui, pur dovendo evitare "ogni marchio di ingiusta discriminazione", gli atti di omosessualità "sono contrari alla legge naturale" e "precludono all'atto sessuale il dono della vita". Cfr., in tema, L. TOMASSONE, *Cristianesimo e omosessualità*, cit., p. 13 ss.

⁸ Cfr., in tema, L. TOMASSONE, *Cristianesimo e omosessualità*, cit., p. 6.

Ebbene, l'influenza "culturale" del Cristianesimo sulle legislazioni criminali è stata indubbia e, in tema di etica sessuale, ha tradizionalmente intriso gli articoli e i paragrafi dei "codici"⁹ penali di sessuofobia e di omofobia.

Soltanto con la Rivoluzione francese, nel 1791, e con l'affermarsi delle idee illuministiche, viene meno, con alcune importanti eccezioni, la qualificazione dell'omosessualità in termini di reato, per la mancanza del requisito essenziale della "dannosità sociale" del fatto¹⁰.

Una decriminalizzazione travagliata e non uniforme, che, nella culla dell'Illuminismo, fa registrare un'abrogazione del delitto dal *Code penal* napoleonico, ma una sopravvivenza di disposizioni di polizia a tutela della pubblica decenza che consentiva residui margini di repressione all'omosessualità.

Del resto, nei paesi di *common law* (Inghilterra, Stati Uniti), e nei paesi europei continentali maggiormente influenzati dal protestantesimo, la rilevanza penale dell'omosessualità è rimasta integra fino ad epoche recenti: in Germania la criminalizzazione dell'omosessualità, risalente al 1871, è rimasta in vigore fino al 1969, allorquando è stato delimitato l'ambito di operatività del § 175 *StGB* (completamente abrogato soltanto nel 1994, successivamente alla riunificazione), che pure aveva costituito la base legale per gli internamenti degli omosessuali nei campi di concentramento¹¹; in Gran Bretagna l'incriminazione dei comportamenti omosessuali, notoriamente radicata nel puritanesimo e nelle politiche demografiche dell'epoca vittoriana¹², è venuta meno soltanto nel 1981, con la celebre sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Dudgeon*, che ha ravvisato nella previsione del reato di sodomia un'interferenza dello Stato nella sfera privata del cittadino, e dunque una violazione dell'art. 8 CEDU¹³; negli Stati Uniti, infine, l'abolizione definitiva del

⁹ Il termine viene utilizzato in senso evidentemente generico, risalendo l'epoca delle codificazioni al XIX secolo.

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, nell'ed. RCS, Milano, 2010, con prefazione di V. GREVI; in senso analogo, nell'ambito dell'utilitarismo inglese, J. BENTHAM, *On Paederasty*, 1785, trad.it. *Difesa dell'omosessualità*, Genova, Il Nuovo Melangolo, 2009, p. 75, secondo cui "questo reato non è causa di dolore per nessuno ... Finora non ho trovato alcuna ragione per punire questo crimine".

¹¹ Il famigerato § 175 *StGB*, ampliato nella sua operatività nel 1935, in ossequio alle politiche demografiche perseguite dal regime nazionalsocialista, non soltanto agevolò la deportazione e l'internamento degli omosessuali nei campi di concentramento, ma, successivamente al 1945, nonostante la liberazione dei *Konzentrationslager*, fondò la permanenza dei prigionieri omosessuali, costretti a scontare in tal modo la sentenza di condanna per gli atti di "fornicazione innaturale".

¹² Emblematica, al riguardo, anche per la celebrità del personaggio, è la vicenda umana e giudiziaria di Oscar Wilde.

¹³ Corte EDU, sentenza 21 ottobre 1981, *Dudgeon c. Gran Bretagna*, in *Foro it.*, 1982, IV, 177, con osservazioni di PARDOLESI: nel celebre caso *Dudgeon* veniva in rilievo la legislazione dell'Irlanda del Nord, che qualificava come reato le relazioni omosessuali tra maschi adulti consenzienti; la Corte di Strasburgo ha dichiarato che "il presente caso riguarda uno degli aspetti più intimi della vita personale. Ne consegue che devono esistere ragioni particolarmente gravi prima che l'ingerenza da parte delle autorità pubbliche possa essere legittimata per gli scopi previsti dal paragrafo 2 dell'art. 8"; ed una tale legittimazione non veniva rinvenuta neppure nella protezione della morale.

Sulla giurisprudenza della Corte europea in tema di diritto alla vita privata ed esercizio di attività sessuale consenziente, E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006,

crimine di sodomia¹⁴ risale addirittura al 2003, allorché la Corte Suprema, nel caso *Lawrence*, sulla base della (evidentemente non scontata) separazione tra morale e diritto, ha affermato l'incostituzionalità della previsione come reato dell'omosessualità¹⁵.

In Italia, al contrario, la criminalizzazione dell'omosessualità è stata marginale, in quanto formalmente relegata alla vigenza dei codici preunitari; già con il "liberale" codice Zanardelli del 1889, il primo dopo l'unità, la norma che puniva i comportamenti omosessuali viene esclusa; la scelta, dettata più da una forma di ipocrita nascondimento della realtà¹⁶, viene confermata anche in epoca fascista, dal codice Rocco (1930), che non reintroduce il reato di "omosessualità", demandando le discriminazioni connaturate alla cultura marcatamente omofoba del regime allo strumento del confino¹⁷, misura di prevenzione di carattere amministrativo che consentiva arbitri e prevaricazioni senza lo *strepitus fori* del processo penale.

Con l'avvento della Costituzione e con un lento processo di affermazione delle libertà fondamentali, infine, si è giunti, in Italia, al riconoscimento della protezione internazionale in favore degli stranieri perseguitati nel proprio paese d'origine a causa della condizione di omosessualità¹⁸.

p. 193 ss., che analizza anche le pronunce successive al 1981, e le eccezioni al divieto di incriminazione dell'omosessualità nei casi di rapporti con minori.

¹⁴ La prima legislazione abolizionista negli USA è stata quella dell'Illinois, che decriminalizzò la sodomia nel 1961.

¹⁵ *Supreme Court USA*, 26 giugno 2003, *Lawrence e Garner vs. Texas*, in *Foro it.*, 2004, IV, 42 ss., con nota di P. PASSAGLIA, *Il Grande fratello non abita più qui: la Corte suprema statunitense riconosce la liceità degli atti di sodomia posti in essere in privato tra adulti consenzienti*; la sentenza, importante per l'affermazione del diritto all'autodeterminazione del singolo in relazione alle scelte inerenti alla sfera sessuale e dell'effetto discriminatorio connesso alla mera vigenza di una legge che criminalizza gli atti omosessuali, rappresentava il ribaltamento (c.d. *overruling*) dell'orientamento espresso, meno di venti anni prima, dalla stessa Corte Suprema, nel caso *Bowers* (30 giugno 1986, *Bowers vs. Hardwick*, in *Foro it.*, 1986, IV, 379, con osservazioni di MANZIN MAESTRELLI, *Sodomia e diritti fondamentali: una svolta nella giurisprudenza costituzionale della Corte suprema statunitense*), che aveva negato l'esistenza di un diritto fondamentale per gli omosessuali alla pratica della sodomia, appellandosi alle "radici antiche" dei precetti morali che fondavano le norme giuridiche di divieto (all'epoca vigenti in 25 Stati, ridottisi a 13 allorché la Corte Suprema è ritornata sul tema nel 2003).

¹⁶ In argomento, E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, p. 5 ss., il quale richiama le considerazioni di due illustri commentatori dell'epoca, secondo i quali i comportamenti omosessuali devono essere abbandonati "come peccati alla sanzione della religione e della privata coscienza" (Tolomei), in quanto "riesce più utile l'ignoranza del vizio che non sia per giovare al pubblico esempio la cognizione delle pene che lo reprimono" (Carmignani).

¹⁷ E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale*, cit., p. 6, che ricorda le critiche mosse da Vincenzo Manzini alla scelta codicistica, ritenuta "una eccessiva e dannosa indulgenza verso il massimo e più degradante vizio sessuale".

¹⁸ In tal senso, da ultimo, [Cass. civ., sez. VI, 10 maggio 2012 n. 11586, in questa Rivista, 4 settembre 2012, con nota di M. WINKLER, La VI sezione civile della Cassazione torna sul tema della protezione internazionale per orientamento sessuale](#); la sentenza, che riconosce l'omosessualità quale condizione personale di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 19 T.U. immigrazione (che vieta l'espulsione "verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per (...) ragioni personali o sociali"), affronta, seppur

In una società multiculturale, e sempre più percorsa da significativi fenomeni migratori, invero, il riconoscimento della protezione internazionale appare rilevante, ove si consideri che l'omosessualità risulta tuttora punita in 76 Paesi nel mondo, in 7 dei quali addirittura con la pena di morte¹⁹.

Con la "derubricazione" da *peccato* a *disordine*, e la progressiva decriminalizzazione in molti Paesi occidentali, l'omosessualità inizia tuttavia ad essere presa in considerazione dalla scienza psichiatrica in termini di *malattia*: nel XIX secolo, infatti, essa viene in prevalenza considerata come una patologia (la cui genesi è rinvenuta in differenti matrici a seconda dalla teoria di riferimento) da curare²⁰, e pertanto inserita nella prima versione del DSM (il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) tra i "disturbi sociopatici di personalità"; solo in seguito a due revisioni, che classificavano l'omosessualità in termini di "deviazione sessuale" (DSM

incidentalmente, anche il problematico profilo della valutazione probatoria della condizione di omosessualità, e della credibilità del richiedente asilo, dimensione nella quale possono annidarsi le più sottili distorsioni omofobe, per la potenziale compressione del diritto al rispetto della vita privata.

¹⁹ Tra questi, in particolare, i Paesi di religione islamica (Iran, Arabia Saudita, Yemen) nei quali perpetua una concezione teocratica del diritto penale, alla stregua della quale l'omosessualità è gravemente punita sulla base della condanna a morte contenuta nel Levitico (cfr. *infra* nota 2).

²⁰ Va evidenziato, al riguardo, che non appare del tutto corretta l'inclusione della psicoanalisi, almeno nella sua elaborazione originaria, tra le teorie che annoverano l'omosessualità tra i disturbi da curare. Invero, nonostante la terminologia adoperata ("invertiti", "deviazione"), apparentemente connotata da giudizi etici o morali, Sigmund Freud ha innanzitutto classificato l'omosessualità sotto il profilo dell'"oggetto sessuale"; in tal senso egli ha parlato di "deviazione" rispetto all'oggetto sessuale, e degli omosessuali come persone aventi "pulsioni sessuali contrarie", e perciò definiti "invertiti" (rispetto all'oggetto sessuale) (in *Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie*, 1905, trad. it. *Tre saggi sulla sessualità*, Bollati Boringhieri, Torino, 1975, p. 18 ss.); va, tuttavia, sottolineato che, anche prescindendo dal contesto storico e culturale dell'epoca, nella catalogazione dei comportamenti sessuali Freud partiva da un concetto ristrettissimo di 'normalità' della vita sessuale, coincidente con i soli *rapporti eterosessuali genitali*, dal quale discendeva una nozione amplissima di "perversioni sessuali", tra le quali, emblematicamente, annoverava anche il bacio, in quanto "consiste nel congiungimento di due zone erogene orali al posto di due genitali", ma anche il sadismo, il feticismo, ecc. (in *Introduzione alla psicoanalisi*, 1940, nell'ed. Bollati Boringhieri, Torino, II ed., 1978, p. 275 ss., 291 ss.). Del resto, in una lettera scritta nel 1935, in risposta alla madre di un giovane omosessuale che chiedeva un aiuto terapeutico, lo stesso Freud (*Lettere 1873-1939*, Bollati Boringhieri, Torino, 1960) scriveva in maniera diretta ed eloquente, e depurata da mediazioni linguistiche di carattere scientifico: "L'omosessualità, certamente, non è un pregio, ma non è qualcosa di cui ci si debba vergognare, non è un vizio, una degradazione e neppure può essere definita una malattia; noi la consideriamo come una deviazione della funzione sessuale, provocata da un certo blocco dello sviluppo sessuale. Molte persone stimabilissime, in epoca antica e moderna, sono state omosessuali, tra queste molti tra gli uomini più grandi (Platone, Michelangelo, Leonardo da Vinci, ecc.): è una grande ingiustizia perseguire l'omosessualità come un reato, ed è anche una crudeltà (...) Chiedendomi se posso aiutarLa, evidentemente vuol sapere se posso eliminare l'omosessualità, e mettere al suo posto la normale eterosessualità. La risposta è, come tesi generale, che non possiamo promettere niente del genere, in un certo numero di casi ci riesce a sviluppare i germi latenti delle tendenze eterosessuali, presenti in tutti gli omosessuali; nella maggioranza dei casi, questo non è più possibile (...) Altra questione è quella di ciò che può raggiungere un'analisi nel caso di suo figlio. Se è infelice, nevrotico, dilaniato da dubbi, inibito nei suoi rapporti personali, in tal caso un'analisi può arrecargli l'armonia, la pace psichica e una piena capacità di lavoro, indipendentemente dal fatto se rimanga omosessuale oppure cambi" (corsivo nostro).

II del 1968, e, limitatamente all'omosessualità ego-sintonica, DSM III del 1974), l'omosessualità è stata estromessa dai disturbi mentali catalogati nel DSM IV, nel 1994.

È dunque questo il retaggio socio-culturale e religioso che, anche nei Paesi occidentali all'avanguardia nella tutela dei diritti civili, ha costituito l'*humus* per la diffusione di forme di discriminazione e di manifestazioni di omofobia.

Peraltro, va osservato che, lungi dall'integrare l'emersione di una nuova esigenza di tutela, le manifestazioni di omofobia hanno rappresentato una costante nei Paesi occidentali (Italia compresa), ed è soltanto la maggiore sensibilità emersa negli ultimi decenni, grazie soprattutto ai movimenti culturali attivi nel mondo LGTB, ad avere calamitato l'attenzione sui talvolta gravi episodi di aggressione, fisica e verbale, e sulle forme di discriminazione – istituzionale, sociale, culturale, economica – ai danni delle persone LGTB, e ad avere avviato un dibattito sulle possibili forme di tutela delle minoranze e sul riconoscimento dei diritti civili (si pensi al dibattito sui matrimoni *gay*, o sulle unioni civili).

Una progressiva presa di coscienza del problema che ha indotto il Parlamento europeo ad approvare, negli ultimi anni, ben tre risoluzioni per la "lotta all'omofobia" nei Paesi europei, che ha determinato l'introduzione, in diversi ordinamenti occidentali, di apposite norme penali "contro l'omofobia", e che, anche in Italia, sta stimolando un dibattito pubblico sull'opportunità di una tutela penale privilegiata per le vittime dell'omofobia.

Ebbene, va al riguardo premesso che il contributo al discorso pubblico su un tema, divenuto di estrema attualità, nel quale convergono esigenze, reali e simboliche, ed aspettative di tutela delle persone, profili riguardanti il proteiforme "bene" della *dignità umana*, e sensibilità culturali sovente divaricate, e proprie della contemporanea società multiculturale post-moderna, esige un approccio *laico* da parte del giurista che intenda proporre, nel rispetto dell'*etica della convinzione* di ascendenza weberiana²¹, riflessioni sugli aspetti – politico-criminali, dommatici ed interpretativi – che concernono l'introduzione di una normativa sanzionatrice di condotte omofobe.

Un "metodo" ancor più cogente per il penalista "critico", che, nella "professione" (secondo la terminologia weberiana) di analisi ed approfondimento dello *ius puniendi*, e di valutazione *autonoma* in merito all'uso del «terribile diritto»²², lungi dal limitarsi ad un atteggiamento di "ossequio" interpretativo e valutativo nei confronti delle opzioni legislative, già adottate o *in itinere*, storicamente funzionale ad un ruolo di subalternità, culturale e sociale, rispetto alla politica²³, deve cimentarsi con

²¹ Per l'enucleazione dei concetti di "etica della responsabilità", che connota la "professione del politico", ed "etica della convinzione", che, caratterizzando l'"uomo assoluto", impone un risalto privilegiato ai principi puri, sempre essenziali restano le due conferenze tenute da Max Weber, a Monaco di Baviera, nel 1917 (*Wissenschaft als Beruf*) e nel 1919 (*Politik als Beruf*), nell'ambito del ciclo sul "lavoro intellettuale come professione"; la traduzione italiana è in M. WEBER, *La scienza come professione e La politica come professione*, Milano, *passim*.

²² L'espressione, coniata in tema di diritto di proprietà, è mutuata dall'ormai classico saggio di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981.

²³ Va evidenziato, al riguardo, che il "ruolo" culturale e sociale del giurista non va confuso con la "funzione" del giurista, nell'ambito della quale la dimensione *applicativa* del diritto può essere

un impiego prudente di alcuni “ferri del mestiere” (le pene), in un “ambiente” di lavoro dominato dai sovraordinati principi costituzionali che presidiano la materia penale, dal carattere di sussidiarietà dell’intervento penale, e dall’opportunità di interventi scevri da condizionamenti “paternalistici”²⁴ e, come si dirà più ampiamente, promozionali²⁵.

ontologicamente prevalente, se non assorbente, rispetto alla dimensione più propriamente *critica*; ancorando la nozione di *critica* non già, ovviamente all’atteggiamento di disapprovazione aprioristica rispetto alle scelte normative e/o politico-criminali del legislatore, bensì all’atteggiamento intellettuale che connota l’analisi razionale applicabile a qualsiasi oggetto di pensiero, e volta all’approfondimento della conoscenza e alla formazione di un *giudizio autonomo*, è possibile, in via di approssimazione, affermare che la *funzione pratica* che connota essenzialmente l’attività giurisdizionale (sia nella dimensione dello *ius dicere*, propria del magistrato, sia nella dimensione di tutela e rappresentanza processuale, propria dell’avvocato) implica, ontologicamente, una declinazione più *applicativa* del diritto, che *critica*, quest’ultima riservata ad ambiti maggiormente angusti (es. proposizione di questioni di legittimità costituzionale, interpretazioni c.d. evolutive, ecc.), comunque espressi nell’ambito della dimensione interpretativa; viceversa, la *funzione “intellettuale”* che connota in maniera precipua l’attività della scienza giuridica è suscettibile di implicare una declinazione *critica* del diritto, caratterizzante non soltanto la dimensione *interpretativa*, ma altresì la più ampia dimensione *valutativa* (intesa, naturalmente, non già in senso probatorio, bensì nel senso di analisi, approfondimento ed elaborazione di un giudizio autonomo sulle opzioni, anche politico-criminali, del legislatore).

Superfluo aggiungere che la “funzione” del giurista non può soverchiarne il “ruolo” culturale e sociale, nelle diverse declinazioni dell’attività giuridica concretamente svolta.

Per un affresco storico sui “ruoli” sociali e culturali dei giuristi nell’esperienza europea, R.C VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987, trad.it. *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, 1991, *passim*.

²⁴ Sui rapporti tra diritto penale e paternalismo legale, prendendo spunto dall’opera in quattro volumi *The Moral Limits of the Criminal Law* di Joel Feinberg (vol. I, *Harm to Others*, New York-Oxford, 1984; vol. II, *Offense to Others*, New York-Oxford, 1985; vol. III, *Harm to Self*, New York-Oxford, 1986; vol. IV, *Harmless Wrongdoing*, New York-Oxford, 1988), nonché sul più ampio tema del *harm principle* e dei limiti morali del diritto penale – oggetto dei quattro volumi pubblicati dal filosofo americano tra il 1984 ed il 1988, che hanno rivitalizzato, sotto una diversa prospettiva, anche il dibattito continentale –, declinazione anglo-americana del problema della legittimazione del diritto penale e del concetto di bene giuridico, cfr., di recente, M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, p. 984 ss. (ora anche in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. CADOPPI, Milano, 2010, p. 143 ss.); M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, p. 1546 ss. (ora anche in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 41 ss.); G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni ‘liberali’ e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., I, p. 283 ss.; AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. FIANDACA e G. FRANCOLINI, Torino, 2008, *passim*; G. FRANCOLINI, *L’harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, p. 276 ss. Nella dottrina tedesca, B. SCHÜNEMANN, *La critica al paternalismo giuridico-penale. Un lavoro di Sisifo?*, relazione (dattiloscritta) tenuta in occasione del convegno su *Il diritto penale tra paternalismo e liberalismo*, Napoli, 30 aprile 2012, in corso di pubblicazione; con riferimento al divieto di donazione di organi non rigenerabili al di fuori dei rapporti di particolare legame (§ 18 *Transplantationsgesetz*), U. SCHROTH, *Spenderautonomie und Schadensvermeidung bei der Organlebenspende. Ein Beitrag zum Paternalismusproblem im Medizinrecht*, relazione (dattiloscritta) tenuta in occasione del convegno su *Il diritto penale tra paternalismo e liberalismo*, Napoli, 30 aprile 2012, in corso di pubblicazione.

²⁵ Sulla tendenziale divaricazione tra funzione promozionale del diritto penale e principi costituzionali, sia sotto il profilo della funzione della pena, sia sotto il profilo dello svuotamento del concetto di bene

Un approccio laico che, lungi dal riproporre l'ingenua, quanto obsoleta, idea della *apoliticità* del diritto (e dell'interpretazione)²⁶, intende proporre – o forse soltanto evidenziarne la coerenza – una riflessione quanto più possibile scevra da *pre-comprensioni* valutative e/o *lato sensu* culturali, non condizionata da dogmi confessionali o, viceversa, “laicisti”, e, ancor di più, non contaminata da contingenti “interessi politici di parte”; interessi, a loro volta, sovente condizionati da un uso “strumentale” del diritto, a fini di aggregazione sociale, se non, addirittura, di coesione e sostegno politico, con una strumentalizzazione dell'apparato sanzionatorio penale a scopi meramente simbolico-espressivi.

Il contenuto di tale premessa metodologica si rende necessario alla luce del dibattito pubblico, e soprattutto parlamentare, che ha accompagnato le (prospettate) misure di contrasto al *fenomeno* dell'omofobia, ed i diversi progetti di legge che hanno tentato, finora invano, di introdurre specifiche fattispecie (autonome o aggravanti) sanzionatorie delle *condotte* omofobiche: un dibattito nel quale le ragioni di principio invocate a sostegno dell'opzione astensionistica – l'introduzione di fattispecie contro l'omofobia violerebbe il principio di uguaglianza e, per il contenuto indeterminato delle disposizioni proposte, il principio di determinatezza delle norme penali – appaiono sovente invocate da chi, esprimendo quello che Baratta ha lucidamente definito “*pseudogarantismo solo penale e d'occasione*”²⁷, non ha mancato di obliterare le

giuridico, per tutti, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. Profili introduttivi e politico-criminali*, vol. I, Padova, 1988, p. 373 ss.; C.E. PALIERO, *Minima non curat Praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, p. 123 ss.; per alcune lucide riflessioni, cfr., altresì, F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest.crim.*, 1981, p. 445 (ora in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p. 1409).

²⁶ Sul punto, egregiamente, M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari-Roma, 1990, p. 218 ss. (ora anche in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2009, p. 493 ss.), il quale, a proposito dell'indirizzo tecnico-giuridico inaugurato nella prolusione sassarese di Arturo Rocco, e della auspicata separazione del diritto penale dalla politica, che conducesse ad una riflessione tecnico-giuridica della sola legislazione vigente, evidenziava, con considerazione generalizzabile, che “il problema...stava, cioè, nella politicità – di regola conservatrice e d'ordine – del dichiaratamente apolitico” (p. 226).

²⁷ Giova al riguardo richiamare le lucide considerazioni di A. BARATTA, *Prefazione a Moccia, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, XXVI, che, auspicando una valorizzazione del progetto garantistico del diritto penale minimo, inteso come massima contrazione dell'area della penalità e massima estensione dei diritti di garanzia, per il quale è indispensabile un approccio multiagenziale dell'ordinamento, con l'apprestamento di politiche integrate extrapenali, denuncia altresì l'*ambiguità* concettuale, e dunque il debole “riconoscimento politico”, del garantismo, in quanto sovente strumentalizzato, soprattutto in Italia, dalle politiche conservatrici, solo quale espressione di un “*neoliberalismo dei «padroni»*” finalizzato ad “*«addomesticare» la giustizia penale, solo perché non sopporta limiti a ogni classe di azioni che siano nell'interesse padronale, non importa se lecite o illecite*”; l'illustre criminologo prosegue incisivamente: “*questo garantismo dei «padroni» l'ho chiamato (...) «pseudogarantismo», per stigmatizzare il suo uso strumentale. Si rivolge contro certi sconfinamenti della giustizia criminale dai limiti della Costituzione, pretesi o reali che siano, solo perché, in modo assai inusitato nella storia del diritto penale moderno, gli sconfinamenti questa volta sembrano minacciare i «padroni» o i loro amici e vassalli. Essi reclamano un diritto penale più garantista solo nel momento in cui cadono certe loro immunità, che sembravano addirittura*

medesime ragioni di uguaglianza e determinatezza allorquando, con le stesse maggioranze parlamentari, venivano introdotte, con il c.d. secondo Pacchetto sicurezza (L. 94/2009), circostanze aggravanti ritagliate su alcune categorie di vittime ritenute particolarmente vulnerabili (art. 61 n. 11 *ter* c.p.: minori nelle adiacenze di istituti di formazione; artt. 625 n. 8 *ter* e 628 comma 3 n. 3 *quater* c.p.: persone che fruiscono o abbiano fruito di sportelli bancomat; art. 36 L. 104/92: disabili); in tal senso tradendo le reali dinamiche sottese al *lawmaking process*, ipotecato, anche in questo settore, da ragioni di mera convenienza politica e calcolo elettorale, verosimilmente non impermeabili alle influenze, reali o pretese, della cultura clericale che sovente impregna anche le opzioni normative che, per eccellenza, dovrebbero rispettare la regola dell'equidistanza confessionale²⁸.

2. Omofobia, legge penale e valori costituzionali

L'approccio *laico* richiamato in premessa assume dunque una maggior consistenza concettuale allorquando, eliminati i fattori (politico-elettorali, religiosi, confessionali, opportunistici, ecc.) che non dovrebbero condizionare le scelte normative, si chiarisca che gli unici *telos* di riferimento per il giurista, ed in particolare per il penalista "critico", utilizzabili nella formulazione di un giudizio autonomo sulla razionalità e sull'opportunità di una opzione di criminalizzazione risiedono nei *valori* e nei *principi costituzionali* che vengono in gioco, sia sotto il profilo generale della razionalità ed efficacia di una norma, sia sotto il profilo, precipuo del diritto penale, della legittimità (costituzionale) ed opportunità (politico-criminale) della medesima norma.

Ebbene, pur non disconoscendo la dimensione *ontologica* (*l'essere*) sottesa ai processi decisionali legislativi, e che "fanno" la politica-criminale, si intende in questa sede riaffermare una dimensione *deontologica* (*il dover essere*) che dovrebbe presidiare tali processi di *lawmaking*, nel rispetto "cogente" dei principi costituzionali che, nei differenti gradi di vincolatività²⁹, conformano lo "statuto costituzionale del diritto penale".

strutturali, e la macchina della giustizia penale diviene un fastidioso impedimento rispetto ai loro propri comportamenti illegali" (p. XXVII).

²⁸ Analogamente, sul punto, E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Dir.pen.proc.*, 2011, p. 1395, secondo il quale "contro qualsiasi legge di contrasto all'omofobia militano, in politica, una serie di fattori concorrenti, che pesano come macigni: il calcolo di chi è disposto a pagare qualsiasi prezzo pur di assicurarsi il sostegno della Chiesa cattolica; la becera ostilità alla legge di chi, dall'alto di un seggio in Parlamento, o addirittura dai banchi del Governo, addita al pubblico disprezzo gli omosessuali; il fanatismo ideologico dei paladini della "natura" e del solo amore "secondo natura". Soltanto un'anima candida può credere che la battaglia sulla legge contro l'omofobia si combatta davvero sul piano del diritto".

²⁹ Per questa terminologia, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 28, che distingue, in ordine decrescente di vincolatività, i *principi giuridici* a contenuto "dimostrativo" o assiomatico (es., il principio di legalità, o quello di irretroattività delle leggi penali), i *principi di indirizzo*

Con la precisazione che, in tale cadenza argomentativa, non verrà per il momento esplicitato alcun richiamo al diritto sopranazionale (di fonte internazionale, comunitaria e convenzionale), in quanto sul problema dell'omofobia, oltre ad affermazioni di principio di carattere generale (ad es. nella Carta di Nizza), non si registrano fonti giuridiche vincolanti, rientrando le tre risoluzioni del Parlamento europeo, del 2006, del 2007 e del 2012, nell'ambito della categoria degli atti "paranormativi", dotati di valore *politico*, ma non di forza normativa.

Nei limiti indispensabili all'argomentare, dunque, va "messa a fuoco" la rilevanza di alcuni fondamentali principi costituzionali – taluni di carattere eminentemente "penalistico" – che vengono in gioco (*rectius* che entrano in un giudizio di bilanciamento) in materia di omofobia e di misure penali di contrasto, e che, nel dibattito pubblico (e parlamentare), vengono sovente obliterati per negare *a priori* ovvero per sostenere l'opzione penalistica.

2.1. Il principio di laicità

Proprio partendo dalla convergenza, sul tema dell'omofobia, di resistenze culturali di estrazione confessionale da un lato, e di pressioni di varia estrazione dall'altro, va innanzitutto richiamato, quale cardine delle scelte normative di uno Stato di diritto, il *principio di laicità dello Stato*³⁰.

Un principio "supremo" della Costituzione, secondo quanto riconosciuto anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale³¹, che, in quanto tale, dovrebbe connotare in maniera indefettibile il nostro ordinamento; e che, dunque, dovrebbe

politico (o *informatore*), e, infine, i principi generali desunti dalla lettura dell'intero sistema; sulla diversa "giustiziabilità" dei principi, cfr. anche M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 63 ss.

³⁰ Sul principio di laicità nel diritto penale, in una letteratura ormai cospicua, per tutti, F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Milano, 1985, p. 309 ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, p. 477 ss.; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoletto*, I, Milano, 1991, p. 167 ss.; di recente, D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, p. 55 ss.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, I, Milano, 2006, p. 139 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, p. 494 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, p. 546 ss.; nel prisma del multiculturalismo, AA.VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Riscato e E. La Rosa, Torino, 2009.

³¹ A partire da Corte Cost., sent. 11 aprile 1989 n. 203, secondo cui il principio di laicità o non-confessionalità dello Stato, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale, e connota "uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica".

Sull'affermazione del principio di laicità, si vedano, altresì, le decisioni della Consulta n. 259 del 1990, n. 195 del 1993, n. 329 del 1997, n. 508 del 2000, n. 327 del 2002, n. 389 del 2004 e n. 168 del 2005.

caratterizzare in primo luogo l'esercizio del magistero punitivo, con l'affermazione di un diritto penale "secolarizzato".

Tuttavia, la progressiva affermazione della laicità dell'intervento penale, con la secolarizzazione dei beni giuridici tutelati, la separazione tra legge penale e morale, e l'atteggiamento di *neutralità* ed *equidistanza*, ma non di *indifferenza*, dell'ordinamento penale rispetto alle diverse concezioni (non solo religiose) del mondo³², sembra vivere un momento di crisi.

A prescindere dalla riforma³³ dei reati in materia di religione, pure scandita da diverse pronunce demolitorie della Corte Costituzionale³⁴, l'attuale *Zeitgeist* (la "situazione spirituale")³⁵ sembra connotato da non trascurabili frizioni, a livello di opzioni normative ed ermeneutiche, con il principio di laicità³⁶, tali da far paventare un "processo di ri-etizzazione del diritto penale"³⁷, e da far emergere, anche a livello sociologico, una nuova tendenza, denominata "*post-secolarizzazione*"³⁸, che spinge ad una penetrazione della dimensione religiosa nella sfera pubblica.

³² Tali sembrano essere i contorni concettuali della laicità nel nostro ordinamento, alla stregua dell'elaborazione della giurisprudenza della Corte Costituzionale, e del trattamento normativo del fenomeno religioso.

Al riguardo, M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, cit., p. 495, sottolinea che quella accolta nel nostro ordinamento deve intendersi come una "versione postmoderna di laicità", differente da quell'accezione forte che confina la religione nella sfera totalmente privata, respingendo l'idea che possa concedersi reale spazio all'emersione pubblicitaria della dimensione religiosa, e sostenuta, ad esempio, in paesi come la Francia, ove, emblematicamente, vige il divieto di indossare in pubblico il *chador*, o di esporre simboli religiosi.

³³ Sulla riforma del Capo I del Titolo IV del codice penale, in materia di delitti contro la religione, ad opera della legge 24 febbraio 2006 n. 85, per tutti, A. GAMBERINI-G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, cit., p. 135 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, 217 ss.

³⁴ Per tutti, C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, p. 1029 ss.; F. SGUBBI, *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale (articoli 8 e 19 Cost.)*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. 208 ss.

³⁵ Parafrasando, con traduzione non letterale, l'espressione dal celebre saggio di T. WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1959, trad.it. *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965.

³⁶ Secondo quanto opportunamente evidenziato da G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit., p. 549, anche in settori di tutela non eticamente sensibili, laddove si è giunti all'incriminazione, con la legge n. 269 del 1998 in materia di pedofilia, della mera detenzione di pornografia minorile (anche "virtuale"), in tal modo criminalizzando un comportamento censurabile sotto un profilo meramente moralistico.

³⁷ In tal senso, con la consueta lucidità, G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, cit., p. 549.

³⁸ Cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, cit., p. 550, che riprende, introducendole nel dibattito penalistico, le tesi di K. EDER, *Europäische Säkularisierung – ein Sonderweg in die postsäkulare Gesellschaft*, in *Berliner Journal für Soziologie*, 3, 2002, 313.

Al riguardo, oltre al dibattito, mai sopito, sull'interruzione di gravidanza, riemergono in maniera sempre più incalzante i controversi temi di bioetica³⁹ (fecondazione artificiale, ricerca scientifica sugli embrioni, rifiuto di cure ed eutanasia), sempre stretti tra opzioni paternalistiche⁴⁰, in grado di comprimere la sfera etica del singolo attraverso l'imposizione di scelte etiche *eteronome*, e tentazioni di creare "spazi liberi dal diritto"⁴¹, sottratti alla regolamentazione normativa, ed affidati esclusivamente alla autoregolamentazione della "tecnica" e dell'etica individuale.

Settori, nei quali, invero, non si può obliterare la considerazione, essenziale e preliminare, che se la morale e l'etica (almeno nella sua dimensione individuale)⁴² appartengono alla sfera dell'*autonomia*, la legge appartiene alla dimensione dell'*eteronomia*, e quindi non può intervenire negli spazi di *autonomia* dell'individuo, senza con ciò intromettersi indebitamente nella sfera di libertà dello stesso.

Ebbene, il processo di "post-secolarizzazione" autorevolmente "diagnosticato" rinviene una conferma anche nel dibattito pubblico (e parlamentare) sull'omofobia, nell'ambito del quale la penetrazione della dimensione religiosa nella sfera pubblica si coglie distintamente nelle prese di posizione aprioristicamente contrarie all'introduzione di norme di tutela di orientamenti sessuali ritenuti non canonici⁴³, e negli echi parlamentari che da tale atteggiamento culturale originano.

Tuttavia, se, da un lato, il principio di laicità – nella declinazione della *non confessionalità* dello Stato, che impone che le scelte legislative, *eteronome* per eccellenza, e riguardanti tutti i cittadini, a prescindere dal credo al quale aderiscano (o non), non possono regolamentare le scelte morali ed etiche, in quanto attingerebbero le sfere dell'*autonomia*, intromettendosi indebitamente nella sfera di libertà dell'individuo –

³⁹ Per una riflessione sempre attuale, S. MOCCIA, *Bioetica o "biodiritto"? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, p. 863 ss.

Al riguardo, L. PETRUCCI, *Bioetica e principio del consenso informato nell'esperienza dei procedimenti civili a tutela della persona*, in *La magistratura*, 2008, n. 2, p. 114, sottolinea che la parola "bioetica" è stata utilizzata per la prima volta da un oncologo olandese che lavorava negli Stati Uniti, Van Renselaer Potter, in un articolo del 1970 (*Bioethics. The science of survival*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, 1970, n. 14, p. 127 ss.).

⁴⁰ Sui rapporti tra diritto penale e paternalismo legale, prendendo spunto dall'opera di Joel Feinberg, *Harm to Self*, New York, 1986, e dal dibattito ravvivatosi, a proposito dei limiti morali del diritto penale, in tema di "scelte di morte", suicidio assistito, *mercy killing*, ed eutanasia, di recente, oltre agli Autori già citati alla nota 24, M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., p. 984 ss.; M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1546 ss.

⁴¹ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass.pen.*, 2007, p. 903 ss.; l'illustre Autore richiama, pur non condividendola, l'idea, di matrice tedesca, di un *rechtsfreier Raum* – uno spazio libero dal diritto, appunto –, elaborata proprio con riferimento a tematiche etiche, come l'eutanasia, nel tentativo di fornire una legittimazione giuridica a scelte etiche, senza tuttavia giungere ad una "approvazione" normativa; trattandosi di scelte etiche, nelle quali lo Stato sarebbe tenuto ad astenersi, la "neutralità" del diritto si esplicherebbe attraverso un'assenza di disciplina, o di controlli *ex ante*, della condotta di per sé né lecita, né vietata (p. 906).

⁴² Sulle diverse definizioni di etica, nel dibattito penalistico, B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, p. 1382 ss.

⁴³ Cfr., al riguardo, le parole adoperate da un Tribunale ecclesiastico e da un illustre cardinale, richiamate da E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2011, p. 24-25.

sospinge al di fuori del recinto della “razionalità” costituzionale le prese di posizione, aprioristiche e sovente impregnate di clericalismo, apertamente contrarie a qualsivoglia regolamentazione normativa (anche non di tipo penale) delle relazioni non eterosessuali, dall’altro lato, la laicità viene declinata anche in termini di *neutralità* ed *equidistanza* dell’ordinamento penale rispetto alle diverse concezioni (non solo religiose) del mondo.

Ed in tale seconda dimensione la creazione di uno “statuto penale privilegiato” a tutela di una concezione del mondo – il riferimento, ovviamente, è alle proposte di introduzione di una fattispecie autonoma di omofobia calibrata anche sulla repressione di mere opinioni – rischia di determinare, dall’altro lato, una “frizione” con il principio di laicità dello Stato, inteso quale *neutralità* ed *equidistanza*.

2.2. Il principio della dignità umana

Un altro *argumentum* sovente richiamato nel dibattito pubblico sull’opportunità o meno di introdurre norme penali repressive dell’omofobia è fondato sul principio/bene della *dignità umana*.

Come è noto, si tratta di un connotato essenziale della persona, tutelato anche a livello costituzionale, sia in una dimensione individuale, rientrando nell’ambito dei diritti inviolabili dell’uomo (art. 2 Cost.), sia in una dimensione sociale (art. 3 Cost.), e che viene invocato, dai sostenitori di un’opzione penale in materia di omofobia, quale fonte di legittimazione dell’auspicato intervento penale; l’adozione di norme penali (ulteriormente) repressive di condotte omofobiche sarebbe consentita, ed anzi imposta, dalla tutela del principio della dignità umana.

La dignità umana verrebbe qui in rilievo sia come *principio*, legittimante l’intervento penale, in quanto ritenuto idoneo a garantire la “pari dignità sociale” (art. 3 Cost.), ed a rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che limitano l’eguaglianza dei cittadini ed impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 comma 2 Cost.), *sub specie* vittima della condotta omofobica, sia come *bene giuridico* tutelato, ed in quanto tale offeso dalla condotta incriminata.

Tuttavia, pur sorvolando sulla considerazione che pressoché tutti i reati c.d. contro la persona (e non solo) hanno in sé insita (anche) un’offesa alla dignità umana della vittima, senza che ciò comporti un *surplus* sanzionatorio o un’ulteriore (o diversa) qualificazione giuridica, va ripercorsa la parabola, anche ermeneutica, disegnata appunto dalla nozione, dai contorni spesso sfuggenti, di dignità umana.

Al riguardo, va evidenziato che, nel solco degli orientamenti consolidatisi nella materia, parallela e per molti aspetti analoghi, della discriminazione razziale⁴⁴, e soprattutto in seguito alla riformulazione di alcune fattispecie ad opera della c.d. legge

⁴⁴ Disciplinata dapprima dalla legge 13 ottobre 1975 n. 654, di ratifica della Convenzione internazionale di New York del 17 marzo 1966, sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, e poi dalla legge 25 giugno 1993 n. 205 (di conversione del D.L. 26 aprile 1993 n. 122), meglio nota come “decreto Mancino”.

Mancino del 1993, una parte della dottrina e della giurisprudenza ha individuato nella dignità umana, anziché nell'ordine pubblico, il bene giuridico tutelato dai c.d. *hate crimes* (crimini d'odio)⁴⁵: la valorizzazione dei *motivi razziali* nell'economia della tipicità delle fattispecie previste dall'art. 3 L. 654/75 (come riformulate dalla legge Mancino), infatti, avrebbe fatto emergere un nuovo bene giuridico oggetto di tutela, non più individuabile nell'ordine pubblico, bensì nella *dignità umana*, quale valore da salvaguardare mediante l'apprestamento dei reati d'odio⁴⁶.

Ebbene, anche nel dibattito sull'omofobia la tutela della dignità umana viene invocata a sostegno della scelta di criminalizzazione: il "nuovo" bene giuridico viene infatti ritenuto idoneo a legittimare l'opzione penale, sul presupposto che qualsiasi condotta dettata da motivi discriminatori fondati sull'orientamento sessuale di una persona sia suscettibile di offendere (o approfondire l'offesa del)la dignità umana.

Tuttavia, anche rispetto a tale *argumentum* occorre evidenziare taluni aspetti problematici che emergono con riferimento alle peculiarità del diritto penale, ed alle esigenze meritevoli di tutela penale: come si vedrà più approfonditamente, il richiamo alla dignità umana quale bene giuridico legittimante la scelta di criminalizzazione dell'omofobia rischia infatti di vanificare la portata di tutti i principi "contenutistici", anch'essi di rilievo costituzionale, che regolano tradizionalmente la materia penale (principi di offensività e materialità, libertà di manifestazione del pensiero, principio di sussidiarietà).

Infatti, la valorizzazione della dignità umana quale bene giuridico penalmente tutelabile rischia di rivelare una attitudine "onnivora" rispetto agli altri diritti costituzionali, in una cadenza argomentativa alla stregua della quale si ritenga che, appartenendo alla categoria dei *diritti inviolabili dell'uomo* (art. 2 Cost.), non sarebbe suscettibile di bilanciamento.

Inoltre, in una sorta di eterogenesi dei fini, la *vis* espansiva della dignità umana quale fonte di legittimazione penale si esplicherebbe nella trasfigurazione del *diritto* dell'uomo in *dovere* dello Stato di punire; in altri termini, la dignità umana sarebbe invocata non già quale fonte di emersione e riconoscimento di *diritti*, bensì quale fonte di legittimazione penale; da *diritto di garanzia* a *dovere di repressione*.

Al riguardo, peraltro, vanno espresse alcune riserve, partendo da una serie di considerazioni e di indispensabili distinzioni concettuali.

Il riferimento alla *dignità umana* quale principio fondamentale è sempre più frequentemente rinvenibile sia nelle Carte fondamentali – si pensi all'art. 1 della Carta di Nizza, entrata in vigore il 1° dicembre 2009 con il Trattato di Lisbona, all'art. 1 della

⁴⁵ A proposito della fattispecie di "propaganda razzista", che pure ha vissuto una stagione di rinnovata vitalità applicativa a proposito delle campagne contro i campi nomadi condotte dai leghisti, cfr. in giurisprudenza Cass.pen., sez. IV, 10.7.2009 n. 41819, Bragantini; in dottrina, C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius17*, 2009, n. 1, p. 191 ss.

⁴⁶ In tal senso, C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, cit., p. 194 ss.; 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 n.11, p. 3839 ss.

Costituzione tedesca del 1949 –, sia nelle pronunce delle Corti supreme; del resto, anche la Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato che “quello della dignità umana è (...) valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo”⁴⁷, un valore “supremo”⁴⁸, intangibile, e dunque sottratto anche al potere di revisione costituzionale.

Tuttavia, la “concretizzazione” del “principio” si è rivelata proteiforme: limitandosi ad una rapida esemplificazione⁴⁹, si pensi alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 15 febbraio 2006 che ha dichiarato l’illegittimità della legge del 2005 sulla sicurezza aerea (*Flugsicherheit Gesetz*)⁵⁰, nella parte in cui consentiva gli abbattimenti di aerei civili obiettivi di attacchi terroristici, sul rilievo che la garanzia della dignità umana vieta la strumentalizzazione delle persone a bordo quali meri oggetti; di analogo rilievo, ai nostri fini, è la sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi⁵¹, che ha dichiarato il reato di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato incompatibile con la c.d. Direttiva rimpatri, sulla base, tra l’altro, del principio del rispetto della dignità umana; nello stesso solco, la dignità umana è stata invocata a sostegno della tutela dell’autonomia della persona nella ormai celebre sentenza della Corte di Cassazione sul caso Englaro⁵², che ha affermato la legittimità dell’interruzione di trattamenti salva-vita nel rispetto del diritto di autodeterminazione del singolo; viceversa, pur nell’ottica di non bilanciabilità della dignità umana, va inscritta la celebre sentenza del *Conseil d’Etat* del 27 ottobre 1995, che ha vietato la pratica del c.d. “lancio dei nani”, ritenendo l’autonomia privata recessiva rispetto alla dignità dell’umanità⁵³.

Ebbene, nei primi tre casi richiamati, la declinazione della dignità umana in termini di *diritto*, da un lato, e la formulazione di un giudizio di non bilanciabilità, dall’altro, hanno consentito il riconoscimento di facoltà, situazione soggettive

⁴⁷ Corte Cost., sent. 11 luglio 2000 n. 293, a proposito della legittimità costituzionale della fattispecie di pubblicazioni oscene, in quanto raccapriccianti o impressionanti (art. 15 L. n. 47/48), ritenuta non lesiva della libertà di manifestazione del pensiero, purchè non oltrepassi, nella fattispecie concreta, il limite costituito dalla dignità umana: “quello della dignità della persona umana è, infatti, valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull’interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale”.

⁴⁸ Corte Cost., sent. 19 novembre 1991 n. 414.

⁴⁹ Per ulteriori richiami giurisprudenziali, anche in ottica comparatistica, per tutti, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, p. 801 ss.

⁵⁰ BverfG, 15.2.2006, consultabile in www.bverfg.de.

⁵¹ Corte Giustizia UE, Sez. I, 28 aprile 2011, El Dridi, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2780 ss., con nota di C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell’ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. Direttiva Rimpatri*, *ivi*, p. 2786 ss.; cfr., al riguardo, anche R. BARBERINI-M. CASUCCI, *La Corte di Giustizia dichiara l’incompatibilità tra i reati previsti dall’art. 14, comma 5, e la Direttiva Rimpatri*, *ivi*, p. 1615; A. DI MARTINO - R. RAFFAELI, *La libertà di Bertoldo: “direttiva rimpatri” e diritto penale italiano, in questa Rivista, 26 luglio 2011*.

⁵² Cass. civ., sez. I, 4-16 ottobre 2007 n. 21748, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, p. 384 ss., con nota di M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome ‘in cerca di un nome’ e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez I civile sul caso di Eluana Englaro*, *ivi*, p. 389.

⁵³ Cons. Etat, Ass., 27.10.1995, *Ville d’Aix-en-Provence*, in *D.*, 1996, jur., 177, con nota di Lebreton; per ragguagli, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, *cit.*, p. 801 ss. (part. 838 ss.).

ampliative della sfera giuridica del singolo, sulla base di un ampliamento della sfera di autonomia (caso Englaro), ovvero di una riduzione della sfera di eteronomia, nella sua dimensione penale (reato di clandestinità) o, addirittura, nell'ambito delle prerogative in materia di sicurezza dello Stato (abbattimento di aerei).

Laddove, al contrario, la dignità umana, sempre in un'ottica di non bilanciabilità, viene declinata in termini di *dovere*, la sfera dei diritti tende a comprimersi, come nel caso della pratica, senz'altro degradante, ma comunque "scelta" dalla persona, del "lancio dei nani", vietata a discapito del principio di autonomia dell'individuo, con una chiara connotazione paternalistica.

La forte carica "emancipatoria" della nozione, che sottende un'elevata pulsione ideale, rischia tuttavia di essere impiegata, con argomentazioni apodittiche, per determinare una restrizione dei diritti di libertà altrui, con una "surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti, a scapito del pluralismo e delle diversità"⁵⁴; ed una tale cadenza argomentativa, fondata sulla non bilanciabilità della dignità umana, potrebbe imporsi anche in campo penale, ove questa assurgesse a bene giuridico meritevole di tutela, fonte di legittimazione dell'intervento penale.

Ebbene, già la versatilità argomentativa e l'attitudine retorica della dignità umana, emergenti dai diversi casi richiamati, dovrebbero far attentamente riflettere sui rischi di un uso eccessivamente disinvolto o inconsapevole dei concetti giuridici nell'ambito del diritto penale: sia sufficiente rilevare, nei limiti contenuti di questo contributo, che l'*argumentum* della dignità umana avrebbe potuto essere invocato per sostenere altrettanto efficacemente anche l'opposta soluzione rispetto a quella concretamente adottata.

Ciò ad evidenziare la scarsa selettività della *dignità umana* quale bene giuridico "assoluto", insuscettibile di bilanciamento e, in quanto tale, fonte di legittimazione anche penale.

Del resto, non appare ridondante sottolineare che il *linguaggio* nel diritto penale assume un'importanza fondamentale, in quanto delimita gli spazi di *libertà*; esigenza, invero, sottesa ai classici principi garantistici della determinatezza della norma penale e del divieto di analogia.

Ebbene, l'impiego ermeneutico della dignità umana, nell'argomentazione penalistica, rischia di innescare un processo di *soggettivizzazione* interpretativa del bene giuridico, ove si consideri che il richiamo è ad un concetto normativo extragiuridico, pregno di significati filosofici e sociali.

Inoltre, la "fluidità" concettuale della dignità umana, che ne comporta "prestazioni" argomentative spiccatamente versatili, rivela tutta la natura proteiforme del concetto allorquando si approfondiscano i diversi contenuti, e dunque i diversi ambiti e le diverse funzioni, della nozione.

Al riguardo, giova richiamare l'utile distinzione formulata da Norberto Bobbio, il quale individua tre aspetti dell'essere umano ai quali corrispondono tre diversi

⁵⁴ G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, cit., p. 828.

concetti di dignità umana⁵⁵: l'uomo come *essere personale* o *persona*-dignità umana come *dignità della persona*; l'uomo come *essere sociale* o *socius*-dignità umana come *dignità sociale*; l'uomo come *essere naturale* o *individuo*-dignità umana come *autonomia*.

Nella prima accezione, peraltro, la tutela della *dignità della persona* può, a sua volta, assumere una dimensione *individuale* (relativa all'essere umano in quanto individuo portatore di dignità), ovvero *collettiva*, nella quale portatrice della dignità è, non già l'individuo, bensì la *persona in astratto*, l'*umanità*, o la *moralità*⁵⁶: tale ultima concezione, evidentemente, nel postulare l'esistenza di doveri verso se stessi, pone la dignità umana in conflitto con l'*autonomia* dell'individuo, come emerge emblematicamente dal celebre caso del "lancio dei nani".

In altri termini, la "socializzazione" della dignità umana connota il concetto in termini di *tutela dell'umanità nell'uomo* come valore *oggettivo*, che, in quanto non disponibile da parte dell'individuo, può determinare conflitti anche con l'*autonomia* del singolo: in tal modo imponendo una concezione ideologica della dignità umana e la promozione di politiche paternalistiche⁵⁷ (come, ancora, nel paradigmatico caso del *jeux de nains*).

Ebbene, tornando al tema che ci occupa, il richiamo alla dignità umana quale bene giuridico legittimante un intervento penale in materia di omofobia è chiaramente adoperato nella declinazione *sociale, rectius universale*, della dignità, e non certo *individuale*: i fenomeni e/o le condotte omofobiche sarebbero lesive *in generale* della *dignità della persona in astratto*, intesa come *umanità*, e non già della dignità della persona in concreto (nel qual caso sarebbero sufficienti le norme penali già presenti nel codice penale); ed in tale declinazione della dignità umana quale valore *oggettivo* dell'Uomo (inteso come *umanità*) emerge l'esigenza di apprestare una tutela penale – ulteriore rispetto a quella garantita ai diversi aspetti della dignità della persona in concreto per il tramite delle classiche fattispecie di reato – di carattere generale.

Tuttavia, l'attitudine "onnivora" della dignità umana, adoperata quale "asso di briscola" nell'argomentazione valoriale e giuridica, proprio in ragione del particolare peso del valore sotteso, rischia di rivelarsi "uno stratagemma per interrompere e bloccare una discussione che potrebbe teoricamente invece continuare, impedendo così un approfondimento argomentativo attento alle peculiarità delle diverse costellazioni di casi concreti"⁵⁸, in quanto "il principio della dignità umana ha già parlato e sistema tutto. Il risultato è un'argomentazione che nella cosa non fa progressi, perché sostituisce l'attenzione alla cosa con la violenza"⁵⁹.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 1948, p. 146.

⁵⁶ B. MALVESTITI, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e diritti sociali*, a cura di M. Cossutta, Trieste, 2012, p. 119.

⁵⁷ B. MALVESTITI, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, cit., p. 129-130.

⁵⁸ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, cit., p. 558-559,

⁵⁹ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, p. 131; al riguardo, è interessante anche la posizione di C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd.I, München, 2006, pp.20-22 (§ 2, IV), che esprime una posizione favorevole in merito alla tutelabilità della dignità umana (p. 20), salvo poi criticare l'uso che si fa del richiamo alla dignità umana per legittimare la punizione di condotte autolesive (es. suicidio) o ritenute immorali (es. rapporti sessuali con animali, ovvero, la vendita,

In tale dimensione, dunque, la dignità umana, rispecchiando un valore a forte connotazione etico-emozionale, riesce, grazie al contenuto vago ed alla carica emozionale recata, “a fungere da bene-ricettacolo della reazioni di panico morale”, e dunque “da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione”⁶⁰.

Peraltro, l’invocazione della dignità umana, nella dimensione *universale* ed *oggettiva*, quale bene giuridico legittimante opzioni di criminalizzazione, sembra in realtà riproporre quella confusione concettuale tra bene giuridico e *ratio legis* che, nel solco della “concezione metodologica”, ha storicamente condotto all’approfondimento del processo di erosione della categoria del bene giuridico, già subito in pieno fermento giuspositivistico, ad opera soprattutto di Binding⁶¹ in Germania, ed Arturo Rocco⁶² in Italia⁶³.

da parte del futuro donatore, di organi da espianare *post mortem* - § 18 *Transplantationsgesetz*); in tali ipotesi, Roxin ritiene che non possa invocarsi la dignità umana a fondamento dell’opzione di criminalizzazione (p. 21-22); sebbene non riguardi una condotta autolesiva, Roxin ritiene ad esempio che neppure l’ipotesi di interventi genetici su un embrione per eliminare il rischio di una grave malattia possa essere legittimata attraverso il bene giuridico dignità umana.

⁶⁰ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, cit., p. 558-559; l’illustre Autore ammonisce sul rischio di una utilizzazione “inflattiva” della dignità umana, “benericettacolo delle reazioni di panico morale”, e, sottolineandone la natura di “valore a forte connotazione etico-emozionale”, ne evidenzia altresì la vaghezza dei contorni e la duttilità concettuale, che conducono, nei settori ad alta sensibilità etica, quasi in una sorta di “tirannia della dignità”, “a sfruttare opportunisticamente l’efficacia retorica di argomentazioni altrimenti deboli”.

Per ulteriori considerazioni sul tema, prendendo spunto dal dibattito sui limiti morali del diritto penale, ed in particolare sul “moralismo giuridico” e sulla criminalizzazione delle “condotte illecite non dannose” (*harmless wrongdoing*, secondo la terminologia adoperata da J. Feinberg), ancora G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. CADOPPI, cit., p. 207 ss.; per considerazioni di analogo tenore a proposito del reato di propaganda razzista, C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista*, cit., p. 201 e ss., e 195 (laddove evidenzia che “il concetto di “dignità umana” ribadisce ancora una volta l’incapacità di fornire prestazioni di contenuto che vadano oltre un generico, ancorché non meno politicamente significativo, appello a quell’universo di valori/diritti che fa da sfondo alle nostre democrazie occidentali”).

⁶¹ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, *Normen und Strafgesetze*, 1° Auflage, Leipzig, 1872, p. 353, che introduce la terminologia di *Rechtsgut*, pur disperdendone il carattere individualistico e liberale.

⁶² Art. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie giuridiche del reato e della pena*, Torino, 1913, p.580.

⁶³ Negare la natura prepositiva e devitalizzare la funzione critica si traduce inevitabilmente in uno svuotamento della funzione garantista; il bene giuridico diventa un mero strumento classificatorio creato dal legislatore, non allo stesso preesistente, strumento incapace di qualsivoglia funzione critico-delimitativa del penalmente rilevante. La teoria formalistica del bene giuridico, peraltro, ha posto le fondamenta per ulteriori sviluppi, in senso regressivo: la dottrina penalistica tedesca degli anni Trenta, sensibile alla filosofia neokantiana, propugna, infatti, la c.d. concezione metodologica.

Per un quadro mirabilmente consapevole, si veda A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall’inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, partic. p. 67 ss., e F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss.Dig.it.*, Torino, 1973, p. 29 (ora anche in *Scritti di diritto penale*, Vol. I/1, Milano, 1997, p. 537 ss.), il quale rileva, con la consueta chiarezza, come “l’abbandono graduale dell’importanza del bene giuridico, caposaldo di un’ideologia liberale e

Secondo la concezione metodologica, invero, il bene giuridico regredisce a mera “sintesi categoriale”⁶⁴ degli scopi decisi e perseguiti da un legislatore ormai onnipotente, in grado di ottenere la copertura dogmatica per qualunque scopo politico-criminale avesse in mente di raggiungere.

Dunque, il concetto perde ogni carattere assiologico, per assumere una nuova funzione, meramente descrittiva: il passaggio concettuale dal bene giuridico alla mera *ratio legis*, peraltro, induce alterazioni anche nella funzione interpretativa del concetto, in virtù dell’espansione ermeneutica della fattispecie⁶⁵.

Ebbene, tale erosione concettuale appare afferrabile nell’invocazione della dignità umana quale bene giuridico suscettibile di legittimare qualsiasi opzione di criminalizzazione⁶⁶.

Ma l’inadeguatezza della dignità umana a fondare, di per sé, una scelta di criminalizzazione dell’omofobia emerge anche alla luce di un’ulteriore considerazione: si è affermato che l’introduzione di una normativa penale in materia di omofobia non comporterebbe una “discriminazione alla rovescia” (come pure paventato nel corso dei lavori parlamentari), con creazione di un inaccettabile privilegio nella sfera del diritto

classica dell’illecito penale, conduce ad una lenta svalutazione della dogmatica del reato a favore di una dogmatica dell’autore”.

⁶⁴ I contributi di R. HONIG (*Die Einwilligung des Verletzten*, I, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919, p.94: con il termine di bene giuridico “niente altro si vuole intendere che lo scopo, assegnato dal legislatore alle singole disposizioni penali, nella sua formula più breve”), che introduce la formula di “sintesi categoriale”, nonché di M. GRÜNHUT (*Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festgabe für Frank*, 1930, I, p.8) (sua è la definizione di bene giuridico come “*Abbreviatur des Zweckgedankes*” – sintesi dell’idea di scopo) e della Scuola di Marburgo (Schwinge e Zimmerl), finirono per svuotare completamente del suo originario significato liberale la concezione che vedeva nel reato essenzialmente l’offesa di un bene giuridico (cfr., per precisi riferimenti, A. BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit., p.68 ss. (partic. 72), e F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1981, p.24-25.).

⁶⁵ Per esempi di espansione ermeneutica della fattispecie indotta da una assolutizzazione del bene giuridico, inteso come sintesi categoriale degli scopi legislativi perseguiti, cfr. A. BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit., p.73 nt. 77, che riporta talune significative sentenze dei Tribunali tedeschi coeve all’affermarsi della concezione metodologica. Più di recente, ed in tutt’altro contesto socio-politico e spirituale, ma con una eloquente esemplificazione delle conseguenze alle quali può condurre la confusione tra bene giuridico e *ratio legis*, emblematica appare la sentenza, in materia di cessione di sostanza stupefacente “inerte”, della Cass.pen., S.U., 24 giugno 1998, Kreml, in *Foro it.*, 1998, II, 760, con nota (*si placet*) di G. RICCARDI, *Alla ricerca dell’offensività perduta: note a margine di una discutibile sentenza delle sezioni unite*, *ivi*.

⁶⁶ Come si vedrà più ampiamente anche con riferimento alle fattispecie penali in materia di discriminazione razziale, a proposito delle quali una parte della dottrina ha individuato nella “dignità umana” e “sociale” il bene tutelato, in tal modo rendendo giustificabile anche il sacrificio imposto al diritto di libera manifestazione del pensiero tutelato dall’art. 21 Cost., ed individuando l’offesa insita nei c.d. reati di opinione (condotte di istigazione e propaganda) nel concreto pericolo, o addirittura nella lesione, della dignità della persona umana; per tali argomentazioni, seppur con diverse sensibilità, G.A. DE FRANCESCO, *Commento al D.L. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica, religiosa*, in *Legisl.pen.*, 1994, p. 179; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 117 ss.

penale, in funzione di un particolare orientamento sessuale, in quanto la peculiare vulnerabilità di una categoria di soggetti consentirebbe una tutela rafforzata, intesa quale trattamento penale differenziato di situazioni diverse consentito dal canone di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost.⁶⁷

Tuttavia, a prescindere dai limiti delle rilevazioni empiriche che dovrebbero fondare il carattere di particolare *vulnerabilità* di una categoria di persone individuata sulla base dell'orientamento sessuale, e dunque giustificare un trattamento penale "privilegiato", emergono due perplessità: l'una legata al richiamo all'art. 3 comma 2 Cost. – norma costituzionale di fondamentale importanza, espressiva del principio di uguaglianza sostanziale e cardine della funzione promozionale del diritto – per fondare una scelta di criminalizzazione; richiamo che certamente può fondare un giudizio di *legittimità* e di *ragionevolezza* di un trattamento penale differenziato di situazioni diseguali, ma che evoca, nella materia penale, quella *funzione promozionale* del diritto che – senz'altro ammessa negli altri rami del diritto, ai quali non è coesistente la funzione repressiva – viene ritenuta pericolosa in un ordinamento penale liberale⁶⁸.

L'altra perplessità si appunta sul rilievo che la denunciata lesione del principio di uguaglianza, a nostro avviso, non risiede tanto nella creazione di un "inaccettabile privilegio", quanto proprio nel potenziale ridimensionamento della dignità umana: in tal senso, infatti, il richiamo alla *ragionevolezza* di un trattamento differenziato, proprio per garantire l'*uguaglianza* e la *pari dignità sociale* di una categoria di soggetti, secondo il paradigma argomentativo sotteso all'art. 3 Cost., rischia di determinare una frizione con la dimensione irriducibile della *dignità umana* quale *diritto inviolabile* sancito dall'art. 2 Cost.

In altri termini, se "il tratto personologico della dignità umana giustifica (...) la tutela delle condizioni di vita di chi non ha la capacità di esercitare, in maniera piena o parziale, l'"autonomia"⁶⁹, auspicare un trattamento penale privilegiato per una categoria di soggetti, sulla base dell'orientamento sessuale, rischia di connotare, in termini di (parziale) incapacità, il *valore intrinseco* della persona.

Il connotato tendenzialmente egualitario della dignità umana, infatti, consentirebbe (o consiglierebbe) di apprestare tutele "rafforzate" (o "privilegiate") soltanto nei casi di *incapacità*: una tutela penale privilegiata in ragione esclusivamente dell'orientamento sessuale rischia in altri termini di rivelarsi discriminatoria nei confronti della *dignità umana delle persone* (omosessuali e transessuali), proprio in

⁶⁷ Per tale osservazione, autorevolmente, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 25-27.

⁶⁸ Per tutti, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 449 ss.; per ulteriori riflessioni, cfr. *infra* § 5.

⁶⁹ B. MALVESTITI, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, cit., p. 121, che, dopo aver individuato il 'tratto personologico' della dignità umana, quale primo criterio di non bilanciabilità, nel *valore intrinseco* dell'essere umano, che vieta di ridurre la persona ad una delle sue parti, disconoscendone l'intero (p. 116-117), ritiene che una tutela "rafforzata" sia consentita, affinché rispetti il tratto personologico della dignità umana, nei casi di incapacità, totale o parziale: tali casi riguarderebbero i c.d. diritti di 4° generazione, concernenti i fanciulli, i disabili, gli anziani e, sotto il profilo sociale, i migranti, i detenuti, gli indigenti, i lavoratori.

quanto non fondata su una *incapacità* (intesa anche come limitazione, congenita o acquisita, nell'esercizio dell'autonomia) di carattere *personale*.

Al contrario, nella dimensione della *dignità sociale*, un trattamento differenziato nell'ambito dei c.d. diritti sociali, non essendo fondata su una pretesa *incapacità personale*, bensì su una *limitazione sociale dell'autonomia*, sarebbe senz'altro legittima, oltretutto auspicabile, in quanto non discriminatoria e lesiva della dignità umana, e scevra dalle connotazioni negative che la funzione promozionale del diritto assume nel settore penale.

A tale ultimo paradigma argomentativo può essere ascritto, ad esempio, il divieto di discriminazioni fondate (anche) sull'orientamento sessuale nell'ambito del mercato del lavoro (c.d. legge Biagi, D.lgs. 276/2003), ovvero il riconoscimento delle unioni civili tra omosessuali.

Concludendo su tale aspetto, se la *dignità umana*, intesa quale *dignità della persona*, è un bene tendenzialmente egualitario, la creazione di uno statuto penale differenziato in favore di alcune categorie di persone (in ragione dell'orientamento sessuale, ma anche in ragione del sesso⁷⁰) rischia di rivelarsi discriminatoria, in quanto la dignità umana giustifica tutele di particolari condizioni solo allorquando si versi in una situazione di *incapacità di esercitare l'autonomia*.

Peraltro, una simile opzione normativa avrebbe il chiaro sapore del *paternalismo legale*, nascosto "dietro l'invenzione di un bene giuridico apparentemente collettivo (l'umanità *Menschheit*)"⁷¹, laddove, grazie al richiamo alla dignità umana (intesa, appunto, come umanità), nella selezione dei comportamenti punibili (o suscettibili di aggravamento sanzionatorio), "l'opzione incriminatrice ricada su condotte il cui nucleo di disvalore riposi su valutazioni a sfondo moraleggiante, in assenza di una caratterizzazione lesiva ulteriormente qualificante"⁷²: similmente a quanto accade, ad esempio, nella disciplina a tutela del contraente debole⁷³, uno statuto penale differenziato in favore di alcune categorie di persone, adulte, capaci e dotate della piena autonomia personale, in ragione soltanto dell'orientamento sessuale, percorrerebbe le traiettorie di un *paternalismo indiretto*, in cui la sanzione (*rectius*, il *surplus* di sanzione) a carico dell'agente è funzionale, e strutturalmente collegata, alla protezione del preteso soggetto debole⁷⁴.

⁷⁰ L'allusione è al dibattito – anch'esso nutrito di stereotipi, inconsapevolezze e calcoli elettoralistici, e declamato sulla cadenza di *slogan* nel migliore dei casi gemmati da un ottimistico, quanto ingenuo, convincimento sulle capacità taumaturgiche del diritto penale – sull'opportunità dell'introduzione del c.d. reato di "femminicidio".

⁷¹ B. SCHÜNEMANN, *La critica al paternalismo giuridico-penale. Un lavoro di Sisifo?*, cit., p. 5 (del dattiloscritto).

⁷² S. CANESTRARI -F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 169

⁷³ D.N. HUSAK, *Legal Paternalism*, in H. LA FOLLETTE, *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford, 2005, p. 404 ss., sottolinea che la valutazione in ordine all'ammissibilità di interventi paternalistici va operata diversamente a seconda che si tratti di *criminal* e *non-criminal laws*, ritenendo che gli interventi paternalistici attuati mediante strumenti extrapenalistici sono maggiormente accettabili.

⁷⁴ La lettura in chiave paternalistica di una simile opzione normativa è legata all'apprestamento di una tutela penale privilegiata in favore di soggetti ritenuti 'deboli'; sotto tale profilo, dunque, si è definito

Al contrario, in assenza di affidabili studi empirici, che pure dovrebbero fondare il fondamentale approccio criminologico alle scelte di criminalizzazione, si rischia di ritagliare, nelle fattispecie penali, più le figure delle vittime, che quelle degli autori; con una conseguente svalutazione della tipicità del fatto, schiacciato dalla prevalenza attribuita al ruolo della vittima nell'economia della fattispecie.

Del resto, non si può mancare di osservare, con una considerazione di carattere più generale, che la tendenza a delineare ed enucleare statuti penali privilegiati appare sempre più indice di un particolarismo giuridico tipico della società neocorporativa post-moderna, in maniera progressiva sempre più incapace di "pensare" un diritto eguale, e perciò *generale ed astratto*.

2.3. I principi di offensività e di materialità

Come si è già osservato in precedenza, sul tema della tutela penale in materia di omofobia vanno richiamati, nei limiti contenutissimi imposti dall'oggetto del contributo e dalla pertinenza all'argomentazione, gli altri principi "penalistici" che vengono in gioco nel giudizio di razionalità ed opportunità della (invocata) scelta di criminalizzazione.

Tra questi, in primo luogo il *principio di offensività*, che impone che il fatto previsto dalla legge come reato sia necessariamente offensivo (almeno a livello di messa in pericolo) di beni giuridici afferrabili; principio che non solo rappresenta uno dei cardini di un sistema penale democratico, in quanto impone un'opzione incondizionata nei confronti di un diritto penale del fatto, alieno, dunque, da pericolose fattispecie sintomatiche di matrice autoritaria⁷⁵, ma costituisce anche, e

indiretto il paternalismo sotteso a tale statuto penale, avendo anche riguardo alla nozione restrittiva adottata da M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., p. 985, secondo il quale "in termini penalistici, la questione che si pone è se e a quali condizioni lo Stato possa servirsi della coazione, o meglio di quel peculiare strumento coattivo che è la sanzione penale (...) al fine di ottenere dai soggetti un comportamento che assicuri loro un bene o scongiuri un male: male o bene che riguardi esclusivamente e personalmente loro, non altri"; l'illustre Autore non ritiene ad esempio paternalistiche le leggi a difesa dei consumatori, trattandosi di coazioni legali introdotte *per il bene* della maggior parte delle persone, e non per imporre la salvezza ad una minoranza che la rifiuta (pp. 986-987). Per una nozione più ampia, che comprende anche la disciplina a tutela del contraente debole, S. CANESTRARI-F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., p. 168.

⁷⁵ Sottolineano questo aspetto F. MANTOVANI, *Diritto penale - P.G.*, Cedam, 1992, p. 203 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, 1982, ora in *Scritti giuridici*, vol.I, Giuffrè, 1997, p. 886 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indice pen.*, 1994, p. 276 ss.; una particolare attenzione al principio di offensività è, inoltre, prestata da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, p. 311 ss.; di recente, si veda l'ampio lavoro monografico di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, *passim*. Sia altresì consentito rinviare a G. RICCARDI, *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *Ind.pen.*, 1999, p. 711 ss.; G. RICCARDI, *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de iure condendo*, in *Ind.pen.*, 2001, p. 1113.

soprattutto, un argine garantistico nei confronti dei rischi inevitabilmente connessi all'uso del «terribile diritto»⁷⁶.

In particolare, il secondo profilo del principio di necessaria lesività appare mostrare maggiori profili di attualità e di concretezza, nella valutazione delle scelte di criminalizzazione; lungi, infatti, dal rappresentare una garanzia di tipo meramente negativo, quale principio volto soltanto ad impedire l'arbitrio prevaricatore del potere punitivo⁷⁷, il canone in esame assume, ormai, il ruolo sempre più significativo di stimolo ad un controllo contenutistico delle norme penali: ciò, del resto, rappresenta la «maturazione» di un principio che si adegua al mutato atteggiarsi di una legislazione penale «ideologicamente» democratica, spesso, tuttavia, non in grado di tradurre tecnicamente le intenzioni «liberali», anche a causa di un fenomeno ipertrofico che tende sempre più a restringere gli spazi di libertà⁷⁸.

Al riguardo, peraltro, va evidenziato che il principio di offensività può venire in rilievo su un piano c.d. legislativo, al fine di orientare la «costruzione» del sistema penale, la tipizzazione delle fattispecie di reato, e constatare la concretizzazione del canone nel momento dell'elaborazione delle fattispecie incriminatrici («canone» di politica criminale⁷⁹), ovvero su un piano applicativo (come «criterio» interpretativo⁸⁰), al fine di registrare il *quantum* di effettività, nella prassi, di un principio che, proprio in occasione della strutturazione dei reati, sconta una patologica «disattenzione» del legislatore, di matrice ideologica (ad es. molte fattispecie del codice Rocco) ovvero «strutturale» (si pensi alle frequenti normative emergenziali susseguitesi nel periodo repubblicano, sempre rivolte ad anticipazioni di tutela⁸¹), ovvero, da ultimo, quale «parametro di ragionevolezza»⁸², adoperato nella più recente giurisprudenza costituzionale nel sindacato sulle norme incriminatrici che adottano tecniche di anticipazione della tutela penale.

⁷⁶ L'espressione, coniata in tema di diritto di proprietà, è mutuata dal celebre saggio di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit.

⁷⁷ Ruolo, peraltro, svolto nel periodo immediatamente successivo all'avvento dell'ordinamento repubblicano, durante il quale la Corte Costituzionale ha provveduto ad espungere molte norme incriminatrici maggiormente «compromesse» con il regime autoritario fascista; si veda, *amplius*, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, p. 364

⁷⁸ Per tutti, vedi C.E. PALIERO, «*Minima non curat Praetor*», cit., *passim*; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Mulino, 1990, 11 ss., il quale, a proposito degli spazi di libertà compresi anche in settori tradizionalmente espressione di diritti costituzionalmente garantiti, parla di «liceità condizionata» (p.13).

⁷⁹ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 209 ss.; in argomento, sia consentito rinviare, altresì, a G. RICCARDI, *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de iure condendo*, cit., p. 1113 ss.

⁸⁰ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 245 ss.; in argomento, sia consentito rinviare, altresì, a G. RICCARDI, *I "confini mobili" del principio di offensività*, cit., p. 711 ss.

⁸¹ Sul punto, la stimolante indagine di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, II ed. ampl., 1997.

⁸² V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 279 ss.

Ebbene, ai nostri fini, nella discussione *de jure condendo* relativa alla razionalità ed all'opportunità politico-criminale della criminalizzazione delle condotte omofobiche, è evidente che il principio di offensività viene in rilievo innanzitutto nella dimensione "legislativa", di "canone di politica-criminale", con i congeniti limiti prescrittivi⁸³ connessi anche al suo carattere essenzialmente "contenutistico"⁸⁴.

Nella dimensione delle scelte di criminalizzazione (nell'*an* e nel *quomodo*), dunque, appare conforme alle direttive costituzionali costruire (o orientare) un sistema penale e le relative fattispecie incriminatrici nel rispetto dell'idea del diritto penale come strumento di tutela di beni giuridici⁸⁵.

⁸³ Il canone dell'offensività, secondo la dottrina prevalente, rappresenta, a tutt'oggi, solo un «*principio informatore*» (o di indirizzo politico) (cfr. *infra*, nota 29; in argomento, M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 28; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 351), dunque, necessariamente elastico nelle sue manifestazioni; inoltre, scontrerebbe non solo la relativa concretizzazione, sia sul piano legislativo che su quello applicativo, che è propria dei «principi», che «non obbediscono alla logica del "tutto o niente"» (M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 33), ma soffre anche l'esigua vincolatività legata alla sua valenza *non* già *prescrittiva*, bensì meramente *argomentativa*: ciò che induce alla constatazione della «sostanziale insufficienza del principio di offensività a costituire rigido parametro per un controllo asetticamente garantista della Corte (Costituzionale)» (F. PALAZZO, *Offensività*, cit., p. 383).

A proposito della distinzione tra "principi" e "regole", secondo M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 26, si può definire la *regola* come un precetto che «disciplina in modo generale e astratto fattispecie determinate, e come tale è suscettibile di essere impiegata come premessa maggiore di un sillogismo pratico, o giudiziario, dove la premessa minore è rappresentata dalla fattispecie concreta. La norma giuridica in quanto «regola» – anche i principi, in questa lettura, sono norme giuridiche, ma per l'appunto non regole – è quindi realmente idonea a supportare ragionamenti di tipo autenticamente deduttivo. Un fatto concreto, pertanto, o è conforme, oppure è difforme rispetto alla regola». Su un piano diverso si pongono, invece, i *principi*, «che non attengono mai alla disciplina diretta di fattispecie, orientando il legislatore e/o l'interprete (e il giudice) nella codificazione o rispettivamente nell'applicazione di quelle regole che altro non sono (almeno in parte) che concretizzazioni dei principi medesimi, i quali senza le regole non potrebbero attuarsi»; in argomento, cfr., inoltre, N. BOBBIO, *Principi generali di diritto* (1966), ora in *Contributi a un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 262 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 147 ss.; J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig.disc.pubbl.*, Utet, XII, 1997, p. 348.

⁸⁴ Il principio, infatti, sconta anche lo spiccato carattere contenutistico che lo informa (F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 352, a parere del quale, «rispetto agli altri principi penalistici, quello di offensività può dirsi contrassegnato da uno spiccato carattere "contenutistico"»), che, se da un lato rappresenta una "dote" positiva del principio, dall'altro ne palesa un limite: il pregio del canone si manifesta, infatti, nella sua attitudine critica nei confronti dei contenuti delle norme incriminatrici; tuttavia, proprio il carattere contenutistico del principio di offensività ne rappresenta un latente profilo di debolezza, per il deficit di prescrittività legato alla problematica individuazione del bene giuridico tutelato, necessario parametro di commisurazione dell'offensività (F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 353, secondo il quale il principio in esame «è privo di un contenuto prescrittivo realmente predeterminato al giudizio di costituzionalità da parte della Corte (Costituzionale)»: le incertezze teoriche, e quindi applicative, infatti, rappresentano inevitabilmente il corollario delle diverse matrici politico-culturali che riempiono di contenuto il 'criterio' in esame.

⁸⁵ Il principio di offensività può essere considerato come l'aspetto dinamico della teoria costituzionale del bene giuridico, funzionale alle tre "fasi" – tipizzazione (legislativa), elaborazione (dottrinale) ed interpretazione (giurisprudenziale) del reato nei termini di un fatto che lede o pone in pericolo il bene tutelato – della conformazione di un sistema penale, che deve pur sempre essere presieduto dai principi costituzionali gerarchicamente sovraordinati.

Tuttavia, per evitare forme di “aggiramento” ermeneutico, che rischiano di tradire, svuotandola, la reale portata del principio di offensività, occorre non rendere evanescenti i due parametri di riferimento, ovvero il bene giuridico e l’offesa: verso l’alto, è necessario assumere a parametro dell’offesa beni dotati di afferrabilità, anche quando si tratti di interessi superindividuali; verso il basso, occorre tipizzare le fattispecie mediante la previsione di requisiti di danno o quantomeno di pericolo concreto.

Invero, l’importanza fondamentale di una corretta concretizzazione della dimensione prescrittivo-legislativa del principio emerge sotto due profili: innanzitutto, una corretta tecnica di tipizzazione legislativa, rispettosa del principio, ed in grado di includere elementi di fattispecie connotanti l’offesa, ed evocativi di un bene giuridico afferrabile, consentirebbe di non eludere il principio sul terreno delle “manipolazioni” interpretative; quando, infatti, si assuma a parametro un bene non univocamente evocato dalla fattispecie, un bene spiritualizzato, esso sarà in grado, come un “lupo vestito da agnello”⁸⁶, di assecondare interpretazioni giurisprudenziali orientate secondo una concezione metodologica, capaci di rinvenire un’offesa anche in violazioni formali⁸⁷.

In altri termini, se non si descrive la fattispecie incriminatrice secondo canoni rispettosi del principio di offensività, si finisce per legittimare le incriminazioni del pericolo astratto, del sospetto, del mero rischio, o addirittura dell’atteggiamento interiore, in quanto “concretamente” offensive di “beni intermedi” e “strumentali”, di “funzioni” e di entità immateriali.

Sulla base delle considerazioni che precedono, dunque, va evidenziato che la rilevanza del principio di offensività nell’analisi delle scelte di criminalizzazione proposte in materia di omofobia si coglie innanzitutto nell’individuazione di un afferrabile bene giuridico tutelato – che, come si è già sottolineato, non può essere pretermesso con il richiamo *tranchant* alla dignità umana –, idoneo ad evidenziare la legittimazione dell’intervento penale, e sulla conseguente scelta di tecniche di tutela conformi, e suscettibili di un apprezzamento sotto il profilo dell’offesa.

L’assunzione della dignità umana quale bene giuridico rispetto al quale parametrare l’offesa delle fattispecie, autonome o aggravanti, proposte in materia di omofobia rischia di legittimare qualsivoglia scelta di criminalizzazione, proprio per l’ampiezza e l’elasticità semantica del concetto, e di assecondare tecniche di tipizzazione non pienamente rispettose del principio di offensività, in quanto calibrate, come si vedrà, sulla punizione (o sull’aggravamento del carico sanzionatorio) di meri atti preparatori, ovvero di condotte il cui disvalore è concentrato sull’atteggiamento interiore dell’autore (il c.d. *movente* omofobico).

In argomento, per tutti, F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricodificazione*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1996, p.74 e 82 ss.; G. FIANDACA, *L’offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, V, 2001, f.1, p.3.

⁸⁶ G. FIANDACA, *L’offensività è un principio codificabile?*, cit., p.1.

⁸⁷ Cfr., in termini altrettanto scettici, G. FIANDACA, *op.ult.cit.*, p.3.

Il pericolo è, dunque, che lo sbilanciamento delle fattispecie sulle componenti soggettive che connotano la condotta possa rivitalizzare un diritto penale sintomatico, dell'atteggiamento interiore, assecondando – come registratosi in materia di discriminazione razziale – prassi interpretative che, nell'evanescenza e nella duttilità concettuale del bene tutelato, e nella difficoltà (innanzitutto probatoria) di apprezzare le “componenti soggettive” del fatto (il *movente* omofobico), giungano a rinvenire un'offesa obliterando ermeneuticamente elementi di fattispecie insuscettibili di aggiramento ermeneutico.

Strettamente collegato al principio di offensività, del quale è presupposto, è il *principio di materialità* (art. 25 comma 2 Cost.), che consente l'incriminazione soltanto di fatti materiali, di comportamenti umani materialmente estrinsecatisi nel mondo esteriore, e dunque suscettibili di percezione sensoria⁸⁸; in tal senso connotando in termini di tendenziale incostituzionalità i reati di sospetto, i reati omissivi propri, e tutte le fattispecie a condotta neutra o lecita, caratterizzate dalla concentrazione del disvalore sui “motivi”, sull'elemento soggettivo (es. associazione sovversiva, reati di dolo specifico a condotta neutra)⁸⁹.

Ebbene, la rilevanza del principio di materialità nell'analisi delle scelte di criminalizzazione emerse in materia di omofobia si coglie in particolare in quelle disposizioni che, proponendo una fattispecie autonoma di reato, ritagliata sul paradigma dei reati di discriminazione razziale, delinea, tra le condotte punibili, il reato associativo riguardante i gruppi, movimenti, associazioni aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza fondata “sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere”, nonché le fattispecie eccessivamente sbilanciate sui “motivi” soggettivi dell'autore.

Anche nella prospettiva del principio di materialità, dunque, consistenti perplessità di ordine costituzionale si addensano sulle tecniche di tutela che, anticipando eccessivamente la soglia del penalmente rilevante, finiscono per punire l'istigazione o il mero accordo, ovvero per concentrare lo stigma penale più sulla “componente soggettiva” del fatto che sulla condotta (es. discriminazione omofobica).

2.4. La libertà di manifestazione del pensiero

Infine, nel dibattito sulle opzioni di criminalizzazione in materia di omofobia viene in rilievo la libertà di manifestare liberamente il pensiero, affermata e tutelata dall'art. 21 Cost.

⁸⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 156.

⁸⁹ Per tutti, A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, 1997, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M.Z. Anotti, p. 237; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 155 ss.

Al riguardo, infatti, il problema si pone (o ripropone) a proposito dei c.d. *hate speech*, le “parole d’odio” connotate da movente omofobico⁹⁰, e che, in talune proposte di legge, vengono criminalizzate sulla scorta del paradigma normativo della propaganda razzista (art. 3 legge Reale): nelle proposte Concia (n. 1658) e Di Pietro (n. 1882)⁹¹, infatti, tra le condotte punibili vengono introdotte l’incitazione/istigazione a delinquere per motivi fondati sull’orientamento sessuale.

Rispetto ai “crimini d’odio” (*hate crimes*)⁹², caratterizzati almeno da un principio di azione violenta, i “discorsi d’odio” (*hate speech*) individuano una soglia di tutela penale estremamente avanzata: secondo le indagini compiute nell’ambito della psicologia sociale, infatti, i *discorsi d’odio* sono strettamente connessi e necessariamente propedeutici ai *crimini d’odio*, in quanto consolidano gli stereotipi legati alle categorizzazioni sociali, partecipano alla costruzione e all’alimentazione dei pregiudizi, e influenzano in modo rilevante la percezione sociale di un determinato gruppo⁹³; il *continuum* tra discorsi d’odio e crimini d’odio, affermato anche nelle Risoluzioni del Parlamento europeo, imporrebbe dunque una tutela rafforzata mediante il ricorso alla sanzione penale.

E tuttavia “un conto è la psicologia sociale e le sue dinamiche, altro è il diritto (penale e costituzionale) e la sua logica”⁹⁴.

Il rischio di riproporre e valorizzare nuovamente il paradigma dei *reati di opinione*⁹⁵ è senz’altro concreto, anche sulla scorta dell’esperienza giurisprudenziale maturata con riferimento ai paralleli reati in materia di discriminazione razziale (legge Reale e Mancino) e su alcune fattispecie, più spiccatamente “sintomatiche”, della legge

⁹⁰ In argomento, cfr. il contributo di A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale, in questa Rivista, 15 luglio 2013](#) (in corso di pubblicazione anche in AA.VV., *Omofobia, transfobia e diritto penale*, Atti del Convegno svoltosi a Bari il 30 novembre-1 dicembre 2012).

⁹¹ Per un’utile sinossi dei progetti legislativi proposti in tema di omofobia nel corso della XVI legislatura, ai quali si farà riferimento anche nel prosieguo del saggio, si veda il *dossier* elaborato da A. ROTELLI per i lavori del Convegno di Bari già citato, *Dispensa per i partecipanti – La legge Mancino-Reale e le proposte di legge nella XVI legislatura*, in corso di pubblicazione in AA.VV., *Omofobia, transfobia e diritto penale*, cit..

⁹² Giova evidenziare la matrice criminologica del concetto di *hate crimes*, espressione descrittiva, sintetica, non denotativa, e priva di attitudine “categoriale” (per una sottolineatura dell’importanza e della natura “garantista” dei concetti “categoriali”, per tutti, G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971, *passim*; C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2003, p. 380 ss.); la precisazione appare opportuna, sul rilievo che l’origine criminologica della “categoria”, fondata sul sentimento di avversione che accomuna gli autori di differenti fatti di rilevanza penale, non può obliterare le peculiarità di un’indagine avente ad oggetto non già le *ragioni* del crimine, ma, ancor prima, l’opportunità di una potestà punitiva, in risposta al *perché* ed al *come* punire.

⁹³ In tal senso, lucidamente, A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre?, cit., p. 2, 4 ss.](#)

⁹⁴ Sul punto, efficacemente, A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre?, cit., p. 6.](#)

⁹⁵ Su cui, sempre attuale, è C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, *passim*; di recente, L. ALESANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, p. 689 ss.

Scelba (si pensi al reato di manifestazioni fasciste previsto dall'art. 5 L. 645/52⁹⁶), laddove l'equilibrio tra libera manifestazione del pensiero e dannosità sociale del "discorso" discriminatorio (razzista, omofobo, ecc.) è sempre molto fragile, e si gioca sul crinale scivoloso della rilevanza che ciascun ordinamento intende assegnare al "libero mercato delle idee"⁹⁷.

Rilevanza che connota in maniera differente il livello di democraticità dei diversi ordinamenti, che pure vantano un consolidato approccio ai problemi della convivenza multiculturale: si pensi all'esperienza statunitense, laddove la Corte Suprema ha ripetutamente censurato l'incriminazione dei discorsi d'odio (*hate speech*), ritenendoli protetti dal I emendamento⁹⁸, e comunque fonte di alimentazione del "libero mercato delle idee"; analogamente, in un ordinamento al quale non sono invece estranee l'esperienza storica del totalitarismo e dell'Olocausto – ed il connesso senso di angoscia esistenziale che fonda le affermazioni relative alla "necessità" di sancire, in certi ambiti (anche) di discussione, una sorta di "morale pubblica" – la Corte Costituzionale tedesca, con sentenza 5 maggio 2001, ha affermato, con riferimento alla libertà di manifestare di una formazione neonazista, che "un'importante garanzia contro la rinascita del nazionalsocialismo è rappresentata dal rispetto dei principi dello Stato di diritto, che mostra la sua forza proprio quando tratta i suoi nemici secondo le regole generali valide per tutti"⁹⁹.

⁹⁶ Per una eloquente applicazione della fattispecie all'esibizione del classico "saluto romano", si veda Cass.pen., sez. I, 4.3.2009 n. 24184, Saccaridi.

⁹⁷ Al riguardo, C. VISCONTI, *La propaganda razzista*, cit. p. 206 ss. . Evidenzia il rischio, insito nella (ulteriore) proliferazione di reati di opinione, che il nostro ordinamento si caratterizzi sempre più come una democrazia protetta [A. PUGIOTTO, Le parole sono pietre?, cit., p. 11](#), che sottolinea la genesi storica dei reati di opinione, introdotti non certo a tutela di minoranze svantaggiate, bensì come strumenti di repressione del dissenso politico, per difendere la razza, la religione, il sentimento nazionale maggioritari.

⁹⁸ Anche negli Stati Uniti l'elaborazione del concetto di *hate speech* è stata modulata essenzialmente sulle espressioni d'odio a contenuto razzista (*racist speech*), in ragione della connotazione spiccatamente multiculturale del paese; più recente, in concomitanza con l'emersione della corrispondente sensibilità culturale, è, invece, la discussione sui limiti all'*hate speech* a contenuto omofobo.

Sul tema specifico del rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero ed espressioni omofobe, di recente Corte Suprema USA, *Snyder vs. Phelps*, 2 marzo 2011 (562 U.S., 2011), che, con la sola *dissenting opinion* del giudice Alito, ha considerato protetta dal I Emendamento una manifestazione contro la politica di tolleranza degli Stati Uniti nei confronti dell'omosessualità, organizzata dalla Chiesa Battista di Westboro in occasione del funerale di un soldato americano morto in Iraq; emblematiche le conclusioni della Corte Suprema, secondo la quale "la manifestazione del pensiero è potente (*Speech is powerful*). Può condurre le persone all'azione, spingerle a piangere, sia di gioia sia di dolore, e – come è accaduto in questo caso – può infliggere profonda sofferenza. Con riferimento ai fatti del caso di specie, non possiamo reagire a tale sofferenza punendo chi manifesta il proprio pensiero. Come Nazione abbiamo scelto una strada differente, quella di proteggere anche l'espressione che produce fastidio o sofferenza quando riguarda questioni di interesse pubblico, per non soffocare in alcun modo il dibattito pubblico".

In argomento, E. STRADELLA, *Protezione dell'hate speech e tutela dell'espressione avente rilevanza pubblica negli Stati Uniti d'America: il caso Snyder vs. Phelps*, in *STALS Research Paper*, n. 4, 2012.

⁹⁹ *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvQ 22/01 del 5 maggio 2001, consultabile in www.bverfg.de.

In argomento, cfr. C. VISCONTI, *La propaganda razzista*, cit. p. 207, 211; M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, p. 511 ss.

Maggiormente circoscritta è, invece, la tutela della libertà d'espressione garantita dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, come noto, ha elaborato una "dottrina" che riconosce, sulla scorta del 2° comma dell'art. 10 della CEDU, una serie di "limiti" all'esercizio del diritto, che si atteggia, dunque, alla stregua di un *diritto condizionato*¹⁰⁰; una libertà delimitata da numerosi e variegati contro-interessi (sicurezza nazionale, integrità territoriale, sicurezza pubblica, difesa dell'ordine, prevenzione dei delitti, protezione della salute o della morale, protezione della reputazione o dei diritti altrui, impedimento alla divulgazione di informazioni riservate, garanzia dell'autorità e imparzialità del potere giudiziario), che possono fondare "interferenze" sull'esercizio del diritto ove abbiano una base legale e siano necessarie in una società democratica, e dunque proporzionate al fine perseguito.

Naturalmente la differente natura e funzione delle Convenzioni internazionali – quali la CEDU, predisposta innanzitutto per affermare diritti e libertà fondamentali –, e delle Carte costituzionali – che di solito esprimono orientamenti finalistici più ampi¹⁰¹ –, si riflettono sia nella "*declinazione*" *soggettiva* del riconoscimento dei diritti e delle libertà nelle Carte internazionali e nella opposta tendenziale "*declinazione*" *oggettiva* dei principi affermati dalla Costituzione¹⁰², sia nel diverso oggetto e *modus operandi* del sindacato giurisdizionale – che, nel caso della Corte di Strasburgo riguarda concrete violazioni di diritti "convenzionali", anche se mediate dal rispetto della legge nazionale, laddove, nel caso della Corte Costituzionale, riguarda censure a norme di legge, ovvero, nel caso delle Corti nazionali, anche apicali, riguarda la fondatezza delle decisioni giudiziarie e la qualificazione giuridica dei fatti¹⁰³ –.

Tali differenze "funzionali" e "strutturali", tuttavia, vivono un momento di contaminazione e mutazione, disvelate da una fase di più intensa osmosi giuridica tra diritto interno e "principi convenzionali", culminata nelle (e sancita dalle) due ormai fondamentali e storiche sentenze del 2007 della Corte Costituzionale, che ha assegnato

¹⁰⁰ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo a proposito dei limiti alla libertà di espressione, nella dottrina penalistica, E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 209 ss.

¹⁰¹ F. PALAZZO-A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv.intern. dir.uomo*, 1988, p. 31.

¹⁰² In tal senso, A. BALSAMO- A. LO PIPARO, *La prova "per sentito dire". La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 11, che sottolineano come "gli atti internazionali sui diritti dell'uomo sono principalmente focalizzati sul riconoscimento di diritti soggettivi (ad esempio: *ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza*), mentre la Costituzione non di rado si esprime, oltre che in termini finalistici, enunciando canoni oggettivi (ad esempio: *la libertà personale è inviolabile; i giudici sono soggetti soltanto alla legge*)".

¹⁰³ In tal senso, ancora, A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *La prova "per sentito dire"*, cit., p. 11-12, evidenziano che "la Corte di Strasburgo, fra l'altro, non giudica direttamente le leggi ma risponde a denunce di concrete violazioni dei diritti garantiti nella Convenzione di Roma, a prescindere dal fatto che esse discendano da comportamenti conformi o difformi rispetto alle norme, costituzionali o ordinarie, di un determinato Stato. Ciò non esclude che talvolta la censura del comportamento concreto implichi – più o meno esplicitamente – la censura ad una legge, anche se, pure in questi casi, la norma non assume un ruolo centrale nel giudizio della Corte. (...) Il controllo mira direttamente all'accertamento della conformità del procedimento penale alla Convenzione".

alle norme CEDU il rango di “fonti interposte”, di livello *sub*-costituzionale, suscettibili di essere assunte a parametro anche del sindacato di costituzionalità delle norme interne¹⁰⁴: una “svolta” che ha in qualche misura “oggettivizzato” la dimensione soggettiva dei diritti e delle libertà “convenzionali”, attribuendo una forza “paracostituzionale” vincolante anche per il legislatore, oltre che per il giudice e per la Corte Costituzionale.

E tuttavia, pur riconoscendo la dimensione sempre più prescrittiva ed “oggettiva” dei diritti “convenzionali”, nell’estensione riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non possono obliterarsi due considerazioni assorbenti ai nostri fini: innanzitutto, gli “obblighi convenzionali” non delineano “nuovi” obblighi di criminalizzazione¹⁰⁵; e, dunque, l’introduzione di “nuovi” reati di opinione non potrebbe essere giustificata dal preteso rispetto degli obblighi imposti dalla Convenzione Europea; in secondo luogo, la tutela multilivello dei diritti fondamentali (il c.d. *multilevel constitutionalism*) va conformata alla regola del *best standard*¹⁰⁶, e pertanto la libertà di espressione, sancita in termini ampi dall’art. 21 Cost., non può essere delimitata nei più angusti confini disegnati dall’art. 10, comma 2, CEDU¹⁰⁷.

Per tali assorbenti considerazioni, dunque, non può condividersi l’orientamento emerso, seppur in maniera problematica, in dottrina¹⁰⁸, che, facendo leva sulla recente equiparazione della discriminazione omofobica a quella razziale affermata dalla Corte di Strasburgo¹⁰⁹, e sulle principali legislazioni occidentali, che prevedono una

¹⁰⁴ Le sentenze del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 sono consultabili, tra l’altro, in *Cass.pen.*, 2008, p. 2253 ss., con nota di PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell’ordinamento interno*, *ivi*, p. 2296.

¹⁰⁵ Per un brillante affresco delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, di recente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, *passim* (sugli obblighi di tutela penale sovranazionali, cfr. in particolare p. 106 ss.).

¹⁰⁶ In tal senso, eloquentemente, Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317: “Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte nell’ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa (...). Il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti”.

¹⁰⁷ In tal senso, altresì, [A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., p. 17-18.](#)

¹⁰⁸ L. GOISIS, *Libertà di 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, p. 418 ss.

¹⁰⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. V, 9 febbraio 2012, *Vejdeland e altri vs. Svezia*, è pubblicata in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, p. 407, e, per esteso, con le tre diverse *concurring opinions* espresse dai componenti della Corte, [in questa Rivista, 2 marzo 2012.](#)

La sentenza della Corte di Strasburgo riguardava la condanna di quattro giovani svedesi che avevano distribuito volantini dal contenuto omofobo (per la definizione dell’omosessualità come “tendenza sessuale deviante”, avente un “effetto moralmente distruttivo sulla sostanza della società”, e responsabile della diffusione dell’AIDS) all’interno di una scuola superiore; la Corte, pur non ritenendo integrata una incitazione all’odio, ha affermato la legittimità della condanna pronunciata sulla base della legislazione nazionale, ritenendola una “interferenza” legittima e proporzionata (anche in ragione della natura

disciplina penale in tema di omofobia¹¹⁰, sembra non escludere una criminalizzazione dell'*hate speech* dal contenuto omofobo anche in Italia, in un'ottica di bilanciamento tra libertà di espressione e tutela di identità collettive¹¹¹.

Del resto, oltre ai rilievi già evidenziati in precedenza, l'ostacolo rappresentato dal principio di offensività¹¹² appare un baluardo difficilmente aggirabile anche con l'invocazione dei principi (o "obblighi") "convenzionali", ove si consideri che l'offensività, nel sistema costituzionale italiano, rappresenta un *unicum* nel panorama costituzionale europeo¹¹³: un limite, dunque, che altre legislazioni nazionali non rinvennero nei rispettivi tessuti costituzionali, suscettibili, sotto tale profilo, di fondare una base legale idonea ad "interferire" sulla libertà di espressione, sottoponibile al sindacato della Corte di Strasburgo.

In ogni caso, al di là della prospettiva comparatistica e "convenzionale", il nucleo del problema risiede nell'ammissibilità di una tutela penale di "sensibilità collettive", e nell'ammissibilità di limiti alla libertà di espressione in ragione di tale tutela¹¹⁴.

pecuniaria delle pene concretamente inflitte) alla libertà di espressione, "necessaria in una società democratica" per la protezione della reputazione e dei diritti del gruppo omosessuale.

Al riguardo, L. GOISIS, *Libertà di espressione e odio omofobico*, cit., p. 419, cui si rinvia per un commento completo alla decisione, anche nell'approccio meno "timido" propugnato in alcune *concurring opinions*, sottolinea che per la prima volta la Corte applica i principi del discorso offensivo contro determinati gruppi sociali al "gruppo", identificato in base all'identità sessuale, degli omosessuali; al pari dei crimini d'odio razziale, dunque, la Corte di Strasburgo, evidenziando la vulnerabilità degli omosessuali come gruppo, afferma che anche i crimini d'odio omofobico possono essere contrastati tramite il ricorso al diritto penale.

¹¹⁰ Tra tali legislazioni non può ritenersi annoverata la Germania, che al § 130 *StGB* punisce il disturbo alla pace pubblica, mediante odio o violenza nei confronti di una parte della popolazione ("*gegen Teile der Bevölkerung*"); la norma, nel cui ambito di operatività si ritiene possa rientrare anche la violenza omofobica, è di carattere generale, e non contiene alcun riferimento al movente omofobico della condotta. *Contra*, L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici, in questa Rivista, 16 novembre 2012*, che sembra annoverare anche l'ordinamento tedesco tra quelli che, a differenza di quello italiano, prevedono una disciplina espressa dell'omofobia.

¹¹¹ L. GOISIS, *Libertà di espressione e odio omofobico*, cit., p. 439 ss.: "(...) ci pare indubitabile che, in un'ottica di conflitto tra beni, non si possa non tener conto che sulla bilancia fra libertà d'espressione e tutela di identità collettive pesano altri principi di rango superiore: in primo luogo il *principio di uguaglianza* e della *uguale dignità* di tutti gli esseri umani, principio che non ammette discriminazioni basate sull'identità collettiva, sia essa razziale o per orientamento sessuale. (...) l'incitamento all'odio porta con sé spesso l'accoglimento dell'istigazione, con conseguente compimento di condotte violente che "l'incriminazione dell'odio" potrebbe prevenire".

¹¹² Secondo L. GOISIS, *Libertà di espressione e odio omofobico*, cit., p. 438 ss., il profilo di contrasto con il principio di offensività è "di più difficile risoluzione", trattandosi di "una incompatibilità difficilmente superabile, se non forse accedendo alla tesi, talora accolta dalla Corte Costituzionale, di una ricostruzione di tali reati in termini di reati di pericolo concreto (implicito)" (p. 440).

¹¹³ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 1, registra che l'offensività è "un prodotto concettuale tipicamente riferibile all'elaborazione penalistica italiana".

¹¹⁴ Nega la legittimità di limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, in un contributo breve quanto efficace, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?, cit., p. 13 ss.*: in tal senso, evidenziandone la natura *individualistica*, esclude rilevanza a pretesi "limiti", *impliciti* (ordine pubblico ideale, uguaglianza,

Sia nella declinazione in termini di fattispecie autonoma di reato (incitamento o istigazione alla discriminazione per motivi omofobici), sia nella declinazione in termini di circostanza aggravante (offese verbali aggravate dal movente omofobico), ciò che si pretende di sanzionare (ulteriormente, nel caso dell'aggravante) è l'offesa alla dignità umana¹¹⁵, ad esempio, degli omosessuali (o dei transessuali, ecc.); ma se un'ingiuria o una diffamazione rappresentano forme di aggressione alla dignità *individuale* di una persona, l'aggravamento del trattamento sanzionatorio (o addirittura l'enucleazione di fattispecie autonome) finisce per punire la lesione di una *dignità collettiva, rectius* di una dignità relativa all'appartenenza ad una collettività¹¹⁶; un oggetto di tutela senz'altro maggiormente sfuggente e impalpabile, una somma di un insieme indeterminato di sensibilità individuali – che quasi rievoca quel concetto sfuggente, ma sempre più di uso comune, anche nel discorso pubblico, di “opinione pubblica”, intesa come media ponderata delle opinioni private di campioni rappresentativi della società¹¹⁷ –, rispetto al quale l'offesa assume la struttura di un'*offesa indiretta a dignità individuali*¹¹⁸, in tal modo connotando la fattispecie penale in termini di reato di *pericolo indiretto*.

2.5. “Presupposti” costituzionali, legge penale e omofobia

Sulla base di tali “presupposti” costituzionali, dunque, dovrebbe essere sviluppato un consapevole “discorso pubblico”, e, all'esito, eventualmente, una normativa (non necessariamente penale) per il contrasto al *fenomeno* omofobico, presidiati dai fondamentali principi, sanciti dalla Costituzione, di dignità della persona umana (artt. 2 e 3 Cost.), di libertà ed autodeterminazione della persona e di inviolabilità della vita (artt. 2, 3, 13 e 21 Cost.), di laicità e non confessionalità dello Stato (artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost.).

Laddove, peraltro, si giungesse anche all'attivazione dello strumento penale, per la repressione di *condotte* omofobiche, dovrebbe essere dato adeguato rilievo anche ai principi, più strettamente penalistici, di sussidiarietà del diritto penale e di materialità e necessaria offensività del fatto, con la conseguenza dell'illegittimità, oltrechè dell'inopportunità (politica, giuridica ed etica), di sanzioni penali per condotte non connotate da dannosità sociale, magari oggetto di penalizzazione a causa di meri

dignità umana, obblighi internazionali pattizi) o *logici* (la manifestazione del pensiero non è più tutelabile quando si risolve in un principio di azione), della libertà di espressione.

¹¹⁵ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., p. 15 rileva che punire una manifestazione di pensiero in nome della tutela della dignità umana introduce un “cortocircuito”, perché “anche l'esercizio della libertà d'opinione (che si vorrebbe limitare) è essa stessa esplicitazione della dignità umana *individuale* della persona concretamente accusata di diffondere discorsi d'odio in contrasto con un'idea *collettiva* di dignità umana”.

¹¹⁶ A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., p. 714.

¹¹⁷ Per una critica all'abuso di tale concetto, la cui inconsistenza, anche statistica e sociologica, è pari alla versatilità argomentativa, sia consentito rinviare a G. RICCARDI, *Il sottinteso sapiente. Riflessioni sui rapporti tra sovranità e giurisdizione*, in *Critica del diritto*, 2006, p. 130.

¹¹⁸ A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., p. 714.

“sentimenti” di disapprovazione e biasimo, e, quindi, di valutazioni di immoralità, declinate sul paradigma dell’offesa alla “dignità umana”¹¹⁹.

3. “Possibilità” dell’intervento penale nel contrasto all’omofobia

Le “possibilità” tecniche di un intervento penale nel contrasto all’omofobia, come è noto, possono ricondursi a due categorie: l’introduzione di una fattispecie autonoma di reato e (in alternativa, ovvero, in alcune proposte, anche in aggiunta) l’introduzione di una circostanza aggravante.

Queste, del resto, sono state, nelle diverse combinazioni (solo fattispecie autonoma, solo circostanza aggravante, o entrambe), le opzioni di criminalizzazione registratesi in altri Paesi europei (Regno Unito, Francia, Belgio, Germania, Spagna, Ungheria) e negli Stati Uniti¹²⁰.

3.1. Il c.d. reato di omofobia

Dall’esame dei lavori parlamentari della XVI legislatura emerge che il primo modello di incriminazione è stato individuato proprio nell’introduzione di una fattispecie autonoma di reato, gemmata sul paradigma delle fattispecie in materia di discriminazione razziale (art. 3 L. 654/75, come modificata dalla legge Mancino n. 205/93).

In particolare, la novella avrebbe dovuto operare mediante estensione delle condotte criminose discriminatorie già previste dall’art. 3 della legge Reale ai “*motivi ... fondati sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere*”¹²¹, ovvero ai “*motivi ... fondati sull’omofobia o sulla transfobia*”¹²².

Trattandosi della normativa assunta a paradigma dei principali progetti di penalizzazione, giova al riguardo evidenziare alcuni connotati della tutela penale

¹¹⁹ Cfr. richiami alla nota 59.

¹²⁰ Per un quadro comparatistico, [L. GOISIS, Omofobia e diritto penale: profili comparatistici, cit., p. 12.](#)

¹²¹ Proposte di legge n. 1658 (Concia) e n. 1882 (Di Pietro) presentate nel primo *iter* legislativo; la n. 1882 è stata presentata anche nel secondo *iter* legislativo, mentre la proposta Concia è stata riproposta nel corso del terzo *iter* legislativo (n. 4631).

Analoga soluzione era stata già proposta nel corso della XIV legislatura: la proposta di legge n. 2755, presentata il 15 maggio 2002 da Grillini e altri, prevedeva infatti all’art. 2, la cui rubrica era “Delitti motivati dall’odio”, un’estensione dell’art. 3 legge Mancino ai motivi “relativi all’orientamento sessuale o all’identità di genere”.

¹²² Proposta di legge n. 2807 (Di Pietro) presentata nel secondo e nel terzo *iter* legislativo.

Va al riguardo evidenziato che le proposte di legge presentate dall’on. Di Pietro prevedevano anche il ripristino delle condotte di “diffusione” di idee razziste e di “incitamento” alla discriminazione, anziché, rispettivamente, di “propaganda” e “istigazione”, secondo la novella apportata all’originario testo dalla legge n. 24 febbraio 2006 n. 85 sui c.d. reati di opinione.

apprestata in tema di discriminazioni razziali, per la mutuabilità di talune considerazioni critiche e delle prassi giurisprudenziali formatesi al riguardo.

Invero, l'apparato repressivo nei confronti degli *hate crimes* è costituito da ben sette fattispecie, di differente consistenza e disvalore, previste nei commi 1 e 3 dell'art. 3 della legge 654/75: 1) propaganda razzista; 2) istigazione a commettere atti di discriminazione razziale; 3) atti di discriminazione razziale; 4) istigazione alla violenza razzista; 5) violenza razzista; 6) provocazione alla violenza razzista; 7) associazione razzista.

Nel decreto Mancino (L. 205/93, art. 3) è poi contenuta l'aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale, ovvero del fine di agevolazione di attività di associazioni discriminatorie razziali.

Per evidente connessione va al riguardo richiamata anche la normativa penale che vieta la ricostituzione del partito fascista (legge Scelba, n. 645/52), che prevede tre fattispecie: associazioni fasciste (art. 2), apologia e propaganda fascista (art. 4), e manifestazioni fasciste (art. 5).

Ebbene, l'estensione di tali fattispecie alle condotte a connotazione omofobica mediante la cristallizzazione normativa del *movente* – ad esclusione delle condotte di propaganda/diffusione, che, dal tenore letterale, sembrano riferite esclusivamente alle “*idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico*”¹²³ – pone (o ripropone) innanzitutto i problemi, di tecnica legislativa e di legittimità costituzionale, già sollevati con riferimento alle fattispecie di discriminazione razziale¹²⁴.

In primo luogo, ciò che emerge con evidenza è il profilo di irragionevolezza dell'equiparazione *quoad poenam* di condotte criminose di differente disvalore: prescindendo in questa sede dalla “propaganda”, che sembra non essere richiamata a proposito del *movente omofobico*, la norma proposta equipara le condotte di *istigazione* a commettere atti di discriminazione e di *commissione di atti di discriminazione*: una equiparazione normativa e sanzionatoria di due condotte – l'una meramente preparatoria, e l'altra esecutiva – che evidentemente viola clamorosamente qualsiasi profilo del principio di ragionevolezza¹²⁵.

Al riguardo, la prevedibile obiezione relativa alla possibilità di un differente trattamento sanzionatorio da applicare in sede di *commisurazione concreta della pena*, nell'ambito dei limiti edittali, non appare risolutiva, ove si consideri che il giudizio di ragionevolezza di una norma penale, ed anche del trattamento sanzionatorio previsto, va operato sulla *fattispecie astratta*, e non già sul *fatto concreto*.

¹²³ “... è punito con la reclusione fino a tre anni chiunque, in qualsiasi modo, diffonde idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi o fondati sull'omofobia o sulla transfobia” (proposta n. 2807, Di Pietro).

¹²⁴ Per una serrata critica alla normativa in materia di discriminazioni razziali, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 99 ss., che parla di “*evergreen repressivo*” del modello dei delitti di opinione; L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit.dir.*, 1994, p. 14 ss., che sottolinea la natura essenzialmente simbolica della normativa.

¹²⁵ Per analoghe considerazioni a proposito della normativa in materia di discriminazioni razziali, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 105.

Del resto, le aperture della Corte Costituzionale al sindacato di ragionevolezza (anche) sul trattamento sanzionatorio¹²⁶ privano di attualità le argomentazioni contenute nella sentenza 144/1974 sull'equiparazione tentativo-consumazione nel reato di contrabbando doganale, la cui ragionevolezza, peraltro, oltrechè sulla ritenuta insindacabilità delle scelte politico-criminali del legislatore, venne apprezzata sulla base di una pretesa peculiarità della condotta criminosa, connotata da una "sequenza più o meno complessa di insidie e manovre tendenti a realizzare quei movimenti della merce che ne consentono l'inoltro al di là della linea di confine in violazione degli obblighi fiscali"¹²⁷; peculiarità che certamente non appare riscontrabile nella sequenza istigazione-consumazione.

Atteggiamento di *self-restraint* che, pur con qualche incertezza talora emersa anche nella giurisprudenza costituzionale più recente¹²⁸, sembra essere stato abbandonato dalla Corte Costituzionale, a partire dalla "marcia" inaugurata dalla sentenza n. 26 del 1979 in tema di irragionevolezza dell'equiparazione a fini sanzionatori dell'insubordinazione consistita nell'omicidio volontario a quella consistita nel tentato omicidio (art. 186, 1° co, c.p.m.p.)¹²⁹.

In secondo luogo, la condotta di *istigazione* viene punita, quale fattispecie di reato consumato, anche se non accolta, in deroga alla regola generale, sancita dal

¹²⁶ Sul controllo di ragionevolezza in materia penale, senza pretesa di completezza, G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 264 ss.; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, p. 35 ss.; O. DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. "A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995, p. 159 ss.; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, p. 343 ss. e 944 ss.; A.M. MAUGERI, *Il sospetto di reati. Profili costituzionali e prospettive attuali*, Milano, 2003, spec. p. 125 ss.; con riferimento all'utilizzo del principio di offensività quale parametro del controllo di ragionevolezza, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quaranta anni della Corte costituzionale*, a cura di Giostra-Insolera, Milano, 1998, p. 74 (ora anche in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, p. 350 ss.); V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 218-235, 279 ss.; ampiamente, ancora V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, p. 739 ss.

Sia consentito, altresì, rinviare a G. RICCARDI, *Il "pendolarismo" della Corte Costituzionale nel sindacato di ragionevolezza: a proposito dell'irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell'immigrazione*, in *Crit.dir.*, 2007, p. 48 ss. (nota a Corte Cost., sent. n. 22/2007); nonché a G. RICCARDI, *La Corte Costituzionale e l'insostenibile 'elasticità' della prescrizione*, in *Crit.dir.*, 2007, p. 289 ss. (nota a Corte Cost., sent. n. 393/2006).

¹²⁷ Corte Cost., 14 maggio 1974, n. 144.

¹²⁸ Ad es. in Corte Cost., sent. 22/2007, in materia di immigrazione, sui cui, *si placet*, si rinvia a G. RICCARDI, *Il "pendolarismo" della Corte Costituzionale nel sindacato di ragionevolezza*, cit., p. 52 ss (spec. p. 56).

¹²⁹ Corte cost., 5-25 maggio 1979 n. 26, in *Giur. Cost.*, 1979, p. 288 ss., con nota di R. VENDITTI, *In materia di reato militare di insubordinazione*; a questa pronuncia, G. INSOLERA, *Principio di uguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, cit., p. 272, attribuisce il significato di "svolta" nel controllo di ragionevolezza in materia penale, laddove la Corte esplicitamente prende posizione sulle scelte di valore del legislatore, aprendo la strada ad un sindacato sia sui livelli della risposta sanzionatoria, sia sulle stesse scelte incriminatrici (sentenza n. 519 del 1995).

codice penale, che prevede la non punibilità dell'istigazione non accolta, ovvero accolta, ma non seguita dalla commissione del reato (art. 115 c.p.)¹³⁰.

Inoltre, anche il reato associativo previsto al 3° comma dell'art. 3, che verrebbe esteso alla discriminazione o violenza "omofobica", oltre alle ricorrenti perplessità in relazione al rispetto del principio di offensività, si esporrebbe ad una analoga censura: invero, la criminalizzazione dell'associazione – strutturalmente connotata non solo dalla pluralità di persone, ma anche dalla *stabilità* organizzativa del vincolo – viene estesa, oltre che alle "organizzazioni", anche ai "movimenti" ed ai "gruppi"; l'opzione semantica del legislatore, che non può essere liquidata con un giudizio di mera "incontinenza" linguistica, in quanto le regole dell'ermeneutica impongono di attribuire sempre un *significato* al segno linguistico contenuto in una norma, appare dunque ispirata all'intento di criminalizzare, alla stregua dell'associazione, o ipotesi semplici di *concorso di persone*, o, addirittura, il *mero accordo*; in tale ultimo caso, la fattispecie risulterebbe derogatoria rispetto alla disciplina sancita dall'art. 115 c.p., a proposito della non punibilità del mero accordo per commettere un reato.

Ebbene, se si considera che il codice Rocco, certamente non celebre per la mitezza delle previsioni, sancisce l'irrilevanza dell'istigazione o del mero accordo (art. 115 c.p.), in tal senso connotando in termini *oggettivi* il fondamento della punibilità nel nostro ordinamento, si coglie *a contrario* l'esasperata anticipazione della soglia di rilevanza penale introdotta con le deroghe al principio sancito dall'art. 115 c.p.

Invero, l'istigazione ed il mero accordo rappresentano meri *atti preparatori*, che, in un diritto penale del fatto, non sono suscettibili di criminalizzazione; la punizione della mera *ideazione* rischia di violare il principio di materialità (*cogitationis poenam nemo patitur*)¹³¹, e di accreditare un diritto penale sintomatico, dell'atteggiamento interiore¹³², nel solco di esperienze ordinamentali certamente non democratiche; del resto, il rigore repressivo del codice Rocco – in tal caso "scavalcato" dalla legislazione repubblicana – si coglie proprio nell'esigenza avvertita nel 1930, in pieno regime fascista, di sancire non tanto la non punibilità degli atti preparatori (istigazione, accordo, tentativo inidoneo, ecc.), quanto nella necessità di un'espressa previsione dell'applicabilità di una misura di sicurezza, pur in mancanza della realizzazione di un fatto costituente

¹³⁰ Ancora in tema di discriminazione razziale, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 105. In generale, sul tema dell'istigazione, di recente, F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, ESI, Napoli, 2004, *passim*.

¹³¹ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, p. 586.

Per un eloquente esemplificazione delle "derive giurisprudenziali" alle quali rischia di condurre la strumentalizzazione delle forme di autorità o concorso "psichico" a fini di repressione del dissenso ideologico, cfr. F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., p. 120 ss. (significativa, al riguardo, la criminalizzazione, in termini di apologia del delitto di attentato terroristico, della realizzazione di un monumento in memoria dell'anarchico Gaetano Bresci, oggetto di pronunce giurisprudenziali negli anni 90).

¹³² E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, *passim*; a proposito del *Gesinnungsstrafrecht*, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 66 ss. (nonché p. 28 ss.).

reato¹³³; misura di sicurezza che, proprio nell’ottica del legislatore fascista, intendeva reprimere (anche) le condotte meramente sintomatiche.

Secondo la previsione contenuta nell’art. 3 della legge Reale, invece, l’attività di “gruppi” e “movimenti”, privi dei requisiti di stabilità organizzativa delle associazioni, nonché l’istigazione e l’accordo, sarebbero sanzionati con la pena detentiva, in deroga all’art. 115 c.p. ed al principio di irrilevanza delle c.d. attività preparatorie¹³⁴, e con una evidente anticipazione dell’intervento penale.

Vanno infine evidenziate alcune perplessità nascenti dalla formulazione di taluni elementi di fattispecie; il riferimento è alle frizioni con il principio di determinatezza¹³⁵ dell’estensione normativa attribuita (in particolare) alla condotta istigatoria dall’espressione “*in qualsiasi modo*”: anche in tal caso, come, prima della novella apportata dalla legge Mancino alla condotta di “diffusione”¹³⁶, l’impiego generalizzante dell’espressione modale rischia di fondare la criminalizzazione di qualsiasi manifestazione di pensiero che contenga giudizi critici discriminatori su un orientamento sessuale – si pensi ad alcune espressioni della dottrina cattolica¹³⁷ o di personalità politiche anche con ruoli istituzionali¹³⁸ –, e che, nonostante la discutibilità, siano culturalmente e storicamente valutabili, e comunque non aprioristicamente “censurabili” con la sanzione penale¹³⁹.

Del resto, come si è già evidenziato, il rischio è anche quello di criminalizzare, in tal modo, espressioni del pensiero che, per quanto odiose e spregevoli manifestazioni di intolleranza (*hate speech*), rientrano nei confini della libertà di manifestazione del pensiero¹⁴⁰, soprattutto allorquando prive di profili di dannosità sociale empiricamente percepibili, e processualmente apprezzabili; al contrario, un ordinamento solido dovrebbe essere in grado di affrontare il fenomeno sul piano innanzitutto culturale, delegittimando e falsificando le espressioni di odio, e

¹³³ In tal senso, lucidamente, C. FIORE -S. FIORE, *Diritto penale – P.G.*, Torino, 2008, p. 506 nt. 5.

¹³⁴ B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Napoli, 1955, p. 81; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, p. 20 ss.

¹³⁵ Sul principio di determinatezza, per tutti, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, *passim*; S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001 (pp.44-46 per riferimenti specifici alla normativa in materia di discriminazione razziale).

¹³⁶ Su cui si veda, ancora, la lucida riflessione di S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 104-105.

¹³⁷ Cfr., al riguardo, le parole adoperate da un Tribunale ecclesiastico e da un illustre cardinale, richiamate da E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 24-25.

¹³⁸ Per riferimenti, ancora, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 24-25.

¹³⁹ Sottolinea il rischio che la criminalizzazione delle manifestazioni di odio, sotto forma di discorsi discriminatori, giustificata con il richiamo al principio di uguaglianza ed al connesso divieto di discriminazioni sanciti dall’art. 3 Cost., attribuisca rilevanza penale anche ad innocue e frequenti affermazioni banalmente denigratorie [A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., p. 14-15.](#)

¹⁴⁰ Al riguardo, cfr. *infra* § 2.4.

mantenendo un atteggiamento di *tolleranza verso gli intolleranti* in grado anche di non assecondare processi di c.d. vittimizzazione degli autori¹⁴¹.

Qualche perplessità sotto il profilo del rigoroso rispetto del principio di determinatezza si addensa, in verità, anche sulla nozione di “*atti di discriminazione*”: un elemento normativo fondamentale nell’economia della fattispecie, essendo sia oggetto dell’istigazione sia della condotta consumata.

Ebbene, nonostante l’apparente immediata percepibilità “naturalistica” della discriminazione, la nozione assume invece un pregnante carattere *normativo*, che, oltre a nutrirsi dei contenuti provenienti da diversi settori extrapenali (giuridico, storico, sociale, culturale, ecc.), si può rivelare segno linguistico polisenso e, dunque, di consistenza variabile, quando non sfuggente; a maggior ragione allorquando la condotta discriminatoria – che dovrebbe connotare il disvalore d’evento della fattispecie – è in realtà qualificato da un *movente omofobico* – che dovrebbe connotare il maggior disvalore d’azione della condotta –, sulla cui consistenza pure si sono espresse riserve, sia in ordine alla latitudine concettuale, sia in ordine alla scarsa afferrabilità probatoria di una “componente soggettiva” appartenente al foro interno del soggetto.

Invero, il concetto di *discriminazione* – così come quello di *odio*, anch’esso ricorrente a proposito degli *hate crimes*, e che già di per sé è privo di una connotazione fattuale, consistendo in un “sentimento” di avversione e rifiuto – è delimitato da un linguaggio tipicamente *connotativo*, e non già *denotativo*, le cui prestazioni definitorie sono inevitabilmente non univoche; anche per le fattispecie in materia di omofobia, dunque, l’enucleazione di elementi normativi, valutativi, normativamente ricognitivi (non già empiricamente cognitivi), è preponderante, a scapito degli elementi descrittivi, che dovrebbero denotare i “fatti” oggetto di prova; e la valutatività delle fattispecie certamente favorisce la valutatività delle decisioni del giudice¹⁴².

Esistono, in verità, molteplici definizioni di discriminazione¹⁴³, ed il problema si complica ulteriormente allorquando la “discriminazione” non rappresenta il fondamento punitivo della fattispecie (come nell’art. 3 comma 1 lett. a): “*per motivi razziali*”), il fatto-reato che esprime il disvalore di evento, bensì la *ragione del crimine*: è il caso dell’aggravante prevista dall’art. 3 della legge Mancino, laddove l’aumento di pena è previsto per i reati commessi “*per finalità di discriminazione*”.

In tal caso, la discriminazione, che può essere in via di approssimazione definita come differenza di trattamento arbitraria o irragionevole, connota non già il *movente*,

¹⁴¹ Quella che [A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., p. 18](#), definisce la “trappola del vittimismo” di chi fa discorsi di odio: “è quell’eterogenesi dei fini che trasforma gli omofobi (ma anche gli xenofobi, i negazionisti, i razzisti) in martiri della libertà di pensiero”.

¹⁴² Sull’importanza della *lingua* (intesa come regola del linguaggio) “legale” e del *linguaggio* (inteso come uso concreto della lingua) “giudiziario”, e di una corretta distinzione tra denotazione e connotazione, ai fini del rispetto della determinatezza delle fattispecie penali e di una conseguente verificabilità delle decisioni giudiziarie, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, II ed., 1990, pp. 29, 59, 113, 185.

¹⁴³ Per un quadro sulle diverse dimensioni della ‘discriminazione’, soprattutto nell’ottica criminologica, [L. GOISIS, *Giustizia penale e discriminazione razziale. Il soggetto “altro” dinanzi al diritto penale e alla criminologia. Atto I: il contributo della criminologia, in questa Rivista, 19 ottobre 2012.*](#)

come nella fattispecie autonoma, bensì il *finalismo* della condotta illecita, approfondendo il disvalore d'azione della fattispecie.

La giurisprudenza formatasi sul reato "gemello" (rispetto al progettato reato di "omofobia"), o sull'aggravante, di discriminazione razziale, appare eloquente al riguardo, manifestando una incertezza nella delimitazione del penalmente rilevante, condizionata anche dal "*dato culturale*" che connota la nozione¹⁴⁴.

Al riguardo, peraltro, merita di essere sottolineata la contenuta applicazione della fattispecie autonoma di *discriminazione*, sostanzialmente limitata ai casi di rifiuto di somministrazioni alimentari a cittadini extracomunitari¹⁴⁵.

Probabilmente un contributo ad una maggiore determinatezza della fattispecie, anche nell'ottica di una applicazione meno rapsodica e "orientata verso il basso", potrebbe provenire dall'approccio comparatistico¹⁴⁶, ed in particolare dalla previsione del codice penale francese¹⁴⁷, che, all'art. 225, fornisce una definizione di discriminazione¹⁴⁸, che, per quanto connotata dal discutibile metodo casistico, almeno assolve a quella funzione di orientamento dei cittadini che la Corte Costituzionale ha definito come la garanzia di "*libere scelte d'azione*"¹⁴⁹.

3.2. L'aggravante dell'omofobia

¹⁴⁴ Cass.pen., sez. V, 20.1.2006 n. 9381, Gregorat, che ha affermato ricorrere l'aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale nell'espressione ingiuriosa "sporca negra", sul rilievo determinante assegnato non già alla "mozione soggettiva dell'agente", bensì all' 'oggettiva' "accezione corrente" dell'espressione, legata "ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza (...) *parametrato al dato culturale che lo connota*".

In dottrina, S. D'AMATO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, razziale o religioso*, in *Critica del diritto*, 2006, p. 384 ss.

¹⁴⁵ Nella giurisprudenza di legittimità si rinvencono soltanto due casi, peraltro nei confronti del medesimo autore, nei quali è stata affermata la sussistenza del reato di commissione di atti discriminatori per motivi razziali con riferimento alla condotta del gestore del bar che si rifiuti ripetutamente di servire le consumazioni richieste da avventori extracomunitari, ove il rifiuto stesso sia caratterizzato dall'aspetto discriminatorio, e dall'arbitrarietà della condotta, non giustificata da alcun comportamento scorretto; in tal senso, Cass.pen., sez. III, 11.10.2006 n. 37733, Zerman; Cass.pen., sez. III, 5.12.2005 n. 46783, Zerman.

¹⁴⁶ Per una panoramica sulle legislazioni europee e di tradizione *common law*, [L. GOISIS, Omofobia e diritto penale: profili comparatistici, cit.](#)

¹⁴⁷ Per tale rilievo, cfr. altresì E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 29.

¹⁴⁸ L'art. 225 stabilisce che "costituisce una discriminazione ogni distinzione operata tra persone fisiche in ragione (...), del loro orientamento sessuale", e, al 2° comma, elenca una serie di situazioni discriminatorie, come: rifiutare di fornire un bene o servizio; ostacolare il normale esercizio di un'attività economica; rifiutare di assumere, sanzionare o licenziare una persona; subordinare la prestazione di un bene o servizio, di un impiego, di una domanda di tirocinio o un periodo di formazione a condizioni relative al sesso o all'orientamento sessuale della persona.

¹⁴⁹ Corte Cost., n. 364/1988, rel. R. Dell'Andro, in *Foro it.*, 1988, I, 1385, con nota di G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88, ivi*; nonché in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, p. 686, con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*.

Meno carica di attitudine simbolica appare invece l'introduzione di un'aggravante per le condotte connotate da omofobia; soluzione avanzata in diverse proposte di legge, seppur con formulazioni differenti, al fine di superare le perplessità connesse all'introduzione di una fattispecie autonoma.

In particolare, la novella contenuta nelle proposte di legge dovrebbe operare o mediante estensione dell'*aggravante speciale* di cui all'art. 3 legge Mancino ai "*motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia*"¹⁵⁰, o mediante introduzione di *due aggravanti speciali* applicabili soltanto ai delitti contro la persona "*in ragione della omosessualità o transessualità della persona offesa*"¹⁵¹, ovvero, ancora, mediante introduzione di una nuova *aggravante comune*, inserita nel testo dell'art. 61 c.p.

In questa terza opzione, le formulazioni proposte sono state di diverso tenore: nel primo *iter* legislativo, infatti, l'aggravante è stata prevista per il fatto commesso "*per finalità di discriminazione per motivi inerenti all'orientamento sessuale o all'identità di genere della persona offesa dal reato*"¹⁵²; aggravante comune applicabile, in una versione, a tutti i reati, in una seconda versione limitata invece ai soli reati contro la persona, ad esclusione di quelli contro l'onore, e contro il patrimonio¹⁵³, ed in una terza versione, poi approvata dalla Commissione Giustizia, limitata ai soli reati contro la persona, ad esclusione di quelli contro l'onore ed anche dei reati contro il patrimonio, e con l'eliminazione del riferimento all' "*identità di genere*", per le obiezioni di indeterminazione calamitate dall'espressione¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Proposta di legge n. 2807 (Di Pietro), che oltre ad introdurre il c.d. reato di omofobia, mediante novella dell'art. 3 legge Reale, introduce anche l'aggravante dell'omofobia, mediante novella dell'art. 3 Legge Mancino: "art. 3: Per i reati puniti con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per motivi di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso o per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia, (...) la pena è aumentata fino alla metà".

¹⁵¹ Testo unificato (Concia) presentato nel corso del 2° *iter* legislativo, il cui esame è stato sospeso in seguito all'approvazione di tre pregiudiziali di costituzionalità: "art. 599 *bis*: La pena è aumentata quando i delitti di cui ai capi I e II sono commessi *in ragione della omosessualità o transessualità della persona offesa*"; "art. 615 *sexies*: La pena è aumentata quando i delitti di cui alle sezioni I, II, III e IV sono commessi *in ragione della omosessualità o transessualità della persona offesa*"; secondo tale proposta, le aggravanti sarebbero state sottratte al giudizio di bilanciamento disciplinato dall'art. 69 c.p.

¹⁵² Testo unificato (Concia) presentato nel corso del 1° *iter* legislativo: "art. 61 comma 1 n. 11 *ter*: L'aver commesso il fatto *per finalità di discriminazione per motivi inerenti all'orientamento sessuale o all'identità di genere della persona offesa dal reato*"; secondo tale proposta, l'aggravante sarebbe stata sottratta al giudizio di bilanciamento disciplinato dall'art. 69 c.p.

¹⁵³ 2° testo unificato (Concia) presentato nel corso del 1° *iter* legislativo: "art. 61 comma 1 n. 11 *quater*: L'aver, nei delitti contro la vita e l'incolumità individuale, nei delitti contro la libertà individuale ovvero nei delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone, commesso il fatto *per finalità di discriminazione per motivi inerenti all'orientamento sessuale o all'identità di genere della persona offesa dal reato*".

¹⁵⁴ 3° testo unificato (Concia) presentato nel corso del 1° *iter* legislativo, approvato dalla Commissione Giustizia, ed infine respinto per l'accoglimento della pregiudiziale di costituzionalità sollevata: "art. 61 comma 1 n. 11 *quater*: L'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la personalità individuale e contro la libertà morale, commesso il fatto *per finalità inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato*".

Ancora diversa la formulazione proposta nel corso del secondo *iter* legislativo, allorché l'aggravante è stata incentrata non più sulla *finalità*, bensì sui "*motivi di omofobia e transfobia*"¹⁵⁵.

Dal susseguirsi di formulazioni legislative, nonché dal dibattito parlamentare, emerge l'impressione di un progressivo "avvitamento" verso la ricerca di espressioni quanto più immuni rispetto alle obiezioni di costituzionalità progressivamente sollevate, che, nel tentativo di delimitare l'ambito di applicabilità dell'aggravante, si risolvevano in circonlocuzioni talvolta involute, prive della necessaria dose di chiarezza che dovrebbe connotare i testi normativi (si pensi al fatto commesso *per finalità inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato*), faticosamente elaborate con l'intenzione di far approvare la normativa "purchessia".

In merito alla scelte tecniche della formulazione e della collocazione della norma, appare senz'altro preferibile la collocazione della nuova aggravante nella parte generale del codice penale, inserita nel catalogo delle aggravanti comuni previste dall'art 61 c.p.¹⁵⁶, in ossequio ai canoni di una legislazione razionale e *generale*, anziché speciale e casistica, e con maggiori attitudini generalpreventive.

Maggiori problemi si pongono invece in merito alla formulazione del richiamo normativo alla situazione fattuale che deve connotare in termini omofobici il fatto-base: infatti, l'espressione incentrata sulla *finalità inerente all'orientamento sessuale della vittima* appare, oltreché impropria, in quanto l'autore di condotte omofobiche non persegue finalità, eccessivamente ampia¹⁵⁷; il riferimento all'orientamento sessuale, infatti, sembra eccedere le intenzioni del legislatore, che, coltivando il proposito di criminalizzare le condotte "omofobiche", rischia in tal modo di attrarre nell'area del penalmente rilevante anche le condotte "sessuofobiche", trattandosi di espressione riferibile anche all'orientamento eterosessuale.

La plausibilità "tecnica" delle altre due soluzioni lessicali¹⁵⁸ – "*motivi di omofobia o transfobia*" e "*in ragione dell'omosessualità o transessualità della persona offesa*" – non può tuttavia prescindere dalla considerazione che il riferimento all'omofobia e alla transfobia potrebbe rivelarsi eccessivamente pregno di "culturalità"; invero, se la norma penale deve avere quali primi e principali destinatari la generalità dei consociati, anche in un'ottica di funzione preventiva della pena, essa non può che mutuare i segni linguistici dal linguaggio comune; in tal senso, e prescindendo dalle obiezioni sollevate nel corso dei lavori parlamentari, il riferimento all'omosessualità o

¹⁵⁵ Proposta di legge n. 2802 (Soro) presentata nel corso del 2° *iter* legislativo: "art. 61 comma 1 n. 11 *quater*: L'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la personalità individuale e contro la libertà morale, commesso il fatto per motivi di omofobia e transfobia, intesi come odio e discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale di una persona verso persone del suo stesso sesso, persone del sesso opposto, persone di entrambe i sessi".

¹⁵⁶ In tal senso anche E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 35-36.

¹⁵⁷ E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 31-32.

¹⁵⁸ Tale è il giudizio di E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 33 ss., il quale sembra tuttavia propendere per l'espressione "motivi di omofobia o transfobia" per due ragioni: il significato sufficientemente preciso e consolidato dei due termini, e la capacità di ricomprendere nell'ambito applicativo dell'aggravante anche i casi di erronea supposizione, da parte dell'agente, dell'orientamento sessuale della vittima.

transessualità appare dotato senz'altro di maggiore percepibilità empirica da parte della generalità dei consociati, rispetto a quello all'omofobia e transfobia, che presuppone nel destinatario della norma un certo *background* culturale, ed il cui significato non può ritenersi dunque generalmente consolidato.

Un'altra ragione a sostegno della preferibilità di un'aggravante applicata "*in ragione dell'omosessualità o transessualità della persona offesa*" risiede nella maggiore capacità selettiva delle condotte meritevoli di aggravamento sanzionatorio, in quanto l'orientamento sessuale quale fattore di discriminazione, se riferito alla vittima, restringe maggiormente l'ambito di applicabilità rispetto alla componente soggettiva legata ai *motivi* o alle *finalità*¹⁵⁹, e sembra anche maggiormente idonea a connotare il (maggior) disvalore d'azione insito nel fatto-reato.

In altri termini, se i *motivi* o le *finalità* omofobiche concentrano il disvalore sul mero atteggiamento interiore dell'agente, evocando un impulso essenzialmente interiore, soggettivo, e quindi processualmente imperscrutabile, un'aggravante tipizzata *in ragione dell'omosessualità o transessualità della persona offesa* appare maggiormente idonea a connotare la direzione finalistica dell'azione, evocando una proiezione fattuale del movente omofobico ("in ragione") legata alla posizione della vittima.

Ebbene, se, come si è già rilevato, la scelta di introdurre un'aggravante, anziché una fattispecie autonoma di reato, assume una minore carica simbolica, e attenua, pur senza eliderle, le perplessità di carattere costituzionale e politico-criminale già evidenziate, nondimeno determina alcuni momenti di frizione con i principi costituzionali "penalistici".

In primo luogo, l'accessorietà rispetto al reato-base dell'aggravante, declinata necessariamente in termini *soggettivi*, imporrebbe un approfondimento dell'offesa al bene giuridico tutelato, anche in considerazione del più spiccato disvalore d'azione ritenuto sotteso.

In questi termini, si è di recente espressa la Corte Costituzionale, nella sentenza di incostituzionalità dell'aggravante della "clandestinità"¹⁶⁰: al riguardo, la declaratoria di illegittimità è stata fondata (anche) sulla carenza di carica offensiva dell'elemento aggravante rispetto alla gravità del reato base e sul fondamento esclusivamente soggettivo dell'aggravante, priva di note di ulteriore gravità o pericolosità oggettiva; situazione che determina una violazione del principio di offensività, che "pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un

¹⁵⁹ In senso analogo, con riferimento alla modifica apportata dalla legge Mancino del 1993 all'art. 3 della legge Reale, che, in precedenza, nel punire gli atti di discriminazione, agganciava la fattispecie all'appartenenza del soggetto passivo ai gruppi oggetto di tutela, M.T. TRAPASSO, *Il ruolo fondamentale dei "coefficienti soggettivi" nelle fattispecie penali in materia di discriminazione razziale*, cit., p. 3837.

¹⁶⁰ Corte Cost., sentenza 8 luglio 2010 n. 249; per un commento, sia consentito rinviare a G. RICCARDI, *La doppia "percezione" della clandestinità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: l'aggravante "illegittima" ed il reato "ragionevole" nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, in *Crit.dir.*, 2010, p. 81 ss.

soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali (...) anche in rapporto agli elementi accidentali del reato”¹⁶¹.

L’introduzione di un’aggravante *in ragione dell’omosessualità o transessualità della vittima*, o per *motivi di omofobia*, ovvero, ancora, per *finalità di discriminazione omofoba*, in altri termini, rischierebbe di determinare un aggravamento del carico sanzionatorio in assenza di una maggiore carica offensiva del fatto, ma sulla base del mero “atteggiamento interiore” – senz’altro moralmente e socialmente riprovevole¹⁶² – dell’autore, con uno scivolamento del baricentro della fattispecie penale dal *fatto* all’autore.

In secondo luogo, va evidenziato che se la natura *soggettiva* dell’aggravante non implica di per sé l’illegittimità costituzionale della stessa, atteso che, come pure è stato osservato, esistono tradizionalmente aggravanti comuni (es. i motivi abietti e futili) che valorizzano le componenti soggettive del reato¹⁶³, tuttavia, la valorizzazione dei “coefficienti soggettivi”, e soprattutto il rischio di concentrare, normativamente, la carica di disvalore sul *motivo* del reato, cristallizzato nella fattispecie aggravante, e contemporaneamente svalutare, interpretativamente, l’essenza della medesima componente soggettiva (o finalistica), sono fattori da ponderare adeguatamente nel *lawmaking process*, ipotecato, nel caso dell’omofobia (ma anche di tutte le materie “eticamente” sensibili), da “guerre di religione” e simbolismi di differente (e spesso opposta) matrice.

Del resto, non è possibile obliterare, nel linguaggio normativo, le differenze ontologiche – che un legislatore sovente superficiale ed inconsapevole mostra di ignorare o trascurare – tra scopo e movente, e che, necessariamente, riemergerebbero in sede applicativa, come proiezione probatoria dell’elemento; i *motivi* e le *finalità* omofobiche non possono essere ritenuti semplici sinonimi di una medesima realtà, denotando, al contrario, differenti proiezioni della volontà criminosa.

Invero, se lo *scopo* (o la *finalità*) rappresenta l’aspetto conoscitivo del fatto psichico, presuppone una volontà già decisa a conseguire il risultato oggetto della rappresentazione, ed è necessariamente consapevole, il *movente* rappresenta l’aspetto affettivo del fatto psichico, dunque precede la deliberazione criminosa, e può essere sia consapevole, sia inconscio¹⁶⁴.

L’assunzione dell’omofobia ad oggetto dei *motivi* ovvero della *finalità*, dunque, non è neutra: fondare l’aggravante sui *motivi* omofobici significa cristallizzare

¹⁶¹ Corte Cost., sentenza 8 luglio 2010 n. 249, par. 9; la Corte esplicitamente chiarisce che l’aggravante della clandestinità “ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore”.

¹⁶² Sulla netta separazione tra diritto e morale, acquisizione risalente all’epoca illuministica ed all’elaborazione del positivismo giuridico (Bentham, Austin, Kant), sia sufficiente rinviare, in una bibliografia sterminata, a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 203 ss., 484 ss.

¹⁶³ E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 33.

¹⁶⁴ Per tali rilievi, sempre fondamentale A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, p. 67; A. MALINVERNI, *Motivi*, in *Enc.dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 295 ss.; in argomento, anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 657 ss.

normativamente un *movente interiore*, magari anche inconscio, il cui apprezzamento processuale può rivelarsi quantomeno non agevole; del resto, il movente, quale causa psichica *concreta* della condotta umana, è difficilmente cristallizzabile in una previsione normativa *astratta*, e dunque generalizzabile, tant'è che nel codice penale la rilevanza dei motivi è riservata essenzialmente alla fase di commisurazione in concreto della pena (art. 133 comma 2 n. 1 c.p.), o comunque all'apprezzamento concreto del giudice in ordine alla qualificazione del movente (art. 61 n.1 c.p.: motivi abietti o futili); appare impropria, oltre che di dubbia praticabilità processuale, la cristallizzazione normativa di un movente generale – quello omofobico – che rappresenta l'impulso concreto del soggetto ad agire.

Viceversa, fondare l'aggravante sulla *finalità discriminatoria omofobica* implica, a livello ermeneutico, che la condotta criminosa di base debba rivelare indici fattuali dai quali sia possibile inferire, nella valutazione probatoria, una direzione lesiva del fatto, in termini di discriminazione omofobica.

Da questo punto di vista, invero, l'introduzione dell'aggravante omofobica nella declinazione *discriminatoria* ("*per finalità di discriminazione per motivi inerenti all'orientamento sessuale o all'identità di genere*"), pur riproponendo le obiezioni relative all'eccessiva latitudine applicativa (per il riferimento all'orientamento sessuale) e all'indeterminatezza (per il carattere spiccatamente connotativo del concetto di identità di genere), potrebbe nondimeno ritenersi fondata su una maggiore carica offensiva del fatto, che, almeno sotto tale profilo, attenuerebbe le perplessità legate alla spiccata soggettività dell'aggravante applicata *in ragione dell'omosessualità* ovvero per *motivi fondati sull'omofobia o transfobia*.

Tuttavia, la soluzione non appare appagante, in quanto si riproporrebbero le perplessità già evocate a proposito del reato di discriminazione: come si è accennato, la cartina di tornasole del carattere indeterminato della nozione di discriminazione – in ragione della spiccata valutatività di un concetto essenzialmente normativo, pregno di culturalità –, ancor più nella proiezione finalistica assunta nell'aggravante, è fornita proprio dai diversi orientamenti formati, a proposito di discriminazione razziale, non soltanto sulla rilevanza del "coefficiente soggettivo" della fattispecie aggravante (la finalità di discriminazione o odio razziale), ma anche sul perimetro applicativo della stessa, risultato ad estensione variabile pur nell'identità delle fattispecie concrete.

Emblematica appare la diversa rilevanza attribuita alla classica e deprecabile espressione "*sporco negro*" (o simili) – il cui paradigma può essere agevolmente replicato, in tema di omofobia, dall'espressione "*frocio*" – che, nel solco di un orientamento ormai divenuto prevalente, assume *significato intrinseco di discriminazione* o odio razziale, sul rilievo che il senso si rapporta, nell'accezione corrente, ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza, e che lo scopo discriminatorio va parametrato al "dato culturale che lo connota", senza che alcun rilievo abbia al riguardo la "mozione soggettiva dell'agente"¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Cass.pen., sez. V, 20.1.2006 n. 9381, Gregorat, che ha affermato ricorrere l'aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale nell'espressione ingiuriosa "sporca negra"; in tal senso, altresì,

A dimostrazione del carattere estremamente valutativo, e dunque indeterminato, della *finalità discriminatoria razziale* (o, *mutatis mutandis*, omofobica), e delle possibili divaricazioni applicative, va rilevato che, al contrario, nel solco di un diverso orientamento, incline ad attribuire reale attitudine ermeneutica anche al “coefficiente soggettivo” della “finalità” previsto dalla fattispecie aggravante, la medesima espressione non viene ritenuta idonea, di per sé, a connotare la finalità di odio o di discriminazione razziale, in assenza di una reale e percepibile attitudine discriminatoria¹⁶⁶.

Al riguardo, non si può mancare di rilevare che l’obliterazione ermeneutica della rilevanza della “mozione soggettiva”, certamente non consentita dalla norma penale, risponde ad altra esigenza, di carattere processuale; infatti, dinanzi alla difficoltà di carattere probatorio nell’apprezzamento giudiziale di un mero atteggiamento interiore (nella specie, la finalità di discriminazione razziale), privo di connotati fattuali estrinseci, dai quali inferire il “*movente*” discriminatorio, la svalutazione interpretativa dell’elemento finalistico della fattispecie si rivela una scorciatoia probatoria, funzionale all’aggravamento del carico sanzionatorio previsto da una fattispecie altrimenti scarsamente applicabile nella prassi. Riprendendo una felice metafora, potrebbe dirsi un’altra ipotesi in cui il processo penale, non più “servo muto”, né solo “socio paritario”, si è trasformato in vero e proprio “socio tiranno” del diritto penale¹⁶⁷.

Cass.pen., sez. V, 23.9.2008 n. 38591, Vitali, a proposito dell’espressione “negro perditempo”; Cass.pen. sez. V, 12.6.2008 n. 38217, Matta, a proposito dell’espressione “schiaccio il negro”; Cass.pen., sez. V, 29.10.2009 n. 49694, a proposito dell’espressione “adesso gli dai una gomma negra come lei”; Cass.pen., sez. V, 9.7.2009 n. 38597, Finterwald, a proposito dell’espressione “cinghiale bastardo, sporco arabo”.

¹⁶⁶ Cass.pen. sez. V, 17.11.2005 n. 44295, Paoletich, in *Dir.pen.proc.*, 2006, n. 2, con nota di S. CORBETTA, *I caratteri dell’aggravante della discriminazione razziale*, p. 196: la decisione, nel cui solco si inserisce anche Cass.pen., sez. V, 8.6.2006 n. 42258, Canilli, significativamente afferma che per la configurabilità della circostanza aggravante della discriminazione razziale “non può considerarsi sufficiente una semplice motivazione interiore dell’azione, ma occorre che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all’esterno ed a suscitare in altri il suddetto sentimento di odio (...) o il concreto pericolo di comportamenti discriminatori”; la decisione aggiunge che non è possibile ricondurre “automaticamente (...) alla nozione di “odio” ogni e qualsiasi sentimento o manifestazione di generica antipatia, insofferenza o rifiuto, pur se riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità, all’etnia o alla religione”, e che anche la nozione di “discriminazione” “non può essere intesa come riferibile a qualsivoglia condotta che sia o possa apparire contrastante con un ideale di assoluta e perfetta integrazione, non solo nei diritti ma anche nella pratica dei rapporti quotidiani, tra soggetti di diversa razza, etnia nazionalità o religione, ma deve essere tratta esclusivamente dalla definizione contenuta nell’art. 1 della Convenzione di New York del 7 marzo 1966, resa esecutiva in Italia con la legge n. 654/1975, secondo cui essa “sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l’ascendenza o l’origine etnica, che abbia 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 pubblica” (corsivo nostro).

¹⁶⁷ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, p. 431 ss; nonché T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice penale*, 1999, p. 529.

È evidente che l'estensione dell'aggravante alla finalità discriminatoria omofobica farebbe registrare le medesime divaricazioni interpretative – con buona pace dei principi di uguaglianza e certezza del diritto – ed analoghe torsioni ermeneutiche sulla consistenza concettuale dell'elemento di fattispecie, a loro volta dipendenti dalle diverse adesioni “ideali” o “culturali” dell'interprete, o, addirittura, della società nei diversi frangenti culturali e temporali.

4. “Possibilità” del diritto penale vigente

La “possibilità” di introdurre norme penali specifiche per il contrasto all'omofobia va valutata, oltre che sotto il profilo della *legittimità costituzionale*, anche sotto il profilo della *congruenza politico-criminale* e della *razionalità* legislativa.

A tal fine, la “necessità” di una legislazione specifica va dunque apprezzata anche alla luce delle “possibilità” del diritto penale vigente.

Invero, sulla premessa che la sanzione penale può essere legittimamente attivata soltanto in presenza di condotte connotate da dannosità sociale (o, con altra terminologia, di fatti offensivi di beni giuridici meritevoli di tutela), va osservato che le condotte a connotazione omofobica emerse nella prassi, o comunque ipotizzabili (condotte a base violenta, percosse, lesioni, ingiurie, delitti contro il patrimonio, ecc.), sono tutte già punite alla stregua delle classiche fattispecie di reato presenti nell'ordinamento.

Se, dunque, la formulazione di una fattispecie autonoma di reato, al di là delle intenzioni simboliche, e della inopportuna o illegittima criminalizzazione di atti preparatori o mere manifestazioni del pensiero, appare ridondante, per la presenza di adeguate norme penali a tutela dei medesimi beni giuridici in gioco, anche l'enucleazione di fattispecie aggravanti appare una superfetazione normativa.

La *connotazione omofobica* di una condotta di reato, infatti, potrebbe già essere suscettibile di inquadramento, con corrispondente carico sanzionatorio, nell'aggravante dei *motivi abietti e futili* (art. 61 n.1 c.p.): è infatti pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che tale circostanza soggettiva attribuisce rilievo al movente dell'azione criminosa, legando l'aumento di pena ad un particolare disvalore d'azione; ebbene, se è *abietto* il motivo che, secondo il comune sentimento, è ripugnante o spregevole, e *futile* il motivo sproporzionato all'entità del reato commesso¹⁶⁸, appare pacifico che la valorizzazione applicativa della connotazione omofobica di un reato, allorquando emerga a livello processuale, può essere congruamente soddisfatta attraverso la contestazione dell'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 1 c.p.

Invero, un'interpretazione costituzionalmente orientata consente, a nostro avviso, di ricondurre il *movente omofobico* al *motivo abietto*, ove si consideri che la qualificazione di ripugnanza e spregevolezza può essere parametrata anche alla

¹⁶⁸ M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 663; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 405.

negazione, insita nel movente omofobico, del principio di uguaglianza, nonché della dignità umana della vittima.

Del resto, proprio per evitare interpretazioni eccessivamente soggettivistiche e/o intuizionistiche di una simile circostanza “soggettiva”, con percepibile retrogusto moralistico¹⁶⁹, appare in generale auspicabile una interpretazione che qualifichi abietti i motivi connotati da dispregio e negazione dei fondamentali valori della persona¹⁷⁰; soluzione che, peraltro, consentirebbe di “obiettivare” il parametro di valutazione in una società sempre più multiculturale, nella quale si approfondisce il rischio di imporre le “moralità collettive” dei gruppi culturali di maggioranza¹⁷¹, laddove il metro della “morale” o dell’ “etica” tende a divenire sempre più sfuggente e relativo¹⁷².

Proprio il *movente omofobico* si rivela, del resto, un buon banco di prova per la soluzione prospettata: invero, se l’autore di una condotta criminosa a connotazione omofoba fosse uno straniero la cui “cultura” (o religione, o società, ecc.) d’origine non percepisce come disvalore l’omofobia – delle cui differenti manifestazioni sono intrise,

¹⁶⁹ Oltre alla definizione linguistica (“moralmente ripugnante, spregevole, ignobile, turpe”), la stessa interpretazione giurisprudenziale del motivo abietto, con il riferimento al comune sentimento, rivela un’estrema soggettività della circostanza, ed una ampia latitudine valutativa, rimessa essenzialmente al concreto apprezzamento giudiziale; emblematica, in tal senso, Cass.pen., sez. I, 5.8.2008 n. 32851, Sapone, secondo cui “per motivo abietto si intende quello turpe, ignobile, che rivela nell’agente un grado tale di perversità da destare un profondo *senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità*, nonché quello spregevole o vile, che provoca ripulsione ed è ingiustificabile per l’*abnormità di fronte al sentimento umano*”; in termini, Cass.pen., sez. I, 13.2.2006 n. 5448, Cali.

L’aggancio alla dimensione *oggettiva* dei valori costituzionali, dunque, avrebbe il pregio di sottrarre l’interpretazione dell’abiezione ad una valutazione meramente moralistica, in quanto tale esposta al più imprevedibile *soggettivismo* del giudice, ovvero alla variabilità temporale e culturale del comune sentimento, nelle diverse temperie storiche.

Del resto, il richiamo giurisprudenziale ad una valutazione *morale* appare ancor più discutibile, ove si consideri che se la morale e l’etica (almeno nella sua dimensione individuale) appartengono alla sfera dell’*autonomia*, la legge appartiene alla dimensione dell’*eteronomia*, e non appare dunque auspicabile che incida, seppure nella dimensione interpretativa o valutativa, nella sfera riservata al singolo.

¹⁷⁰ In tale solco sembrano inserirsi, pur senza esplicitazione del principio, Cass.pen., sez. I, 18.2.2010 n. 6587, Saleem, che ha qualificato abietto il movente dell’omicidio di una figlia fondato sulla negazione del principio di autodeterminazione della persona, nonché Cass.pen., Sezioni Unite, 9.1.2009 n. 337, Antonucci, in *Cass.pen.*, 2010, p. 1417, che, nonostante il richiamo alla spregevolezza del fatto secondo il comune sentire, aggancia la valutazione di abiezione del movente alla negazione del principio di autodeterminazione.

¹⁷¹ Sui rapporti tra multiculturalismo e diritto penale, per tutti, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, *passim*; in ordine ai parametri di valutazione dei motivi abietti o futili, l’Autore richiama i due orientamenti emersi con riferimento alla individuazione della *cultura* rispetto alla quale parametrare il giudizio di abiezione di un motivo: l’uno, prevalente, individua il metro di giudizio nella coscienza collettiva, nel sentire comune della comunità sociale, con una chiara affermazione della cultura del gruppo di maggioranza; l’altra, emersa più di recente, tende invece a concretizzare maggiormente il parametro di giudizio, tenendo conto altresì delle connotazioni culturali dell’agente, del contesto sociale, dei fattori ambientali (p. 435 ss.).

¹⁷² Emblematica, in tal senso, la vicenda decisa da Cass.pen., sez. I, 18.2.2010 n. 6587, Saleem, concernente l’omicidio di una figlia da parte di un uomo di religione musulmana, motivato da un rapporto patologico e distorto di possesso parentale, e dalla non adesione della vittima agli usi e costumi, anche di matrice religiosa, della famiglia.

in maniera talvolta significativa, diverse “civiltà”, soprattutto al di fuori dei c.d. paesi occidentali¹⁷³ –, potrebbe nondimeno essergli riconosciuta l’abiezione del motivo, essendo l’aggravante, pur di natura “soggettiva” (per la dimensione psichica che involge), fondata su un *oggettivo* maggior disvalore (in termini di offesa) d’azione; l’aggancio ai valori costituzionali, la cui dimensione *oggettiva* eviterebbe, almeno in via di principio, la contaminazione dell’esercizio della discrezionalità con fattori meramente soggettivistici e/o intuizionistici¹⁷⁴, consentirebbe di apprezzare giudizialmente un elemento che, implicando la negazione di fondamentali diritti della personalità, incide sul complessivo disvalore del fatto, e quindi sul *surplus* di pena, rispetto ai limiti edittali, legato al riconoscimento dell’aggravante (funzione di *determinazione legale* della pena¹⁷⁵).

Al contrario, in tali casi, il movente omofobo non potrebbe ricevere ulteriore riconoscimento nell’ambito della distinta fase del giudizio di colpevolezza (con funzione di *commisurazione giudiziale* della pena¹⁷⁶), in termini di maggiore capacità a delinquere dell’agente; l’innegabile dimensione *ancipite* dei *motivi a delinquere* – indice “fattuale” per il giudizio sulla capacità a delinquere (art. 133 comma 2 n. 1 c.p.) – non può infatti ridondare a sfavore dell’autore nell’ambito di un giudizio individualizzante – funzionale ad una corretta commisurazione della pena orientata dal criterio “finalistico”¹⁷⁷ della risocializzazione¹⁷⁸ – sulla *soggettiva* rimproverabilità di una condotta; in altri termini, i medesimi motivi possono essere apprezzati come

¹⁷³ Un incremento di gravi manifestazioni di omofobia, peraltro, si sono registrati in Russia, in Ucraina, in Ungheria, e in Moldova, determinando il Parlamento Europeo ad approvare, in data 24 maggio 2012, la 3° Risoluzione sulla lotta all’omofobia in Europa (2012/2657).

¹⁷⁴ Entrambi gli orientamenti emersi in giurisprudenza a proposito dell’individuazione della *cultura* rispetto alla quale parametrare il giudizio di abiezione (richiamati, *infra* nota 125, da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 436 ss.) appaiono, in verità, non appaganti: il primo, in quanto legato ad una valutazione intuizionistica, non verificabile, e quindi esposta al più variabile soggettivismo, parametrata all’impalpabile “morale collettiva”; il secondo, in quanto eccessivamente individualizzante in un giudizio sull’*oggettivo* disvalore (d’azione) del fatto. Il rischio è, infatti, quello di confondere la natura *soggettiva* dell’aggravante – in ragione della dimensione psichica che involge – con il fondamento *oggettivo* dell’aggravamento di pena, legato, nelle aggravanti (anche soggettive), al maggior disvalore (d’azione, in tal caso) del fatto.

Peraltro, mentre il secondo orientamento potrebbe essere più opportunamente valorizzato in sede di valutazione dei motivi a delinquere, nell’ambito del distinto giudizio, *soggettivo*, sulla rimproverabilità del fatto all’autore, il primo orientamento potrebbe essere “corretto” assumendo quale parametro di giudizio, anziché l’impalpabile morale collettiva, i fondamentali valori costituzionali cristallizzati nella Carta del 1948.

¹⁷⁵ M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 632 ss., evidenzia la diversa funzione teoretica delle circostanze - funzione di *determinazione legale* della pena, con efficacia di extraeditività – rispetto ai criteri di commisurazione della pena previsti dall’art. 133 c.p. – funzione di *commisurazione giudiziale* della pena –.

¹⁷⁶ M. ROMANO, *op.ult.cit.*, p. 632 ss.

¹⁷⁷ In argomento, per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, *passim*, che distingue tra “criteri finalistici” (prevenzione generale, rieducazione, ecc.) e “criteri fattuali” (indici di gravità del reato e di capacità a delinquere) di commisurazione della pena.

¹⁷⁸ Per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*.

oggettivamente abietti, ma, in ragione della “cultura” d’origine del reo, non indice di una *soggettiva* capacità a delinquere.

Al di fuori dei c.d. reati culturalmente motivati, viceversa, un’ulteriore qualificazione del movente omofobico può rinvenire un’opportuna valorizzazione proprio nei *motivi a delinquere*¹⁷⁹ richiamati dall’art. 133 comma 2 n. 1 c.p. tra gli indici fattuali di capacità a delinquere: in tali casi, infatti, l’omogeneità della “cultura” del reo rispetto ai valori espressi nella Carta Costituzionale consente di esprimere un giudizio negativo, ai fini della commisurazione della pena, in ordine al *valore*¹⁸⁰ dei motivi a delinquere.

Infine, escludendo dall’orizzonte dell’argomentazione un profilo di *vulnerabilità “strutturale”, astratta*, delle vittime di condotte omofobe, per la frizione con il principio egualitario della dignità della persona umana, va evidenziato che eventuali profili di *vulnerabilità concreta* possono essere adeguatamente valorizzati mediante l’aggravante della c.d. minorata difesa (art. 61 n. 5 c.p.: *l’aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*), opportunamente invocabile ai fini di un compiuto adeguamento della fattispecie astratta alle peculiarità del caso concreto.

L’aggravante in questione è infatti applicabile quando l’agente approfitta di circostanze a lui favorevoli di tempo (oscurità, ora notturna), di luogo (località isolata, scarsamente accessibile alle forze dell’ordine) e di persona (debolezza fisica o psichica della vittima, età, o altra causa)¹⁸¹; ebbene, la *concreta vulnerabilità* della vittima di condotte omofobe può essere appunto valutata in concreto, allorquando, ad esempio, si approfitti, come si registra sovente nella prassi, della circostanza che la vittima è sola a fronteggiare più aggressori, che il fatto venga commesso in ora notturna, in luoghi isolati, ecc.

Da ultimo, va registrato che in giurisprudenza è emersa una interpretazione estensiva dell’aggravante della *finalità di discriminazione* prevista dall’art. 3 della legge Mancino: facendo perno sull’avversativa adoperata dalla disposizione (“finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso”), invero, si è affermato che alla finalità di discriminazione non fossero riferibili, linguisticamente, i “moventi” etnico, nazionale, razziale e religioso; nel solco di tale interpretazione, dunque, la finalità di discriminazione avrebbe un ambito di operatività più ampio della finalità di odio, e, in quanto tale, consentirebbe la criminalizzazione (*sub specie* di aggravamento sanzionatorio) anche delle discriminazioni omofobiche (l’espressione adoperata nella fattispecie concreta era “*frocio bastardo*”)¹⁸².

¹⁷⁹ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 330 ss.; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 426 ss.

¹⁸⁰ Al riguardo, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 332 ss., chiarisce che nel giudizio sul grado della colpevolezza, a differenza dei motivi *inconsci*, il ruolo dei *motivi consci* assume rilievo non soltanto sotto il profilo dell’*intensità*, ma altresì sotto quello del *valore*, alla stregua di criteri di giudizio desunti dal sistema di valori dominante nella società.

¹⁸¹ M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 666.

¹⁸² Tribunale Trieste, Giud. Tomassini, ordinanza 2 dicembre 2011, consultabile in www.retelenford.it.

Ebbene, se tale interpretazione dovesse affermarsi in giurisprudenza, l'esigenza di una speciale normativa sarebbe ancor più discutibile.

Giova preliminarmente osservare, al riguardo, che tale orientamento non potrebbe essere ricondotto all'alveo delle interpretazioni "convenzionalmente" conformi, nel solco delle recenti affermazioni della Corte di Strasburgo in tema di *hate speech* omofobico¹⁸³, innanzitutto per la mancanza di una "base legale" che legittimi un'interferenza con la libertà d'espressione nel nostro ordinamento, in secondo luogo per il divieto di interpretazioni "conformi" *in malam partem*¹⁸⁴, ed infine per la già richiamata regola del *best standard* nella tutela multilivello dei diritti fondamentali¹⁸⁵.

Nondimeno, va osservato che la plausibilità di tale orientamento, invero rimasto isolato, pur frutto di estrema sensibilità, appare compromessa da due argomentazioni: una di carattere sistematico, derivante dall'inserimento dell'aggravante di cui all'art. 3 in una legge espressamente intitolata "Misure urgenti in materia di *discriminazione razziale, etnica o religiosa*"; la seconda argomentazione, invece, si fonda sul dato letterale della disposizione, che, pur controvertibile, sembra riferire la disgiuntiva "o" ai due sostantivi (discriminazione/odio), e non altresì ai "moventi" qualificanti; invero, dal tenore complessivo della *littera legis*, se il legislatore avesse inteso riferire i "moventi" qualificanti soltanto all' "odio" avrebbe adoperato l'avversativa "ovvero", che, invece, è stata impiegata successivamente, a proposito dell'ulteriore *finalità* aggravante ("*...ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi...*"), proprio per distinguerla dalla prima parte della disposizione.

In altri termini, l'ermeneusi proposta appare frutto di un'interpretazione dal percepibile sapore analogico, come noto, ostracizzata dal nostro ordinamento in virtù del superiore principio costituzionale del divieto di analogia *in malam partem* (art. 25 comma 2 Cost.).

5. "Limiti" dell'intervento penale nel contrasto all'omofobia: legislazione simbolica e funzione promozionale del diritto penale

Dalle riflessioni sviluppate in merito alle "possibilità" tecniche di un intervento penale nel contrasto ai *fenomeni* omofobici è possibile trarre alcune conclusioni provvisorie: l'apprestamento di una normativa penale "speciale" non risponde

¹⁸³ Corte europea diritti dell'uomo, sez. V, 9 febbraio 2012, cit.; cfr., al riguardo, *infra* § 2.4.

¹⁸⁴ Su cui sia sufficiente il richiamo a V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 58 ss.; in giurisprudenza, con riferimento al diritto comunitario, Corte Giustizia UE, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino; Cass.pen., Sezioni Unite, 25 giugno 2009 n. 38691, Caruso, in *Cass.pen.*, 2010, n. 1, p. 90, con nota di V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, *ivi*, p. 101 ss., in tema di confisca per equivalente del profitto nel delitto di peculato.

In generale, sui limiti del diritto sovranazionale e sulle frizioni con il principio di democraticità, fondamentale resta la decisione della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona (la c.d. *Lissabon-Urteil*): *BverfG*, 30 giugno 2009, consultabile in www.bverfG.de.

¹⁸⁵ Cfr. *infra* § 2.4.

necessariamente all'esigenza di colmare un vuoto di tutela; come si è al riguardo evidenziato, sotto il profilo penale non si versa in una situazione legislativa "vergine", da "guerra di tutti contro tutti" tipico dello stato di Natura hobbesiano; esistono le "classiche" fattispecie di reato a tutela della persona, dell'onore, del patrimonio, ed alcune aggravanti comuni pacificamente applicabili ai *fatti* a connotazione omofobica.

Nell'apprestamento di "futuriste" norme penali (autonome e/o aggravanti) per il contrasto all'omofobia, dunque, si colgono in filigrana altri obiettivi, di carattere politico, più che politico-criminale, con funzione di assicurazione sociale e/o di coagulazione del consenso di gruppi sociali.

In altri termini, il rischio è quello di innescare la genesi di un'ulteriore *legislazione simbolica*¹⁸⁶, o, in altra accezione, solo *performativa*¹⁸⁷, che ha come principale, se non esclusivo, catalizzatore la "pregnanza emotiva" ed il valore simbolico-espressivo della pena, utilizzata per fomentare consenso sociale, non già per esprimerlo¹⁸⁸.

La nuova normativa penale rischierebbe di essere connotata da *norme-manifesto* emanate per soddisfare i bisogni di assicurazione sociale, indotti non soltanto dalla commistione patologica tra messaggi *mass-mediali* e processi di *lawmaking*, ma anche dai meccanismi ampiamente premiali introdotti con i riti alternativi, che, nell'attuale "anarchia" teleologica del processo penale, alterano significativamente le astratte valutazioni di gravità dei fatti cristallizzate nell'ambito delle classiche fattispecie di reato; il "tirannismo"¹⁸⁹ del processo penale, e dei nuovi *telos* che lo impregnano – efficienza e celerità –, non più limitati ad un ragionevole accertamento giurisdizionale, si riflette infatti sul diritto penale sostanziale, su di esso scaricando le inefficienze nell'accertamento, e lasciando le astratte valutazioni di gravità dei paradigmi penali –

¹⁸⁶ Sui concetti di simbolismo efficientista, panpenalismo e ipertrofia del controllo penale, sia sufficiente rinviare a C.E. PALIERO, "Minima non curat Praetor" cit., *passim*; S. MOCCLA, *La perenne emergenza*, cit., *passim*; C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, p. 876.

La finalità essenzialmente (se non esclusivamente) simbolica sottesa all'introduzione di norme penali per il contrasto all'omofobia, del resto, è ammessa dalle stesse organizzazioni internazionali che ne raccomandano l'adozione: al riguardo, emblematico appare il riconoscimento contenuto nel documento elaborato in seno all'OCSE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Osce Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, p. 7, secondo cui "Le hate crimes laws sono importanti (...). Riconoscendo il danno provocato alla vittima, esse veicolano verso la vittima e verso il suo gruppo il messaggio che il sistema della giustizia penale li protegge" (corsivo nostro).

¹⁸⁷ Per tale nozione, nel solco della qualificazione attribuita agli enunciati linguistici (da J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, Genova, 1996, p. 7 ss., che definisce performativi gli enunciati che non servono a definire una cosa vera o falsa, ma a porla in essere), M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., p. 43, il quale definisce le "leggi solo performative (...) ignare del sapere scientifico e ignare delle conseguenze" quelle "le cui parole pongono in essere una azione, "fanno qualcosa", senza che le premesse della legge sappiano nulla intorno alla verità o alla falsità delle cose o delle conseguenze che ne sortiranno".

¹⁸⁸ V. MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. INSOLERA, Padova, 2006, p. 97.

¹⁸⁹ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., p. 431 ss; nonché T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., p. 529.

alle quali sono sottese più ampie politiche di prevenzione generale e di politica – criminale in senso lato – in balia di finalità (extra)processuali del tutto estranee alla logica che sorregge l'individuazione dei limiti edittali e, quindi, la valutazione normativa della gravità di una fattispecie ed il grado di protezione da riservare ad un bene giuridico ritenuto meritevole di tutela.

In ogni caso, il pericolo, comune alle fattispecie già collaudate in materia di discriminazioni razziali e di antifascismo, è quello di partorire un prodotto legislativo che, senza minimamente risolvere il problema, sociale e culturale, dei *fenomeni* omofobici, finisca per criminalizzare condotte scarsamente offensive o mere espressioni del pensiero, per quanto riprovevoli e moralmente censurabili, nel solco di quanto si registra nella giurisprudenza formatasi a proposito delle condotte razziste e fasciste (es. *saluto romano, sporco negro, ecc.*).

Del resto, dovrebbe ritenersi acquisizione sufficientemente pacifica la consapevolezza della scarsa attitudine del diritto penale ad affrontare, e risolvere, i *fenomeni*, e la congenita limitatezza dello strumento invocato, ancor più nella proiezione processuale¹⁹⁰, in quanto adatto all'accertamento processuale di meri *fatti*.

L'idea è che, in realtà, i *fenomeni* omofobici siano più un problema sociale e culturale, da affrontare con ampie politiche multiagenziali (a livello educativo, informativo, ecc.), senza necessità di attivare lo strumento penale.

In altri termini, non deve predominare un approccio "empatico" sbilanciato sulle "ragioni" anziché sulle "cause"¹⁹¹, ma un approccio critico e lucido come quello (almeno) finora assunto nel nostro ordinamento in tema di *negazionismo*: una condotta che calamita senz'altro pregnanti sentimenti di avversione e riprovevolezza, ma che va affrontata con misure di carattere extrapenale, con la falsificazione (peraltro agevole) delle tesi storiche prospettate, con la diffusione di materiali informativi ed educativi; altrimenti, si scivolerebbe verso inedite (o ataviche) forme di tutela penale della "verità storica"¹⁹².

Sotto il profilo repressivo, invece, una maggiore consapevolezza ed attenzione impone che i *fenomeni* omofobici vengano affrontati mediante l'adozione di *policies* più che di *rules*.

Del resto, che si tratti di un problema eminentemente culturale, sociale, da affrontare più sul piano del riconoscimento di *diritti civili*, che sul piano della tutela penale, appare confermato dal fatto che una norma penale – analoga a quelle proposte

¹⁹⁰ Sottolinea il peculiare legame tra diritto e processo penale T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., p. 526-527, che, nel rilevare che "diritto penale e processo non appartengono ad una sequenza, ma ad un insieme", essendo "due facce della stessa medaglia", evidenzia la peculiarità del diritto penale, che, contrariamente a qualsiasi altra branca dell'ordinamento, che 'vive' anche in una dimensione extraprocessuale, "manifesta la propria rilevanza, come fenomeno giuridico, col processo e nel processo in cui si realizza l'accertamento del reato, la determinazione della responsabilità, e l'applicazione (o la non applicazione) delle conseguenze sanzionatorie"; in altri termini, "il diritto penale, fuori del processo, è viceversa invisibile".

¹⁹¹ Per tale terminologia, M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 43.

¹⁹² Sul negazionismo, per tutti, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; E. FRONZA, *Profili penali del negazionismo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, p. 1034 ss.

– in tema di discriminazione fondata sul sesso era stata prevista dall’art. 1, comma 3, della legge 9 dicembre 1977 n. 903 (relativa al divieto di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso nelle iniziative in materia di orientamento, formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale), ma senza alcun reale o tangibile impatto sulla prassi, e con una depenalizzazione, ad opera della legge 24 novembre 1981 n. 689, sostanzialmente passata inosservata.

Può ragionevolmente ritenersi che si tratta di processi sociali e culturali, senz’altro indotti da reali esigenze di tutela, che non possono essere, se non impropriamente, veicolati dal diritto penale, e che invece riceverebbero maggiore, e soprattutto più efficace, impulso dall’adozione di politiche extrapenali, mediante riconoscimento di alcuni fondamentali diritti civili (unioni civili, assistenza, diritti successorii) e adozione di c.d. *azioni positive* con funzione promozionale nell’ambito delle politiche del lavoro, dell’assistenza, della sanità, dell’accesso ai servizi, con conseguente rimozione delle situazioni di disegualianza e discriminazione¹⁹³.

Azioni positive, dunque, che se in ambito extrapenale assumono una proficua funzione di promovimento dell’uguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.), non sono, al contrario, altrettanto auspicabili nel diritto penale.

Il richiamo all’art. 3 comma 2 Cost. operato per argomentare la *ragionevolezza* di una tutela penale privilegiata in favore delle vittime di condotte omofobiche¹⁹⁴ non assorbe le perplessità derivanti dalla funzionalizzazione dell’intervento penale a fini di promozione sociale: nel primo caso, infatti, l’uguaglianza sostanziale è assunta come parametro di valutazione della *ragionevolezza* di una disparità di trattamento normativa, motivata appunto dalla scelta di “riequilibrare” legislativamente posizioni ritenute non eguali (nella specie, vulnerabili); nel secondo caso, invece, l’uguaglianza sostanziale sarebbe invocata quale *fondamento* e *scopo* di un intervento penale che abbia, tra i propri obiettivi latenti, quello di promuovere (anche) messaggi sociali e culturali di sostegno ad interessi e/o beni non ancora generalmente condivisi.

Ebbene, se la *funzione di parametro di ragionevolezza* assunta dal principio di uguaglianza sostanziale è pacifica sia in dottrina che nella giurisprudenza costituzionale, particolarmente controversa resta la sua *funzione costitutiva dell’intervento penale*.

L’impostazione che attribuisce alla sanzione penale anche una funzione di promozione¹⁹⁵ delle condizioni personali, sociali, culturali, è infatti prevalentemente

¹⁹³ Un modello di legislazione promozionale extrapenale, diretta alla rimozione delle situazioni di discriminazione mediante adozione di misure positive nell’ambito del mercato del lavoro, dell’assistenza sanitaria, ecc., è rinvenibile, ad esempio, nella legge n. 49 adottata dalla Regione Toscana il 10 novembre 2004.

La declaratoria di illegittimità costituzionale sancita da Corte Cost., 2 maggio 2006, n. 253, relativamente a talune norme della legge regionale riguarda non già il merito delle scelte normative, bensì la violazione del riparto di competenza tra materie statali e regionali (art. 117 Cost.).

¹⁹⁴ E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., p. 26.

¹⁹⁵ Nella dottrina penalistica la funzione promozionale del diritto penale è stata propugnata in particolare da G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democr. dir.*, 1977, p. 661; G. NEPPI MODONA -L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978, p. 198 ss.; nell’ambito di una

criticata nella dottrina penalistica: se la *funzione promozionale del diritto* può esprimersi in tutti i rami diversi dal penale, in conformità al principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 comma 2 Cost.¹⁹⁶, al contrario, alla stregua dei principi costituzionali vigenti, della funzione della pena, e del connotato democratico dell'ordinamento penale, non è ammessa una *funzione promozionale del diritto penale*, quale strumento di rimozione delle cause della disuguaglianza (art. 3 comma 2 Cost.)¹⁹⁷.

In tal senso, nei limiti necessariamente angusti imposti dall'argomentazione, il pericolo di una torsione autoritaria del sistema penale, insito nella connotazione del diritto penale come strumento di "direzione sociale", anziché di mero "controllo sociale", impedisce l'assunzione di *compiti* di promozione e realizzazione di nuovi

visione solidaristica, i nuovi compiti propulsivi dello Stato sociale di diritto sono stati tradotti in una mutazione funzionale del diritto penale ed in obblighi di tutela penale soprattutto nella promozione dell'attività economica e nella gestione della pubblica amministrazione: "i valori costituzionali debbono essere assunti non solo come limite negativo dell'intervento penale, ma come presupposto di una concezione promozionale e propulsiva del diritto, superando la funzione tradizionalmente protettiva e repressiva dell'ordinamento giuridico per attribuire anche al diritto penale il ruolo di strumento che concorre alla realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla costituzione" (G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo*, cit., p. 680).

Analogamente, sebbene in opposta temperie storica ed ideologica, già F. ANTOLISEI, *Il reato come offesa di un bene giuridico*, 1939, in *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, p. 63 ss.

¹⁹⁶ In Italia la teorizzazione del modello giuridico promozionale risale, come noto, a N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione*, 1969, p. 13 ss.; N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1969, p. 1312 ss.; secondo l'illustre Autore, l'emersione delle *sanzioni positive* (incentivi e premi), in funzione propulsiva, segna il passaggio dallo stato liberale classico allo stato sociale; la differenza tra i due modelli istituzionali non si rinverrebbe, infatti, nella *struttura* dei precetti, bensì nella diversa *funzione* delle conseguenze (delle sanzioni).

Tuttavia, come lucidamente rilevato da C.E. PALIERO (*Minima*, cit., p. 147-148), lo stesso Bobbio ha esplicitato la decisa estraneità del diritto penale alla dimensione propulsiva, etichettandolo come un "incubo notturno".

¹⁹⁷ Sulla funzione promozionale del diritto penale, per tutti, C.E. PALIERO, *Minima non curat Praetor*, cit., p. 123 ss.; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 373 ss., il quale, nel definire la *funzione promozionale* del diritto penale, chiarisce che essa non coincide con la *tecnica* omissiva di strutturazione delle fattispecie, o con la *tecnica* premiale nell'impiego delle sanzioni, bensì con un nuovo *compito* assunto dallo Stato sociale, e perseguito (anche) con il diritto penale (p. 384 ss.); tuttavia, la funzione propulsiva non è in realtà rinvenibile in alcuni settori del diritto penale dell'economia (reati tributari e fiscali), pur indicati quali materie elettive per la promozione sociale ed economica, e che, per quanto caratterizzati dalla presenza di numerose fattispecie omissive proprie, sono privi di una reale *funzione di promozione* della realizzazione di nuovi interessi, bensì connotati da una *funzione protettiva* di un interesse presente ad un'utilità futura (l'interesse dello Stato alla percezione dei tributi) (p. 395 ss.); alla stregua di tali precisazioni, dunque, la funzione promozionale del diritto penale va circoscritta alla sola promozione di valori non ancora (o non più) condivisi dalla coscienza sociale, al fine di "plasmare culturalmente il modo di pensare della collettività", divenendo l'intervento penale "strumento del cambiamento sociale", e trasformandosi da strumento di "controllo sociale" in strumento di "direzione sociale", soprattutto negli ambiti della religione e dell'etica (p. 402 ss). In tal senso, dunque, per quanto affini, *non* possono essere ricondotti alla funzione promozionale del diritto penale la c.d. *legislazione economica incentivante* (il paradigma che più si avvicina alla concezione di Bobbio), e la *legislazione premiale* (soprattutto in tema di collaborazioni processuali e "pentitismo"), che promuove meri comportamenti, non valori, peraltro già diffusi nella collettività.

interessi, non ancora affermatasi o non ancora condivisi nella società, al fine di “plasmare culturalmente il modo di pensare della collettività”¹⁹⁸.

Proprio il fine che sembra essere sotteso all’idea di introdurre nuove fattispecie (autonome o aggravanti) penali per il contrasto all’omofobia, nonostante la vigenza di norme già idonee allo scopo: se la tutela già c’è, infatti, la cifra reale di tale opzione è l’affermazione, per via penale, di una nuova “etica”, di una norma penale non già con funzione repressiva, bensì con *funzione espressiva, simbolica* e allo stesso tempo identificativa di una “battaglia” culturale, civile, sociale, una *norma-manifesto* che, imbevuta della fascinazione redentrice e dell’illusione catartica che in maniera ricorrente circonda il diritto penale, “vuole” mostrare che lo Stato si assume il compito di promuovere sentimenti anti-omofobi e anti-discriminatori, mediante un’opera di “rimodellamento” culturale della morale collettiva.

Obiiettivo che, a prescindere dal giudizio sull’oggetto della finalità perseguita, si rivela velleitario, se è vero che “il diritto penale non può creare o plasmare l’etica, ma piuttosto può solo riflettere una morale che già c’è ed è stata generata da altre fonti”¹⁹⁹, oltre che, in generale, pericoloso per la tenuta del paradigma del diritto penale liberale come strumento di tutela di beni giuridici.

In tale ultimo senso, infatti, la funzione promozionale del diritto penale rischia di introdurre un “pesante capitolo di spesa (...) nel bilancio del diritto criminale”²⁰⁰, inoculando nel sistema elementi nocivi sotto almeno tre profili: finisce per dissolvere il concetto di bene giuridico – baluardo del diritto penale liberale – ²⁰¹, sul quale parametrare l’apprezzamento dell’offesa; svolge, nella promozione di un valore, una latente funzione “repressiva” legata alla *tecnica* adoperata²⁰², con conseguente trasformazione dello *ius criminale* in strumento di “direzione sociale”; infine, rinviene la propria legittimazione soltanto in una concezione autoritaria e illiberale della funzione general-preventiva della pena, intesa come “*prevenzione-integrazione*”²⁰³,

¹⁹⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 388 ss.; 401, 402.

¹⁹⁹ T. WÜRTEMBERGER, *Foreword: Impressions and Remarks*, in Lee and Robertson, *Moral Order*, p. 23 (cit. in A. CADOPPI, *op.ult.cit.*, p. 408).

²⁰⁰ In questi termini, con felice espressione, C.E. PALIERO, *Minima non curat Praetor*, cit., p. 147.

²⁰¹ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 412 ss., evidenzia che l’adozione di un modello *propulsivo* di diritto penale, diretto alla promozione di valori e beni non ancora recepiti nel contesto sociale, finisce per frustrare la dimensione eminentemente *protettiva* del diritto penale inteso come tutela di beni giuridici preesistenti, in tal senso ripercorrendo le traiettorie illiberali registrate nel pensiero (nonché nella legislazione) penalistico sviluppatosi durante il regime fascista e nazionalsocialista.

²⁰² L. GIANFORMAGGIO, *Funzione o tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione*, in *Sociol.dir.*, 1980, I, p. 89, evidenzia l’intima correlazione tra funzione promozionale e funzione repressiva: se *promuovere*, di per sé, non significa ancora svolgere una *funzione repressiva*, lo diventa allorché si impieghi una *tecnica repressiva* per ottenere lo scopo; “In funzione promozionale (...), l’impiego della tecnica repressiva fa assumere al diritto una funzione repressiva latente”. Al riguardo, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 411, sottolinea che “nell’ambito del *diritto penale*, senza dubbio – quanto a *tecniche* sanzionatorie – si usa una tecnica repressiva, e cioè una sanzione negativa: la pena. Dunque, in tale settore la *funzione promozionale* si tramuta in *funzione repressiva*”.

²⁰³ In argomento A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 442 ss., che richiama al riguardo la concezione funzionalistica propugnata, sulla base della teoria funzionalista-sistemica di Luhmann, da Jakobs; secondo

entrando invece in frizione con la concezione della c.d. *prevenzione generale allargata*, per la quale la minaccia della pena può svolgere un ruolo positivo di consolidamento dei valori nei consociati, solo allorquando questi siano già diffusi nelle *Kulturnormen*²⁰⁴; in caso contrario, di divaricazione tra *Rechts* – e *Kulturnormen*, il rischio risiede proprio nella vanificazione della *prevenzione* dei comportamenti contrastanti con il precetto, che, in quanto non accompagnato da una interiorizzazione del valore tutelato dalla norma, registra un’alta “cifra nera” nell’applicazione, ed una sostanziale inosservanza, con conseguente perdita di legittimazione del diritto penale²⁰⁵.

Infine, come già evidenziato a proposito dei rischi di “abuso” concettuale della *dignità umana* quale fonte di legittimazione delle scelte di criminalizzazione, la creazione di uno statuto penale differenziato in favore di alcune categorie di persone (in ragione dell’orientamento sessuale) rischia di rivelarsi discriminatoria, in quanto la dignità umana giustifica tutele di particolari condizioni solo allorquando si versi in una situazione di *incapacità di esercitare l’autonomia*.

In tal senso, dunque, al netto delle *discriminazioni strutturali*²⁰⁶, adeguatamente disciplinabili con norme sociali e giuridiche extrapenali, va ribadito che una opzione normativa penale lascerebbe un distinto sapore di *paternalismo legale*, nascosto “dietro l’invenzione di un bene giuridico apparentemente collettivo (l’umanità *Menschheit*)”²⁰⁷, laddove, grazie al richiamo alla dignità umana (intesa, appunto, come umanità), nella selezione dei comportamenti punibili (o suscettibili di aggravamento sanzionatorio), “l’opzione incriminatrice ricada su condotte il cui nucleo di disvalore riposi su valutazioni a sfondo moraleggiante, in assenza di una caratterizzazione lesiva ulteriormente qualificante”²⁰⁸: uno statuto penale differenziato in favore di alcune categorie di persone, adulte, capaci e dotate della piena autonomia personale, in ragione soltanto dell’orientamento sessuale, percorrerebbe le traiettorie di un

tale teoria, denominata della *Prävention-Integration*, la dimensione *positiva* della prevenzione generale assume rilievo non soltanto nella fase della minaccia della pena, ma anche in quella dell’inflizione; la minaccia della pena, in altri termini, avrebbe lo scopo non già di tutela di beni giuridici, bensì di “stabilizzazione della norma trasgredita”, in quanto viene messa in discussione la fiducia dei consociati nella funzione di orientamento della norma ed espressa un’infedeltà del trasgressore nei confronti del diritto. Il germe di un nuovo autoritarismo penale insito in tale concezione è individuato non soltanto nello spostamento del baricentro del reato *dall’offesa* al bene giuridico *alla mera disobbedienza, all’infedeltà dell’autore*, ma altresì nell’affrancamento del legislatore da qualsivoglia limite contenutistico della norma penale: “se “prevenzione-integrazione” vuol dire esercizio alla “fedeltà al diritto” a prescindere dai contenuti di esso (...) essa ricorda da vicino la concezione *promozionale* del diritto penale” (p. 441-442).

²⁰⁴ Sulla funzione di mera “convalida normativa” di valori già condivisi legittimamente attribuibile al diritto penale, per tutti, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 433, 436 ss.

²⁰⁵ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 434; sulla funzione general-preventiva positiva, cfr. altresì S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 109 ss.

²⁰⁶ Forme di discriminazione che prescindono dalla volontà del legislatore di discriminare, che derivano dal sistema sociale e dalle condizioni sociali che caratterizzano i gruppi minoritari; per ragguagli, ed appropriati richiami bibliografici alla letteratura criminologica e sociologica, [L. GOISIS, Giustizia penale e discriminazione razziale, cit., p. 24.](#)

²⁰⁷ B. SCHÜNEMANN, *La critica al paternalismo giuridico-penale. Un lavoro di Sisifo?*, cit., p. 5 (del dattiloscritto).

²⁰⁸ S. CANESTRARI -F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., p. 169.

paternalismo indiretto, in cui la sanzione (*rectius*, il *surplus* di sanzione) a carico dell'agente si rivela funzionale, e strutturalmente collegata, alla protezione del preteso soggetto debole.

La ridondanza di apposite norme penali per il contrasto all'omofobia rispetto alle reali esigenze di tutela lascia riemergere il monito relativo alla latente pericolosità di norme repressive apparentemente superflue, tuttavia insita nella loro stessa vigenza, ed espresso con immaginifica metafora: *“mentre ogni cosa riposa, strisciano fuori i paragrafi e strozzano la libertà, prendendola alle spalle”*²⁰⁹.

²⁰⁹ L. LEHMANN, cit. in C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 164, nota 69.