

LA NUOVA FRONTIERA DELLA TUTELA PENALE DELL'EGUAGLIANZA

di Francesco Palazzo

Il legislatore italiano, nel nobile intento di rafforzare la tutela dell'eguaglianza e della dignità della persona umana, si è mosso lungo tre tappe fondamentali: la vecchia legge del 1975 contro l'odio e la discriminazione razziali, oggi confluita negli artt. 604 bis e 604 ter c.p., la recente legge n. 69 del 2019 (c.d. "codice rosso") contro la violenza di genere e domestica, il disegno di legge contro le discriminazioni fondate sul sesso o sulla disabilità, attualmente in discussione al Senato (AS 2005). Si tratta di una impegnativa frontiera di tutela, certo meritoria, ma che ha prodotto un complesso normativo non solo caratterizzato da qualche tensione col volto tradizionale del diritto penale ma soprattutto contrassegnato da qualche asistematicità.

SOMMARIO: 1. Il progressivo impegno del legislatore contro la discriminazione. – 2. Le vittime deboli: per "costituzione" o per discriminazione – 3. La tutela contro la discriminazione verso le regole. – 4. Delitti contro l'eguaglianza e delitti di genere: due sistemi interferenti. – 5. Le tensioni create dalla nuova frontiera di tutela.

1. Il progressivo impegno del legislatore contro la discriminazione.

Tra i frutti più significativi prodotti dalla risistemazione codicistica operata con il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 (in attuazione della c.d. "riserva di codice" introdotta dalla lettera *q*) del comma 85 dell'art. 1 della legge 23 giugno 2017, n. 103) vi è senz'altro l'emersione della nuova categoria dei delitti contro l'eguaglianza. Attualmente essi sono previsti dagli artt. 604 *bis* e 604 *ter* c.p. e, nel Titolo XII dei delitti contro la persona, occupano la sezione I *bis* del Capo III dedicato ai delitti contro la libertà individuale. Allo stato gli articoli ora ricordati prevedono, rispettivamente, un grappolo di fattispecie incriminatrici di fatti di "discriminazione razziale, etnica e religiosa" e una circostanza aggravante sostanzialmente comune (ma ad efficacia speciale e "privilegiata") consistente nella finalità discriminatoria. Si tratta di un insieme di disposizioni originariamente introdotte, fuori dal codice, dalla legge 13 ottobre 1975, n. 654, successivamente modificata dal d.l. 26 aprile 1993, n. 122 (convertito in legge 25 giugno 1993, n. 205).

Questa nuova frontiera di tutela penale dell'eguaglianza è destinata ad inglobare nuovi campi di tutela estendendosi a ricomprendere fatti discriminatori per ragioni di

sesto, di genere, di orientamento sessuale o di identità di genere, secondo quanto previsto dal disegno di legge (A.S. 2005) attualmente in discussione al Senato.

Alla stessa frontiera della tutela dell'eguaglianza può essere in qualche modo ricondotto anche un altro recente intervento legislativo: si tratta della legge n. 69 del 2019 (c.d. "codice rosso"), che contiene un'articolata serie di modifiche accomunate però dall'unitaria *ratio legis* di contrastare, anche sul piano penale sostanziale, le pericolose derive di un diffuso orientamento discriminatorio verso le donne.

Data la stratificazione di queste svariate fonti che hanno progressivamente ampliato il fronte di tutela penale dell'eguaglianza, non sarà disutile il tentativo di rintracciare a posteriori un ordine un po' sistematico di questa importante linea di politica penale, cercando altresì di lumeggiarne sommariamente le possibili ricadute sul piano del suo rapporto coi tratti fisiognomici fondamentali del diritto penale.

2. Le vittime deboli: per "costituzione" o per discriminazione.

La tendenza a sospingere il diritto penale verso la più avanzata frontiera dell'eguaglianza s'inserisce nell'ormai consolidato movimento di rafforzamento della tutela della vittima del reato: al punto che, come è stato detto, la vittima è divenuta la protagonista della più recente politica criminale. Ora, è molto opportuno distinguere in proposito a seconda che l'attenzione "vittimologica" sia rivolta verso la vittima *in concreto*, che è tale cioè in quanto ha *hic et nunc* subito un fatto criminoso; oppure nei confronti della vittima *in astratto*, cioè di particolari categorie di soggetti che, per le più varie ragioni, sono maggiormente suscettibili di subire un processo di vittimizzazione e, come tali, possono aver bisogno di un rafforzamento della tutela o di una specifica tutela, anche penale.

Riguardo alle vittime in concreto, non può che essere benvenuta ogni riforma che miri a garantire non solo i diritti processuali della vittima (di informazione, sollecitazione e partecipazione), ma anche e soprattutto ogni possibile suo ristoro in termini di assistenza e sostegno sia economico che psicologico e, soprattutto, una seria riduzione del rischio di rivittimizzazione (cioè di subire nuove offese specialmente a seguito della denuncia) e di vittimizzazione secondaria (cioè di rivivere più volte emotivamente la vicenda criminosa nelle varie dichiarazioni processuali cui è chiamata). Su questa linea si è mossa specialmente la Direttiva 2012/29/UE, cui il nostro legislatore ha dato particolare attuazione con una serie di modifiche processuali contenute nella già ricordata legge n. 69 del 2019: sebbene occasionate dall'intervento contro la violenza di genere e domestica, cui in effetti è principalmente rivolto il "codice rosso", ciò nondimeno quelle modifiche hanno una portata potenzialmente più vasta del perimetro tracciato dai reati di violenza di genere e domestica.

Riguardo alle vittime in astratto, che sono quelle che in questa sede c'interessano, il discorso deve essere più articolato. E' necessaria una distinzione preliminare. Da un lato, alcune categorie di persone possono apparire particolarmente bisognose di tutela penale in ragione di loro condizioni psico-fisiche, che le rendono specialmente vulnerabili: è questo, ad esempio, il caso di soggetti *minori* ovvero in condizioni di

inferiorità per malattia mentale, per età e così via. In sostanza si tratta di soggetti che il legislatore a buon diritto reputa trovarsi in situazione di “minorità” e nei confronti dei quali, dunque, non solo vi può essere una più alta probabilità di subire aggressioni ma l’aggressione può rivelarsi più micidiale a causa della diminuita loro possibilità di difesa. Talvolta tutto ciò è, ragionevolmente, presunto dal legislatore; talaltra, il legislatore ancora la maggiore tutela ad una condotta di concreto “approfittamento” della situazione di minorità da parte dell’agente. Ebbene, in tutti questi casi, pur essendo in presenza di vittima vulnerabile, non si può però dire a rigore che siamo in presenza di crimini offensivi dell’eguaglianza: in realtà qui la “diseguaglianza” è *in re ipsa*, senza che sia in qualche modo l’obiettivo della condotta criminosa, e costituisce la ragione della speciale tutela.

Dall’altro lato, invece, possono esistere categorie di persone che sono vulnerabili in ragione di orientamenti culturali discriminatori fondati essenzialmente su caratteristiche come il genere, la fede religiosa, l’etnia, ecc. C’è qui una componente “ideologica” che rende più probabile la vittimizzazione, non già per un’intrinseca debolezza fisico-naturalistica della vittima, bensì a causa di un orientamento culturale più o meno diffuso e criminologicamente capace di spingere all’azione offensiva nei confronti di quei soggetti determinati. L’esigenza di una speciale tutela non sta dunque nella speciale pericolosità dell’azione ma nell’atteggiamento culturalmente discriminatorio che può *destinare* quei soggetti ad essere più facilmente vittime di aggressioni. Sono questi i reati contro l’eguaglianza, nei quali è indubbio che sia presente, accanto alla componente naturalistica dell’aggressione inferta, una componente ideologico-culturale insita nella motivazione ad agire: ed è per l’appunto questa componente che giustifica la “specialità” della tutela o il suo rafforzamento.

3. La tutela contro la discriminazione verso le donne.

La legge n. 69 del 2019, il c.d. codice rosso, intende rafforzare il contrasto alla violenza di genere e domestica muovendo proprio dalla premessa evidente che questi purtroppo diffusi fenomeni trovino la loro matrice sociale ed individuale in un *orientamento discriminatorio* nei confronti nella donna. Di ciò è stato chiaramente consapevole il legislatore quando ha previsto la possibilità di attuare speciali programmi riabilitativo-educativi nei confronti dell’autore di questi reati (v. l’art. 6, che modifica l’art. 165 c.p. stabilendo che la sospensione condizionale sia obbligatoriamente subordinata alla partecipazione a specifici corsi di recupero sociale). Ciò detto senza tema di smentite, deve essere però anche sottolineato come nel sistema di tutela sostanziale rafforzato dal legislatore del 2019 non compaiono mai fattispecie a “soggettività passiva ristretta” (o speciale), cioè in pregiudizio della donna: si tratta sempre di reati a soggetto passivo indeterminato, che teoricamente possono colpire qualunque persona. Così come nella costruzione di queste fattispecie non compare mai quella componente “ideologica” di cui s’è detto, consistente nell’orientamento (o intento) discriminatorio nei confronti della donna. Dunque, si può dire che la pur evidente *ratio* legislativa non affiora a livello di formulazione legislativa, rimanendo

tutte le fattispecie introdotte *ex novo* o riformate dal legislatore fattispecie per così dire “comuni”. Piuttosto, è la selezione di quelle fattispecie, colpite oggi con pene davvero draconiane, ad essere ispirata dalla *ratio* di tutela antidiscriminatoria, nel senso che il legislatore è stato mosso dalla constatazione empirica che proprio *quelle* fattispecie, più di altre, sono criminologicamente la più consueta espressione delle aggressioni alla donna motivate dall’orientamento discriminatorio, senza che nulla di tutto ciò affiori nella formulazione testuale dei reati. Con la conseguenza ultima che il rafforzamento sanzionatorio, motivato dall’intento di contrastare atteggiamenti antidiscriminatori contro l’eguaglianza delle persone, viene a investire anche fatti che nulla hanno di tutto ciò e rispetto ai quali nessuna esigenza di rafforzamento si pone: toccherà, dunque, al giudice graduare la pena in concreto, distinguendo a seconda che il fatto storico presenti oppure no quella componente “ideologica” che il legislatore del 2019 intendeva specialmente colpire. Operazione rischiosa, questa, non solo e non tanto perché trasferisce nelle mani del giudice gran parte degli esiti che il legislatore intendeva perseguire, ma anche e soprattutto perché sarebbe stato meglio che la rilevanza di un fattore ideologico, con tutto le tensioni che esso comporta sul piano dell’eguaglianza di trattamento e dell’offensività, fosse stata affermata una volta per tutte in via legislativa.

A ulteriore rafforzamento di tutto quanto sopra osservato va poi sottolineato che il sistema dei reati di cui al “codice rosso” è interamente costituito da fattispecie consistenti in aggressioni fisiche, di violenza vera e propria o comunque di coercizione. L’elenco è abbastanza lungo, ma val la pena di riportarlo per comodità: “sfregio” del volto, costrizione o induzione al matrimonio, maltrattamenti contro familiari o conviventi, stalking, violenza sessuale.

Ad onta, dunque, del fatto che il legislatore intendeva colpire essenzialmente un fenomeno criminoso alimentato da orientamenti ideologici discriminatori, il sistema delle incriminazioni del codice rosso non conosce né fattispecie di “atti discriminatori” diversi da quelle di violenza o coercitive né reati di opinione consistenti nella manifestazione di idee discriminatorie fondate sul genere. E ciò a differenza di quanto accade, invece, nel sistema dei delitti contro l’eguaglianza, come sono destinati ad essere rimodulati dal disegno di legge AS 2005, attualmente in discussione al Senato. Ed è questo il punto sul quale ora ci preme concludere.

4. Delitti contro l’eguaglianza e delitti di genere: due sistemi interferenti.

Il sistema dei delitti contro l’eguaglianza, peraltro non certo perspicuo nell’attuale formulazione degli artt. 604 *bis* e 604 *ter* c.p., è destinato ad ampliarsi alla discriminazione per motivi fondati sul sesso. Esso è strutturato su una sorta di *progressione criminosa*.

In primo luogo, viene in gioco l’aggravante di cui all’art. 604 *ter* c.p., applicabile a *qualunque reato* che si commesso per finalità discriminatoria così da realizzare una tutela a trecentosessanta gradi della tutela, fra l’altro particolarmente intensa visto che l’aggravamento è fino alla metà e la circostanza sfugge al bilanciamento. Dopo la riforma in corso, la discriminazione potrà essere tanto per «odio etnico, nazionale, razziale o

religioso» quanto «per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità».

In secondo luogo, viene in considerazione la «violenza» per motivi discriminatori prevista dalla lettera *b*) del primo comma dell'art. 604 *bis* c.p. («commette violenza») e punita con la reclusione da sei mesi a quattro anni. E' chiaro, peraltro, che questa previsione generica è destinata a convergere con ogni reato specifico a base violenta aggravato ai sensi dell'art. 604 *ter* c.p. Stante anche la clausola di salvezza di cui all'art. 604 *bis* c.p., è verosimile che il concorso di norme vada risolto a vantaggio del reato più grave.

In terzo luogo, vengono in gioco gli «atti di discriminazione» previsti dalla lettera *a*) del primo comma dell'art. 604 *bis* c.p. («commette atti discriminazione») e puniti con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa. Si tratta indubbiamente di previsione di grande impatto poiché destinata a criminalizzare ogni possibile atto discriminatorio che non costituisca altrimenti reato, da un licenziamento ingiustificato a un mancato riconoscimento della progressione in carriera: potenzialmente la genericità della previsione è in grado di coprire qualunque atto discriminatorio sia esso in sé già antigiusdittico oppure no. Ecco, dunque, che qui la «componente ideologica» del fatto discriminatorio comincia ad assumere una portata estremamente significativa.

In quarto luogo, vengono in considerazione non più comportamenti obiettivamente discriminatori ma solo di istigazione alla loro commissione, distinguendosi poi a seconda che l'istigazione sia alla «violenza» o agli «atti» e sanzionando l'istigazione rispettivamente con la stessa pena prevista per i comportamenti discriminatori (art. 604 *bis*, primo comma, lettere *a*) e *b*). Anche qui evidentemente la «componente ideologica» ha un enorme peso, comportando la parificazione sanzionatoria di fatti di gravità straordinariamente diversa sotto il profilo dell'oggettiva offensività.

In quinto luogo, la «componente ideologica» rivela tutta la sua potenzialità nella incriminazione della mera «propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico», punita dal primo comma, lettera *a*) dell'art. 604 *bis* c.p. con la stessa pena – reclusione fino a un anno e sei mesi o con la multa – con cui sono puniti gli «atti discriminatori». Da rilevare, peraltro, che nella previsione della propaganda d'idee discriminatorie non rientra quella fondata su motivi religiosi e nemmeno la propaganda fondata sul sesso. Evidentemente il legislatore, avendo contezza della forte anticipazione della tutela, ha limitato l'incriminazione della propaganda alle manifestazioni più odiose.

Infine, questo potente apparato repressivo è completato dalla previsione del delitto di associazione finalizzata non solo alla violenza discriminatoria ma anche all'«incitamento alla discriminazione» (art. 604 *bis*, secondo comma, c.p.): si estende così il fronte repressivo fino all'atto preparatorio dell'atto preparatorio.

Orbene, come già anticipato, il disegno di legge AS 2005 estende l'apparato repressivo ora delineato anche al contrasto della discriminazione fondata «sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità». Premesso che l'art. 1 del ddl AS 2005 fornisce le definizioni legislative dei motivi discriminatori con l'esclusione della disabilità, deve ritenersi che tali definizioni valgano senz'altro

anche in rapporto agli artt. 604 *bis* e 604 *ter* c.p. nonostante che esse siano dettate «ai fini della presente legge» e non siano state invece inserite nel corpo del codice penale, ove si trova oggi la disciplina dei delitti contro l'eguaglianza.

Ma, a parte queste quisquiglie, va piuttosto sottolineato che, nonostante che l'intento legislativo fosse quello di contrastare essenzialmente le discriminazioni omofobiche, la formulazione legislativa si presta a ricomprendere anche i comportamenti discriminatori nei confronti della donna: cioè tutte quelle aggressioni consumate contro persone di sesso femminile sulla base di una motivazione, appunto discriminatoria, riconducibile all'orientamento culturale di sopraffazione maschile. In sostanza, quell'aggiunta testuale alle disposizioni antidiscriminatorie degli artt. 604 *bis* e 604 *ter* c.p., «motivi fondati sul sesso», crea una sorta di collegamento ed instaura una continuità tra il sistema repressivo del c.d. codice rosso e quello dei delitti contro l'eguaglianza. Mentre il primo, quello del codice rosso, è saldamento fondato – come s'è visto – su un gruppo di reati a base violenta dalla cui struttura nemmeno emerge il connotato discriminatorio, quello del ddl è invece molto sbilanciato sulla repressione dell'atteggiamento ideologicamente discriminatorio, senza tuttavia arrivare fino alla repressione della propaganda d'idee.

Questo collegamento tra i due sistemi può diventare da complementare addirittura cumulativo in virtù della circostanza aggravante di cui all'art. 604 *ter* c.p. Si potrebbe cioè avere la tentazione di applicare la circostanza dell'aver agito con «finalità discriminatorie per motivi fondati sul sesso» anche a quei reati di violenza e di maltrattamenti il cui draconiano innalzamento di pena è stato voluto dal legislatore proprio per contrastare quella violenza di genere e domestica, indubbiamente espressiva di un subcultura discriminatoria. Nella sostanza si arriverebbe così a un vero e proprio *bis in idem*, originante dal fatto che si è venuta a creare una interconnessione tra due sistemi di tutela, senza che, si direbbe, la destra sapesse cosa faceva la sinistra. A scongiurare un simile risultato applicativo dovrà provvedere l'interpretazione della nuova aggravante. Nonostante la sua formulazione in termini soggettivi e decisamente latenti, andrà valorizzata proprio la sua “componente ideologica” nel senso, cioè, che la sua applicazione non potrà essere giustificata sul semplice fatto che il reato commesso è uno di quelli ritenuti dal legislatore espressione della violenza di genere. Occorrerà che la motivazione discriminatoria di genere si sia in qualche modo manifestata, con parole o atteggiamenti univoci, nell'esecuzione del reato.

5. Le tensioni create dalla nuova frontiera di tutela.

La tutela dell'eguaglianza costituisce una nuova frontiera del diritto penale che non può non essere apprezzata. Essa, infatti, è una manifestazione significativa di quell'attenzione alle vittime che, contrassegnando i tempi attuali, deriva da un'accresciuta sensibilità verso il valore fondante della solidarietà. Una solidarietà dovuta nei confronti di quelle che qui abbiamo chiamato le vittime “in astratto”, cioè categorie di soggetti che mostrano una loro peculiare vulnerabilità, non solo e non tanto per caratteristiche di intrinseca debolezza, ma in ragione piuttosto di orientamenti

culturali discriminatori che possono renderle suscettibili di aggressioni motivate da quelle subculture nefaste per la società.

Se la solidarietà è il valore *fondante* di questa speciale tutela, la dignità umana è il valore *finale* perseguito dalla tutela penale dell'eguaglianza: l'eguaglianza, invero, costituisce in qualche modo il riflesso tangibile dell'attribuzione a tutti gli esseri umani dello stesso valore intrinseco costituito appunto dalla dignità, secondo la solenne formula dell'art. 3 della nostra Costituzione: «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

La tutela dell'eguaglianza, proprio perché costituisce una nuova frontiera del diritto penale, lo sottopone ad evidenti trasformazioni conseguenti alla natura peculiarissima di questo "bene giuridico". È facile comprendere che, essendo l'eguaglianza e la dignità dei valori *ideali*, cioè aventi una consistenza altamente assiologica, la loro tutela subisca un processo di smaterializzazione dell'offesa. Certamente l'eguaglianza/dignità può essere offesa, in prima linea, mediante aggressioni fisiche alla persona, dalla violenza, alle minacce, alle ingiurie; ma non meno brucianti sono quelle aggressioni che consistono in atti discriminatori privi di un substrato di fisicità, quali possono essere le manifestazioni anche solo verbali di ostilità o di disprezzo. Da questo punto di vista, tutte le fattispecie di aggressione pur fisica ma caratterizzate da uno speciale inasprimento sanzionatorio, derivano la loro particolare gravità non dall'offesa fisica (che rimane in sé quella che è), ma dalla componente ideologicamente discriminatoria. È questa la logica retrostante al "codice rosso".

Inoltre, è facile comprendere che la tutela dell'eguaglianza spinge verso una smaterializzazione dell'offesa anche per un'ulteriore ragione. Il nucleo di disvalore *specifico* di questi reati sta nella subcultura discriminatoria all'origine dell'aggressione, così come lo scopo finale politico-criminale di queste disposizioni consiste nello sradicamento di siffatti orientamenti culturali dal tessuto della società. Tutto ciò non può non implicare una sorta di fuga del diritto penale verso l'anticipazione della tutela fino alle soglie della pura manifestazione del pensiero. E questa preoccupazione è evidente nel ddl AS 2005. Esso, infatti, non solo non estende – come s'è visto – la tutela contro la discriminazione sessuale fino alla semplice propaganda, ma all'art. 4 s'incarica di fare «salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti». Apprezzabile intento, questo del legislatore, di non perdere di vista il necessario bilanciamento tra due sommi beni della democrazia: anche se ineludibile è la constatazione che tale obiettivo si è voluto realizzare affidando in definitiva quel bilanciamento al giudizio in concreto del giudice, così da rivelare tutte le difficoltà di una perimetrazione rigorosamente legislativa delle tendenze espansive della tutela penale dell'eguaglianza.

Infine, la tendenza espansiva di questa nuova frontiera del diritto penale trae origine da un'evidente spinta alla proliferazione dei possibili "motivi" di discriminazione. Gli aspetti della persona umana e delle sue relazioni sociali sui quali può formarsi una cultura discriminatoria sono infatti molteplici e crescenti: basta

rileggere al riguardo l'art. 3 Cost e quella sorta di preveggenza clausola generale finale costituita dalle «condizioni personali e sociali». Chi avrebbe detto ieri che, da quelli fondati sul sesso, sulla razza, sulla religione, si sarebbe arrivati oggi a motivi discriminatori fondati sulla condizione di disabile ovvero di immigrato? E' dunque facile comprendere come la frontiera della tutela penale dell'eguaglianza sia non soltanto nuova ma anche mobile e tenda a conquistare sempre nuovi spazi e nuove categorie personali e sociali. Ne è chiara testimonianza la rapida rassegna legislativa ricordata in apertura di queste note; e ne è conseguenza pressoché inevitabile la stratificazione di interventi legislativi susseguentisi, spesso ispirati a tecniche e impostazioni normative differenti e non sempre tra loro coerenti. Forse, ad un certo punto, non sarebbe male che il legislatore, che ne avesse la forza e la capacità, mettesse ordine in questo sistema di tutela che ha trovato la sua dignità e il suo riconoscimento legislativo quasi per caso, a seguito di quella strana opera di ricodificazione imposta dalla legge n. 103 del 2017 e attuata col d.lgs. n. 21 del 2018.

Solo così, forse, si potrebbe attenuare la tensione che indubbiamente questa nuova frontiera del diritto penale introduce, come tutte le frontiere avanzate, rispetto alla trama dei grandi principi tradizionali, senza che di certo siano pensabili arretramenti.