

ANCORA BIGOTTI? NOTERELLE ANTI-PENALISTICHE SU LIBERA PROSTITUZIONE E OMOFOBIA (*)

di Costantino Visconti

SOMMARIO: 1. La questione sessuale. – 2.1. Così parlò la Consulta. – 2.2 Il sesso prezzolato non è libero. – 3. Oltre la Corte. – 3.1. Pericle e Aspasia, ma Petronio. – 3.2. Se fare sesso a pagamento significa cedere parti del proprio corpo. – 3.3. Se ne può e deve discutere. – 4. Le norme penali anti-omofobiche e le crociate senza Dio. – 4.1. La militanza anti-omofobica. – 4.2. La crociata del “diritto penale liberale”. – 5. Discutiamo a mani nude.

1. La questione sessuale.

Dico subito che ho preso in prestito il titolo di un saggio di Lombardi Vallauri¹, studioso di linguistica, per proporre qualche spunto di riflessione che spero contenga quello spirito critico nei confronti del discorso penalistico che caratterizza il lavoro culturale svolto da Gaetano Insolera.

In breve desidero anticipare i miei bersagli polemici, così da rivelare fin da subito il pizzico di consapevole faziosità dell’approccio prescelto. Si tratta, da un lato, della ben nota sentenza della Consulta che ha rigettato la questione di costituzionalità in relazione ai reati di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione²; e, dall’altro, della proposta di legge “Zan” (dal nome del deputato proponente) approvata in prima lettura dalla Camera dei deputati a novembre scorso che estende la punibilità del reato di istigazione a fini discriminatori anche quando riguarda l’orientamento sessuale³.

Non lo farò tuttavia direttamente, ossia prendendo di mira il testo della sentenza e della legge in via di approvazione (forse...), bensì cercando il pelo nell’uovo in alcuni commentatori che ne condividono (o censurano) lo spirito, anche in parte.

(*) Lo scritto è destinato all’opera *Diritto penale tra ragione e prevaricazione: dialogando con Gaetano Insolera*. Si ringraziano i curatori per averne autorizzato l’anticipazione in questa *Rivista*.

¹ E. LOMBARDI VALLAURI, *Ancora bigotti. Gli italiani e la morale sessuale*, Torino 2020.

² Corte Cost. 7 giugno 2019, n. 241. La sentenza è stata ampiamente commentata, ma qui mi limito a segnalare i pregevoli lavori di tre raffinati “specialisti”: anzitutto A. CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione: verso una legittimazione del moralismo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1653 ss.; e poi F. PARISI, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin?*, in *Leg. pen.*, 21 novembre 2019; F. BACCO, *La disciplina penale della prostituzione al doppio vaglio della Consulta, tra giudizi di fatto, moralismo penale e ragionevolezza giudiziale*, in *Sist. pen.*, 6 luglio 2020.

³ Per il testo del provvedimento e un didascalico commento v. F. FILICE, *Il disegno di legge in materia di omosessualità e omofobia e abilismo. L’analisi delle nuove fattispecie incriminatrici. Verso un diritto penale antidiscriminatorio?*, in *Quest. giust.*, 26 novembre 2020.

È un espediente, lo so: ma me ne servo perché sullo sfondo di entrambi i temi intravedo un problema non del tutto esplicitato a cui in prima approssimazione e in sintesi darei un nome e un cognome: questione sessuale.

2.1. Così parlò la Consulta.

Iniziamo con un riassunto della sentenza della Consulta, o quantomeno dei passaggi più problematici dal punto di vista che qui interessa. Si trattava di scrutinare la questione di costituzionalità sollevata dalla corte di Appello di Bari con riguardo alle fattispecie della legge Merlin che incriminano le cd. “condotte parallele” alla prostituzione, in particolare quelle di reclutamento e favoreggiamento. Volendo sintetizzare fino all’estremo, i giudici *a quo* provano ad accendere i riflettori sulla ritenuta illegittimità costituzionale di tali reati prendendo le mosse da una valorizzazione del caso concreto oggetto del processo, da cui desumono una generalizzazione fenomenologica funzionale a distinguere nettamente due forme di prostituzione. Quella, potremo dire, “coatta”, ossia frutto di violenza, minacce o anche di uno stato di bisogno della persona per lo più rientrante tra fasce di soggetti “vulnerabili”. E un’altra “libera”, una prostituzione cioè più o meno professionale, comunque praticata senza alcun vincolo o imposizione esterna e che un linguaggio anglofilo molto in voga designa con l’espressione “escort” quale definizione delle persone che la esercitano. Ebbene, la questione sollevata riguarda esclusivamente questa seconda tipologia di fenomeno prostitutivo. Davanti ai loro occhi, d’altronde, i giudici baresi hanno una vicenda notissima e scabrosa, che ebbe come protagonista l’allora presidente del consiglio Silvio Berlusconi, in qualità di “consumatore finale” di prestazioni sessuali fornite da donne pienamente consapevoli e libere da ogni coercizione, grazie appunto al reclutamento e al favoreggiamento commessi da soggetti terzi interessati a favorire l’importante uomo politico. Ebbene, qual è il punto principale della censura di costituzionalità? Secondo i giudici remittenti, punire reclutatori e favoreggiatori significa mettere a repentaglio la scelta delle donne di prostituirsi, scelta che essi considerano invece espressione di un diritto inviolabile alla stregua dell’art. 2 della Costituzione, condensato appunto nella piena libertà di autodeterminare le espressioni della propria sessualità, anche a pagamento e quindi pure avvalendosi o comunque con il concorso di altre persone.

Fermiamoci sul fronte dell’art. 2 Cost., benché le censure riguardino anche altre trincee scavate attorno alla libertà di iniziativa imprenditoriale ai sensi dell’art. 41 Cost e al principio di offensività, profili che peraltro la sentenza della Consulta considera più congruenti e meritevoli di approfondimento. Qui, infatti, interessa affrontare il nodo di fondo, sciolto il quale vale la pena o meno occuparsi del resto: la libertà di prostituirsi è o no espressione del diritto inviolabile di autodeterminarsi nelle proprie scelte sessuali? Secondo la Corte no. Vediamo perché.

2.2. Il sesso prezzolato non è libero.

Dicono i giudici delle leggi che è vero che la stessa Consulta in precedenza ha affermato che la “sessualità rappresenta uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, con la conseguenza che il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l’art. 2 impone di garantire” (C.C. n. 561/1987). Ma in quella occasione, soggiungono i giudici, la fattispecie era diversa e si trattava soltanto di riaffermare “il diritto a opporsi a intrusioni altrui non volute nella propria sfera sessuale e con riguardo a pretese risarcitorie scaturenti dalla violazione di tale diritto”. Nel caso di specie, invece, le cose cambiano e “non può essere condiviso l’assunto del giudice remittente”, secondo il quale – testualmente – “la prostituzione volontaria rappresenterebbe una modalità auto-affermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad esso connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità”. Ora, a fronte di una prosa del giudice *a quo* così elegantemente pregna di contenuti esistenziali, ci si aspetterebbe che la Corte replichi a tono, sfoderando il meglio delle proprie risorse culturali, attingendo a piene mani al ricco bagaglio giuridico-concettuale di cui dispone. E invece, sorprendentemente, i giudici delle leggi controbattono i termini molto laconici, limitandosi a sciorinare una serie di asseverazioni auto-reggenti, prive di una reale spiegazione. La prima, che apre la batteria, è questa: “l’offerta di prestazioni sessuali verso un corrispettivo non rappresenta affatto (sic!) uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma costituisce – molto più semplicemente – una particolare forma di attività economica. La sessualità dell’individuo non è altro (sic!), in questo caso, che un mezzo per conseguire un profitto: una prestazione di servizio inserita nel quadro di uno scambio sinallagmatico”. Insomma, chi fa sesso a pagamento non esercita più un diritto a disporre della propria corporeità – anche genitale se l’individuo lo ritiene –, ed evidentemente, secondo la Corte, non prova neanche piacere: lo fa per soldi e basta, *ergo* il suo non è più un diritto inviolabile. Solo senza denaro di mezzo o altra utilità in cambio, la sessualità è tale da mantenere il rango che le compete, di diritto inviolabile. Ma non basta. Qualche passo più avanti i giudici delle leggi sentono anche il bisogno di sgomberare ogni dubbio residuo (probabilmente sorto tra loro stessi), precisando: “ammesso pure che vi siano persone che considerano personalmente gratificante esercitare la prostituzione, questo non cambia la sostanza delle cose”. Si badi, “la sostanza delle cose”, così dice la Corte. Insomma, non possiamo escludere – riconoscono i giudici – che qualche persona possa trarre godimento o comunque soddisfazione dall’esprimere la propria sessualità dietro corrispettivo, ma si rimane pur sempre di fronte a un’invalidabile muraglia di principio: se ti fai pagare, se fai sesso a pagamento, la tua non è più una prerogativa inviolabile della persona ma una semplice e meno pregiata (costituzionalmente parlando) libertà commerciale. Perché mai? verrebbe da chiedere. Ma la Consulta non motiva, non aggiunge nulla di più: piuttosto, è come se avesse “picchiato un pugno sul tavolo: un’espressione emotiva che trasforma

un'esigenza in un postulato assoluto", commenterebbe il filosofo⁴. Volendo trarre le conseguenze a più largo raggio dall'impostazione della Corte, arriveremmo a conclusioni del tutto insostenibili. Ad esempio, se sei un libero pensatore che manifesta la sua opinione nelle colonne di un quotidiano e ricevi un corrispettivo dall'editore del giornale, rimani pur sempre un libero pensatore il cui diritto a esprimersi rimane tale; se, invece, sei un amante del sesso che disponendo liberamente del suo corpo ritiene di farlo pure (o solo, perché no?) a pagamento, il tuo non è più un diritto inviolabile ma una mera attività commerciale. Così parlò la Corte.

3. Oltre la Corte.

Ora, questa non-motivazione della Corte artatamente congegnata per sbarrare la strada a un (invece naturale) riconoscimento del diritto a esprimere la propria sessualità anche a pagamento, in realtà sembra dettata da esigenze facilmente comprensibili⁵, seppur non condivisibili. I giudici delle leggi, infatti, per un verso non rinunciano a stare sulla cresta dell'onda del senso comune più popolare; e, per altro verso, temono che l'accreditamento anche del sesso prezzolato quale forma di manifestazione di un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost., porterebbe con sé inevitabili effetti demolitori sulla regolazione in generale del fenomeno prostitutivo, campo di materia "sensibile" e di stretta competenza legislativa⁶.

Quel che invece risulta incomprensibile è l'accondiscendenza (e forse qualcosa di più) verso la posizione della Corte mostrata da una parte tanto minoritaria quanto autorevole della dottrina.

3.1. *Pericle e Aspasia, ma Petronio.*

Per incominciare dal versante costituzionalistico, lascia davvero perplessi una nota di commento alla sentenza in discorso vergata da Alessandro Pace, dal titolo enigmatico "*Le cene di S.B., ma Pericle e Aspasia*"⁷. Poche righe ma corrosive. Pochi e sincopati argomenti, per giunta esposti con toni ultimativi.

In primo luogo, l'insigne studioso rimprovera i giudici remittenti, una volta censurato il riferimento all'art. 2 Cost., di aver tentato di "confondere le condotte di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata con la libertà sessuale", con l'aggravante di aver pure citato

⁴ A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Torino, 1965, p. 259.

⁵ Cfr. A. CADOPPI, [Il "bicchiere mezzo pieno". Un tentativo di lettura costruttiva delle sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione](#), in *Arch. pen.*, n. 3, 2020.

⁶ Per una preziosa ricostruzione comparativa dei modelli regolativi, anche penalistici, della prostituzione: F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, 2018.

⁷ A. PACE, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1614.

scorrettamente a loro sostegno la sentenza, da lui definita “creativa”, del 1987 che piuttosto riguardava un caso di violenza carnale e dei relativi risarcimenti pensionistici.

In secondo luogo, e più in generale opinando, secondo Pace “la libertà sessuale è invece costituzionalmente garantita *anche nel rapporto coniugale*, perché è la *parità dei coniugi* a condizionare l’unità familiare (art. 29 comma 2 Cost.), e *non l’unità familiare* a condizionare la parità dei coniugi. E l’obbligo di fedeltà è reciproco tra i coniugi (art. 143 comma 2 c.c.)”. Il significato costituzionalistico di una simile reprimenda alla corte barese per la verità non è del tutto intellegibile. Sembrerebbe scivolare pericolosamente verso una libertà sessuale concepita come mera facoltà coniugalmente vincolata: ma, forse, sarebbe un po’ troppo anche per un venerato Maestro. Comunque sia, Pace si premura di rimettere le cose a posto sul piano costituzionale. E lo fa citando sì la sentenza in commento laddove evoca “i principi di *pari dignità sociale* e di promozione dell’eguaglianza sostanziale dei cittadini in vista del pieno *sviluppo della persona umana* (art. 3 Cost.) con il limite del *rispetto della persona umana* nella previsione dei *trattamenti sanitari obbligatori* (art. 32 Cost.) nonché con i limiti della libertà e della dignità umana cui è soggetta l’iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)”. Per arrivare, tuttavia, a una conclusione molto diversa e perfino meno liberale rispetto allo stesso costrutto argomentativo dalla Consulta: “Tali principi costituzionali dovrebbero proibire la prostituzione. Ciò nonostante la prostituzione è lecita per le leggi ordinarie, mentre la legge Merlin vieta soltanto il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione”. Sicché, pare doversi intendere che Pace reputi addirittura la legge Merlin troppo “liberale” e non in linea con il dettato Costituzionale – così come autenticamente interpretato da lui – nel considerare la prostituzione lecita e non vietata in sé: figurarsi le condotte di reclutamento e favoreggiamento!

Infine, il chiaro autore scioglie l’enigma scolpito nel titolo concludendo così la nota: “S.B. si circondava di *escort*, cioè di prostitute (così esplicitamente qualificate dalla Corte).

Per contro Pericle conviveva con Aspasia, un’etera assai colta che gli dette un figlio. Aspasia insegnava retorica e filosofia e la sua casa di Atene era un centro intellettuale nel quale si intrattenevano, oltre a Pericle, scrittori e pensatori tra cui Socrate e Anassagora. Platone, Aristofane e Senofonte citarono Aspasia nelle loro opere”. Ebbene, da questo finale si intuisce che il giudizio dell’autore è pressato da esigenze prevalentemente morali(stiche), piuttosto che da meditate analisi giuridico-costituzionali. Certo, rimembrare Pericle e risvegliarsi con il contemporaneo Berlusconi non deve essere facile. Eppure anche Petronio dovette difendersi dai *Catones* del suo tempo, a cui dedicò alcuni tra i distici che lo resero eterno nella storia della letteratura: “Chi è all’oscuro del sesso, e chi ignora le gioie di Venere? Chi mai nega che i corpi si incendino nel caldo del letto? Lo stesso padre Epicuro, che sa il vero, ha imposto e ribadito che questo scopo deve avere la vita. Negli uomini non c’è nulla di più falso dei pregiudizi, e nulla di più stupido di un’austerità ipocrita” (*Satyricon*, 132, 15).

3.2. *Se fare sesso a pagamento significa cedere parti del proprio corpo.*

Passando al versante penalistico, un inaspettato assist alla “chiusura” della Corte su libera prostituzione e art. 2 Cost. è fornito da un commento di Tullio Padovani. Il Maestro pisano, infatti, se da un lato rivolge un’approfondita critica alla decisione per quanto concerne soprattutto il rigetto della questione di incostituzionalità connessa ai parametri offerti dall’art. 41 Cost. e all’offensività, dall’altro spende poche ma sentite parole di approvazione sull’aspetto che qui consideriamo fondamentale. In particolare, secondo Padovani, ha ragione la Corte nel considerare la libera prostituzione un’attività economica e a respingere le contrarie obiezioni che fanno leva sulla inquadribilità tra i diritti di cui all’art. 2 Cost., perché anche a voler riconoscere che “si tratta di una prestazione che implica l’esercizio di un diritto fondamentale (...) questo (...) non sposta i termini della questione, trasformando l’attività imprenditoriale o il lavoro autonomo in un diritto a sua volta inviolabile della persona”⁸. Già una simile condivisione del ragionamento della Corte stupisce: l’argomento così superficialmente approvato, infatti, è a ben vedere un paralogismo. La domanda a cui i giudici delle leggi dovevano rispondere era se la libera prostituzione dovesse o meno ricomprendersi tra le libertà tutelate dalla Costituzione all’art. 2 in guisa di manifestazione del diritto alla propria autodeterminazione ed espressione della sessualità, non se l’esercizio di una libertà economica trasformasse quest’ultima in un diritto fondamentale. Non ha senso affermare qualcosa di ovvio, e cioè – ad esempio – che il vendere pane non trasforma questa libertà in un diritto fondamentale: infatti nessun panettiere nostrano, pur amando la sua attività commerciale, si è mai sognato di invocare il sindacato della Corte per vedersi riconosciuta la sua passione quale diritto addirittura fondamentale. In realtà, la Corte, e a al suo seguito Padovani, ritengono in questo modo di scorporare di soppiatto, senza alcuna spiegazione e quindi arbitrariamente, la manifestazione della sessualità dietro corrispettivo dall’archetipo del diritto fondamentale a vivere il sesso nel modo che si vuole, diritto che nessuno si sogna di negare nella sua generalità: scorporandolo, credono poi di aver buon gioco a considerarla una mera attività economica e da lì tagliare i ponti verso il ritorno al suo naturale alveo di diritto fondamentale.

Ma v’è di più e – sia consentito sommessamente – di peggio. Perché subito dopo il generoso avallo prestato al paralogismo della Consulta, Padovani ammannisce un’ulteriore considerazione che verosimilmente, dal suo punto di vista, dovrebbe corroborare la posizione assunta: “in effetti, la compravendita di un organo volontariamente ceduto non potrebbe certo essere ritenuta «inviolabile», perché inviolabile è il diritto oggetto del contratto; al contrario, resta penalmente rilevante in virtù dei limiti agli atti di disposizione del proprio corpo posti a tutela dell’integrità fisica”⁹. Al riguardo occorre intendersi: non è credibile che il Maestro pisano impianti una sorta di *analogia iuris* tra il sesso a pagamento e gli atti di disposizione del proprio corpo, come se si trattasse di fatti assimilabili l’uno con gli altri. Non occorre scomodare

⁸ T. PADOVANI, [Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all’esame di costituzionalità](#), in *GenIus*, 2, 2019, p. 2.

⁹ *Ibidem*.

biblioteche giuridiche per afferrare l'ontologica e radicale differenza tra il cedere – ad esempio – un proprio organo dietro corrispettivo e il compiere atti sessuali a pagamento¹⁰. E tuttavia, se pure pungesse vaghezza di farlo, verrebbe a galla il vero problema, dissimulato dalla coltre di ragionamenti (para)giuridici: il richiamo all'art. 5 c.c. vorrebbe tutto sommato far tornare il limite del “buon costume”, autentico catenaccio indicibile alla libertà di prostituzione, inteso peraltro nel modo più retrico possibile ossia quale senso comune del moralismo sessuale da imporre a tutti perfino nelle scelte private riguardanti i propri comportamenti sessuali.

3.3. *Se ne può e deve discutere.*

Per chiudere sul punto. Qui non si mette in dubbio che si può pensare quel che si vuole sulla libera prostituzione. Quel che risulta inaccettabile, però, è far coincidere le proprie inclinazioni di pensiero e in particolare le personali concezioni sul sesso, con il dettato della nostra Costituzione. E questo accade quando si usano le norme costituzionali come una clava a sostegno della propria visione del mondo, o anche quando si affrontano con supponente superficialità questioni di diritto che per moltitudini di persone incarnano spaccati di vita liberamente scelta¹¹.

4. **Le norme penali anti-omofobiche e le crociate senza Dio.**

L'altro tema che ci siamo impegnati ad affrontare, il diritto penale scagliato contro l'omofobia, risulta parimenti congeniale al fine di far emergere il sesso quale pietra ancora scandalosa o comunque imbarazzante, con effetti (a volte inutilmente) divisivi nel discorso pubblico, nei dibattiti parlamentari e perfino nei più compassati ragionamenti giuridici. Basti pensare alle vicissitudini a cui sono andati incontro negli ultimi lustri i progetti di legge, contenenti anche misure penalistiche, tra proposte approvate per sbaglio (clamoroso quel che accadde nel 2007 con la crisi della risicata maggioranza a sostegno del governo Prodi); o che non hanno superato il test di costituzionalità in sede di parere da parte delle competenti commissioni parlamentari, e altre ancora approvate dalla Camera e arenatesi Senato. Il tutto condito da mille e roventi polemiche a livello mediatico. L'ultima puntata di questo tormentone è il disegno di legge “Zan”, approvato dalla Camera il 4 novembre 2020 e in attesa di responso da parte del Senato mentre si scrive. Al riguardo anche stavolta, seppur in forma forse meno roboante, si è messo in moto il rituale dispiegamento di forze contrapposte, con i “tifosi” ai due estremi: quelli, cioè, che considerano la legge e in particolare le nuove scelte di

¹⁰ Basterà rinviare all'ampio e dotto lavoro di A. CADOPPI, [Dignità, prostituzione e diritto penale](#), in *Arch. Pen.*, n. 1, 2019, in part. 30 ss.

¹¹ Per farmi un'idea ho frequentato l'imponente ricerca di M. BARBAGLI, *Comprare piacere. Sessualità e amore venale dal Medioevo a oggi*, Bologna, 2020; e il bel dibattito, ricco di posizioni differenziate, raccolto in *Micromega*, *Prostituzione: sesso, denaro, potere*, n. 6, 2020.

criminalizzazione, un bagno di civiltà “ritrovata”; e quelli, al contrario, che gridano all’ennesimo attentato alla libertà di manifestazione del pensiero, magari per giunta insopportabile perché perpetrato per difendere valori ritenuti non condivisibili. Qui non fa mestieri prender parte dell’una o dell’altra tifoseria. Beninteso, sempreché rimanga fuori discussione la necessità, stringente e costituzionalmente indirizzata, di contrastare le odiose e diffuse forme di discriminazione che prendono a bersaglio le persone a causa del loro orientamento sessuale, qualsiasi esso sia¹². Insomma, l’intera storia scritta dai progetti di legge per il contrasto, anche penale, all’omofobia, racconta bene quanto la “questione sessuale” mobiliti assai e spesso in modo scomposto le coscienze e la militanza, anche penalistica. Da questo punto di vista, per la verità, hanno lasciato una traccia indelebile soprattutto le nevrotiche e ripetute prese di posizione contro le leggi anti-omofobia assunte da organizzazioni ed esponenti del clero cattolico: o almeno l’hanno lasciata nella memoria della gran parte dei credenti cristiani che in linea con il magistero di Papa Francesco si guardano bene dal “giudicare” e considerano (ad esempio) gli omosessuali figli di Dio come tutti. Ma non vale la pena parlarne, di loro e dei sanfedisti di ogni risma che si sono peritati di conferire una (apparente) forma giuridica alla fobia religiosamente ispirata nei confronti del sesso in ogni sua variante. È più utile, invece, provare a rivedere criticamente gli argomenti impiegati da correnti dottrinali che hanno affrontato la questione con molta serietà e acume. Non prima, però, di rinviare ai lavori di Marco Pelissero per esprimere la mia posizione: di quei scritti, infatti, condivido stile, analisi, argomenti e proposte. Non potrei scrivere di meglio e le considerazioni ivi contenute, che in parte si riferiscono alla legge abortita del 2014¹³, valgono per intero ai fini di una analisi critica del provvedimento oggi approvato da un ramo del Parlamento: per chi, infatti, con il dovuto disincanto prende atto che si maneggia comunque un diritto penale “fragile”, viene da sé che la criminalizzazione in questo campo è, entro certi limiti, un male inevitabile¹⁴.

4.1. La militanza anti-omofobia.

Ma andiamo alle note dolenti. Una appassionata studiosa di temi penalistici in campo anti-discriminatorio, ha commentato “a caldo” l’approvazione della proposta “Zan”, salutandola come un importante passo avanti di civiltà e rivendicando con orgoglio anche il contributo fornito in audizione durante i lavori preparatori in Parlamento. Lasciando da parte una serie di sue considerazioni generali largamente

¹² Per un quadro del fenomeno, di recente: G. VIGGIANI, [Quando l’odio \(non\) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d’odio di matrice omotransfobica in Italia](#), in *GenLus*, n. 1, 2020.

¹³ M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell’intervento penale*, *GenLus*, n. 1, 2015, p. 14 ss.; su quel progetto v. anche E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015.

¹⁴ M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2020, p. 1021; per un approccio analogamente problematico, v. anche D. PULITANÒ, [Essere Charlie, o politicamente corretto? Manifestazioni espressive e diritto penale](#), in *Sist. pen.*, 20 gennaio 2020, p. 3 ss.; e F. PALAZZO, [La nuova frontiera della tutela penale dell’eguaglianza](#), in *Sist. pen.*, 11 gennaio 2021.

condivisibili, la studiosa inciampa in un ostacolo non da poco al momento di prendere posizione sul problema, da più parti sollevato, connesso alla compressione della libertà di parola determinato dalle nuove incriminazioni ivi previste. Sì, inciampa, perché evidentemente presa dall'entusiasmo di veder coronato un successo parlamentare tanto auspicato, liquida la questione in poche e ben infondate affermazioni. Secondo l'autrice, infatti, visto che la proposta di legge non estende la tutela penale alla fattispecie di propaganda "ciò solo basterebbe ad escludere ogni preoccupazione in ordine a future limitazioni della libertà di espressione". Beh, con tutta la comprensione possibile per il civismo che certamente anima una simile affermazione, non si può non ricordare che unanimemente si riconosce una insidia non meno ...insidiosa della fattispecie di propaganda in quella di istigazione sterile, soprattutto nel caso di specie ove il contenuto istigatorio è perfino agganciato (non solo) ad atti di discriminazione di per sé non penalmente rilevanti né altrimenti determinati o determinabili se non con formule definitorie del tutto generiche e a volte davvero imprevedibili. Consapevole, verosimilmente, di questa ovvia obiezione, l'autrice mette le mani avanti, osservando che "L'obiezione è strumentale perché non tiene conto degli approdi giurisprudenziali consolidati nel nostro ordinamento giuridico: è pacifico che la *giurisprudenza costituzionale*, nonché quella *ordinaria*, ha costantemente interpretato le fattispecie istigatorie alla luce del *pericolo concreto*, bilanciando *gli interessi in gioco* – libertà di espressione e *dignità umana* – a favore della seconda, la pari dignità appunto, il bene giuridico tutelato dai delitti contro l'uguaglianza. In altre parole, la libertà di opinione non è posta in pericolo da tale riforma"¹⁵. I conti non tornano: in realtà proprio il bilanciamento quale dispositivo valutativo comporta effetti opposti a quelli evidentemente supposti dall'autrice. L'esito, nel caso concreto, a favore del bene protetto dalla libertà di manifestazione del pensiero, racconta infatti che in quelle determinate condizioni si è piuttosto scelto di limitare l'esercizio di un diritto fondamentale per assicurare una tutela penale anticipata alla pari dignità¹⁶. Altro che libertà di manifestazione "fuori pericolo"! Ma non basta. In questa presa di posizione si annida davvero una seria insidia, laddove non si tiene conto che è giusto il meccanismo giudiziale innescato dal pericolo concreto, prescritto o meno sul piano legislativo non importa, a rappresentare una pistola puntata contro il cuore della libertà di parola, costituito dalla doverosa neutralità valutativa dello Stato rispetto ai contenuti delle forme di manifestazione del pensiero. Come ben spiegato anche di recente, infatti, le componenti valutative che entrano in gioco al momento di saggiare la pericolosità in concreto di una determinata opinione sono l'esatto opposto di quel che si vorrebbe garantire con la tutela della libertà di espressione¹⁷. In realtà, il giudice entra – eccome !

¹⁵ L. GOISIS, *Brevi riflessioni sulla recente proposta di legge in materia di crimini d'odio omotransfobico, di genere, per disabilità*, in *Giustiziainsieme*, 10 novembre 2020, p. 15.

¹⁶ Sul bilanciamento in materia di libertà di espressione è d'obbligo il riferimento a A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013.

¹⁷ Ampiamente e condivisibilmente su questi temi cfr.: A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020, in part. p. 37 e 375 ss; volendo anche C. VISCONTI, *Aspetti penalisti del discorso pubblico*, Torino, 2008.

– nel merito dei contenuti della parola, ne prende le misure, li pesa, li mette in relazione con il contesto e, infine, si fa a sua volta un’opinione sulla loro pericolosità certamente al di fuori di qualsiasi schema logico-dimostrativo dotato di oggettiva, empirica, controllabile, plausibilità. A voler essere severi, dunque, la svista in cui incorre l’autrice è doppia: punire l’istigazione in quanto tale è di per sé una limitazione della libertà di espressione (ammesso e non concesso che sia agevole distinguerla dalla propaganda); condizionarne la punibilità all’accertamento della pericolosità in concreto non salva, comunque, da una compressione della libertà di parola di cui l’istigazione rimane espressione.

D’altro canto non è uno stile democratico, cioè ispirato a un autentico rispetto del pluralismo delle idee, quello di difendere le scelte di criminalizzazione assumendo un atteggiamento negazionista rispetto alla inevitabile limitazione della libertà di espressione che ne deriva. Non è conducente, cioè, elevarsi a pulpito da cui discriminare ciò che è manifestazione del pensiero e ciò che non lo è: perché è già tanto vietare l’espressione di alcuni contenuti reputati lesivi della dignità altrui, ma è davvero “troppo” disconoscerne il rango di opinione, pur deprecabile o odiosa che sia. Né una valutazione giudiziale sulla concreta pericolosità delle parole può togliere loro quei connotati comunicativi che le mantengono comunque nell’alveo dei più genuini frutti (magari indigesti) della libertà di espressione. Al contrario, occorre “giustificare” la scelta fornendo argomenti dialogici e non assertivi a sostegno di una limitazione della libertà di parola in alcuni casi, appunto l’istigazione alla discriminazione omofobica, e a determinate condizioni, ossia in presenza di un pericolo concreto.

4.2. La crociata del “diritto penale liberale”.

Vale la pena di soffermarsi ancora sul rapporto tra diritto penale e libertà di manifestazione del pensiero a proposito della repressione dell’istigazione omofobica. Perché a ben vedere possiamo riscontrare anche in ambito costituzionalistico delle prese di posizione che lasciano pensare a un prevalere delle ragioni della militanza su quelle della cultura giuridica, sia pure al riparo da fobie verso qualcosa o contro qualcuno. Mi riferisco a un raffinato saggio di Andrea Pugiotto che, nel quadro di acute (e dal mio punto di vista condivisibili) considerazioni generali di politica del diritto, non manca di proporre alcune notazioni che egli stesso definisce “invasioni penalistiche”¹⁸. Intanto una rassicurazione: il diritto penale non può mai essere invaso da un costituzionalista, nel senso che esso stesso possiamo ben considerarlo una prosecuzione del diritto costituzionale nell’ostile terreno dei delitti e delle pene. E poi, però, in effetti un chiarimento occorre su un paio di aspetti non disimpegnati dall’autore con la consueta brillantezza. Anzitutto Pugiotto considera le norme penali anti-omofobiche un classico esempio di “uso del reato e della pena in chiave pedagogica” volto a “imporre valori con

¹⁸ A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all’omofobia e alla transfobia*, in *GenIus*, n. 1, 2015, p. 6 ss.

la minaccia della spada”, mentre “la funzione di un diritto penale liberale “sarebbe quella di mettere in sicurezza valori che si sono già affermati nel dibattito pubblico” e non di “ravvivare un dibattito che langue e per convincere i consociati del valore di un bene giuridico”. Ben detto in linea di principio, ma in parte fuori luogo nel discorso che ci occupa. Posto che nessuno detiene in esclusiva lo scrigno d’oro contenente la mappa del “diritto penale liberale” né può autoproclamarsi a capo delle truppe di resistenza anti-penalistica, va precisato invero che un conto è stigmatizzare l’abuso in chiave promozionale o simbolico-espressivo della criminalizzazione, altro conto è porsi il problema di tutelare, anche mediante il diritto penale, le aspettative egualitarie dei cittadini secondo quanto previsto dall’art. 3 della Costituzione. L’eventuale dato demoscopico – ossia quel che Pugiotto richiama quando fa riferimento a valori ancora “non affermati nel dibattito pubblico” – non può influenzare la decisione sulla eventuale criminalizzazione di una condotta, anche solo verbale come nel nostro caso, considerata offensiva nei confronti di una o più persone. Anzi, l’eventuale stato di “minoranza” nella società degli individui discriminati a cagione della propria condizione esistenziale, di regola, è una ulteriore freccia all’arco dell’interventismo penale. In secondo luogo, sempre nelle vesti di difensore e vindice del diritto penale liberale, Pugiotto si lancia in una critica di fondo alla scelta criminalizzatrice dell’istigazione omofobica che fa leva su un interrogativo conclusivo: “siamo davvero sicuri che sia compito del diritto penale surrogare le carenze del nostro genitore interiore? Il movente di un reato può entrare certamente in gioco, nella costruzione della fattispecie penale e nella relativa dosimetria sanzionatoria. Ma, da solo, non è il reato.” E ancora: “Per un giurista liberale non esistono persone buone o lupi cattivi, esistono solo azioni buone o cattive. Per un giurista liberale non va mai valicato il confine che separa il diritto penale del fatto dal diritto penale dell’atteggiamento interiore, con tutti i suoi precipizi”. Pure stavolta in linea di principio nulla da obiettare: solo che la questione in discussione sta fuori dal tradizionale e vituperato paradigma della *Gesinnung* (semmai può riguardare in parte la *ratio* della incriminazione degli atti discriminatori e dell’aggravante fondata sui motivi di discriminazione), perché l’istigazione discriminatoria in realtà non rimane imprigionata nel mondo interiore del soggetto che la esprime. Non si punirebbe mai una persona soltanto perché nel foro interno coltiva pulsioni o fedi discriminatorie nei confronti di individui in ragione del loro genere o orientamento sessuale: ma esclusivamente se e in quanto esprime fuori da sé e in termini istigatori tali sue inclinazioni interiori.

Infine, anche le sincere preoccupazioni che Pugiotto nutre rispetto alla reale utilità politico-criminale (diremmo noi penalisti) della scelta criminalizzatrice e al rischio di “vittimizzare” gli stessi *haters*, pur se certamente plausibili, vanno tuttavia contestualizzate, *hic et nunc*, nella dimensione storico politica che stiamo vivendo in tutto l’occidente, europeo in particolare.

Pensiamo a un caso recentemente deciso dalla Cedu (*Beizaras e Levickas c. Lituania*, sentenza del 14 gennaio 2020)¹⁹, per intenderci meglio.

¹⁹ V. l’ottima nota di M. PACE, *Le manifestazioni di odio online in casi di same-sex kiss dinanzi alla Corte europea*:

Due omosessuali lituani postano su *Facebook* una loro foto mentre si baciano. Da quel momento vengono fatti bersaglio di una gigantesca campagna di odio, con messaggi individuali e collettivi insultanti e violenti: l'auspicio, ad esempio, "che finissero nei forni crematori" e tante altre schifezze del genere. Ebbene, i due malcapitati sporgono denuncia per istigazione all'odio (fattispecie che come quella italiana non comprende la componente connessa all'orientamento sessuale), e le motivazioni per archiviare che impiegano le autorità giudiziarie fanno venire i brividi. I pubblici ministeri ritengono, tra l'altro, che i denunciati non hanno fatto altro che "esprimere la loro opinione e che la loro condotta poteva, al limite, essere considerata eticamente riprovevole"; le corti superiori si spingono ad affermare perfino che "un comportamento eccentrico quale la pubblicazione di una foto di due uomini che si baciano non poteva contribuire alla coesione sociale e alla promozione della tolleranza in Lituania, un paese in cui i valori tradizionali della famiglia sono molto apprezzati". La Corte di Strasburgo, fortunatamente, condanna la Lituania, mettendo in rilievo che al di là delle preoccupazioni connesse a un'eccessiva espansione del diritto penale, le aggressioni verbali ben possono raggiungere la soglia di gravità necessaria affinché – citando la propria giurisprudenza – le autorità «*favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner*» (v. *Vejdeland e al. c. Svezia*, 9 febbraio 2012). Da questo punto di vista, la Cedu rileva inoltre una ingiustificabile disparità di trattamento nella prassi giurisprudenziale lituana in cui, a differenza dei gay protagonisti della vicenda scrutinata, in casi analoghi di istigazione all'odio rivolte stavolta contro ebrei, le autorità non hanno mancato di emettere severe sentenze di condanna. Insomma, soggiungono i giudici di Strasburgo, è inaccettabile che negli ordinamenti statali si possa "chiudere un occhio o minimizzare queste manifestazioni di odio, e men che meno tollerarne l'esistenza negli spazi sociali che si svolgono all'interno della rete", privando così le vittime di un'adeguata tutela penale.

Orbene, certamente neanche i giudici di Strasburgo vanno considerati la bocca della verità: ma sostenere che l'intervento penale su questo fronte così delicato sia contrario, come afferma Pugiotto, allo spirito liberal-penalistico delle democrazie contemporanee è un po' azzardato²⁰.

5. Discussiamo a mani nude.

Qui terminano le analisi (iper) critiche (e mi scuso per questo, niente di personale ovviamente) sull'approccio tenuto da alcuni autori su due temi che arditamente ho creduto utile affrontare insieme. Sono consapevole che la scelta del filo conduttore di tali

obblighi dello Stato ed effettività della tutela giurisdizionale, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2020, p. 614 ss., da cui sono tratti i brani della sentenza.

²⁰ Letteratura sterminata sul tema, che però si intende integralmente richiamata con l'agile e recente saggio di G. FIANDACA, [Intorno al diritto penale liberale](#), in *disCrimen*, 10 giugno 2019; e con i contributi raccolti in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano, 2016.

critiche, la questione sessuale, rimane del tutto discutibile. Ma sono comunque convinto che un sottofondo di bigottismo ancora aleggia nel nostro paese, un *background* che spinge taluno a indossare l'elmetto per difendere una (propria) idea (rispettabilissima) di sessualità spacciandola addirittura per dettato costituzionale; altri a sorvolare bellamente su questioni di libertà cruciali per la vita delle persone derubricando la questione a mero problema intra-penalistico; altri ancora a inscenare un torneo in cui in palio vi sono concezioni angustamente riduzionistiche della libertà di pensiero o eteree idealizzazioni del sedicente diritto penale liberale da cui discenderebbero ipotetiche conseguenze in realtà tutte da dimostrare. A questo punto è superfluo dichiarare (o ribadire) la mia preferenza nel merito dei profili giuridici oggetto della discussione, anche se qualcosa qua e là traspare e me ne rendo conto. Perché quel che piuttosto mi preme mettere in evidenza, se ci sono riuscito, è che ribolle in pentola un dissidio culturale, antropologico nella società che ancora deve trovare un adeguato contesto di confronto "pacifico" e rispettoso del pluralismo delle concezioni "di vita buona" che ciascun cittadino ha diritto a coltivare, liberamente. I giuristi, e i penalisti in particolare, farebbero bene a partecipare a questo confronto a mani nude, mettendo in discussione come tutti le proprie inclinazioni e preferenze senza pretendere (inutilmente) di imporre l'ultima parola in nome di presunti imperativi giuridici che, in realtà, fanno parte di un materiale ben più controverso, storicamente stratificato e in perenne evoluzione di quanto si vorrebbe far credere. Anche se porta "scompiglio", a volte²¹.

²¹ E. CUTER, *Ripartire dal desiderio*, Roma, 2020, p. 40.